

Cílem této publikace je zachytit a zprostředkovat základní myšlenky, které zazněly na mezinárodní konferenci Dny práva, v jednoduché a přehledné formě. Plné znění příspěvků, jakož i celý sborník, naleznete na přiloženém CD-ROM. Jak CD-ROM, tak i tento sborník abstraktů však tvoří pouze jednu publikaci, čemuž by měl odpovídat i způsob citování.

The aim of this book is to introduce the key points and ideas from the Days of Law conference. For full text of contributions please see the enclosed CD-ROM where a complete version of conference proceedings in PDF format can be found. The main reason for this separation of summaries and contributions was our intention to reduce the costs of publication and make the work with the conference proceedings more user friendly. However, both this book and the CD-ROM still remain just one publication and as such should be also cited.

© Masarykova univerzita, 2008

ISBN 978-80-210-4733-4

Dny práva – 2008 – Days of Law

2. ročník mezinárodní konference pořádané
Právnickou fakultou Masarykovy univerzity

Masarykova univerzita

Brno 2008

OBSAH



CONTENT

FINANČNÍ PRÁVO A NÁRODNÍ HOSPODÁŘSTVÍ
FINANCIAL LAW AND NATIONAL ECONOMY

VLADIMÍR ADÁMEK: SAMOSPRÁVA A FINANCOVÁNÍ VEŘEJNÝCH VYSOKÝCH ŠKOL DESET LET PO PŘIJETÍ ZÁKONA O VYSOKÝCH ŠKOLÁCH	2
JAN ADAMIAK, JOLANTA CIAK, BOŽENA KOŁOSOWSKA: THE INFLUENCE OF THE CHOICE OF THE TAXATION FORM ON THE AMOUNT OF THE BURDEN OF TAXATION .	11
PETRA ADÁMKOVÁ: NÁSTROJE NEPŘÍMÉ PODPORY VÝZKUMU A VÝVOJE V ČR	21
LADISLAV BALKO: ÚLOHA FINANČNÉHO PRÁVA A JEHO PODODVETVÍ PRI RIEŠENÍ SÚČASNEJ SVETOVEJ FINANČNEJ KRÍZY	30
DAMIAN CYMAN: KONTROLA I NADZRÓR NAD WYDAWCAMI ELEKTRONICZNYCH INSTRUMENTÓW PŁATNICZYCH W ŚWIETLE PRAWA EUROPEJSKIEGO	40
DAMIAN CZUDEK: VYMEZENÍ SPRÁVY DANÍ Z HLEDISKA ORGANIZAČNÍHO A FUNKČNÍHO	54
LUBOMÍR ČUNDERLÍK: PRÁVNE ASPEKTY TRESTANIA NA FINANČNOM TRHU (NÁČRT VYBRANÝCH PROBLÉMOV).....	62
ANNA DUK – MAJEWSKA: OBOWIĄZEK SPORZĄDZENIA SPRAWOZDANIA FINANSOWEGO PRZEZ ORGANIZACJE POŻYTKU PUBLICZNEGO W PRAWIE POLSKIM	71
TOMÁŠ GONGOL: POSTAVENÍ FINANČNÍHO ARBITRA MEZI JINÝMI ALTERNATIVNÍMI ZPŮSOBY ŘEŠENÍ SPORŮ	81
LUBOMÍR GRŮŇ: SANKCE V NORMÁCH FINANČNÍHO PRÁVA.....	89
RENÁTA HÓTOVÁ, MICHAL KRČ: VYBRANÉ ASPEKTY OCEŇOVÁNÍ MAJETKU PRO POTŘEBY SOUDNÍHO ŘÍZENÍ.....	96
MARIA JANKOWSKA: RACHUNKOWOŚĆ I AUDYT FINANSOWY W POLSCE W LATACH 1945 - 2008.....	105
RADEK JURČÍK: ANALÝZA NAVRHOVANÉ PRÁVNÍ ÚPRAVY PPP PROJEKTŮ A JEJÍ SROVNÁNÍ S PRÁVNÍ ÚPRAVOU DE LEGE LATA	113
ONDŘEJ KÁBELA: TRADE AND BUSINESS SECRET VERSUS ACCESS TO ENVIRONMENTAL INFORMATION IN THE PRACTICE OF FEDERAL ADMINISTRATIVE COURT OF GERMANY	124
IDA KAMENIŠČÁKOVÁ: MINIMÁLNÍ MZDA Z POHLEDU RAKOUSKÉ EKONOMIE.....	132
LENKA KLIMENTOVÁ: PERSONÁLNY MANAŽMENT VERZUS PERSONÁLNY MARKETING.....	137
JANA KOPRLOVÁ: EKONOMICKÉ A PRÁVNE ASPEKTY SÚČASNEJ HOSPODÁRSKEJ KRIMINALITY	150
JAN KOPŘIVA: DAŇOVÉ PROBLÉMY POSKYTOVÁNÍ REKLAMY NA INTERNETU	177
JAROSLAVA KUBÁTOVÁ: DRUHÝ ŽIVOT ORGANIZACÍ	184

LIBOR KYNCL: ELEKTRONICKÉ PENÍZE V AKTUÁLNÍ PRÁVNÍ PRAXI.....	190
JAROSŁAW MARCZAK: PRAWNE PODSTAWY GOSPODARKI FINANSOWEJ SAMORZĄDU TERYTORIALNEGO W HISPANII.....	198
HANA MARKOVÁ: ZÁSADY NEJEN ROZPOČTOVÉ.....	205
DOROTA MAŚNIAK: SOCIAL AND ECONOMIC COSTS OF ROAD ACCIDENTS IN EUROPE	212
MICHAELA MOŽDIÁKOVÁ: VKLAD PODNIKU DO ZÁKLADNÍHO KAPITÁLU SPOLEČNOSTI A OSVOBOZENÍ OD DANĚ Z PŘEVODU NEMOVITOSTI.....	223
PETR MRKÝVKA: FINANČNÍ SPRÁVA – SOUČÁST REALIZACE FINANČNÍHO PRÁVA ..	227
JAN NECKÁŘ: SOUČASNOST A BUDOUCNOST TRANSFEROVÝCH DANÍ	235
MARTIN NETOLICKÝ: DAŇOVÉ PŘÍJMY KRAJŮ V ČESKÉ REPUBLICCE	240
ROMANA NÝVLTOVÁ: POTŘEBA REGULACE KAPITÁLOVÉHO TRHU VYPLÝVAJÍCÍ Z KONFLIKTU ZÁJMŮ MEZI VLASTNÍKY A MANAŽERY PODNIKŮ.....	246
JANUSZ ORŁOWSKI: WYBRANE PROBLEMY ODPOWIEDZIALNOŚCI W POLSKIM PRAWIE PODATKOWYM	253
PRZEMYSŁAW PANFIL: PROCEDURY OSTROŻNOŚCIOWE I SANACYJNE JAKO PRZYKŁAD REGUL FISKALNYCH (PRUDENTIAL AND REMEDIAL PROCEDURES AS AN EXAMPLE OF FISCAL RULES).....	263
IVANA PAŘÍZKOVÁ: KONTROLA ROZPOČTOVÉHO HOSPODAŘENÍ ÚSC A PORUŠENÍ ROZPOČTOVÉ KÁZNĚ.....	271
ALENA PAULIČKOVÁ: DOPADY ZAVEDENIA EURA NA PODNIKANIE V SLOVENSKEJ REPUBLIKE.....	277
MAREK PODZIMNÝ: OCHRANA INVESTIC V RÁMCI SVĚTOVÉ OBCHODNÍ ORGANIZACE	282
ALICJA POMORSKA: ZASADY ODPOWIEDZIALNOŚCI CZŁONKÓW ZARZĄDU SPÓŁEK KAPITAŁOWYCH ZA ZALEGŁOŚCI PODATKOWE SPÓŁEK.....	287
MICHAL RADVAN: JE BERNÍ PRÁVO SAMOSTATNÝM ODVĚTVÍM PRÁVA?	295
TOMÁŠ ROZEHNAL: ZMĚNY V ZÁKONĚ O OMEZENÍ PLATEB V HOTOVOSTI	305
MOJMÍR SABOLOVIČ: INTERDISCIPLINARITA VĚDNÍCH OBORŮ	312
ALENA SALINKOVÁ: JAK SE DANÍ ŠTĚSTÍ (DAŇOVÁ ÚPRAVA OBLASTI LOTERIÍ, HER A SÁZEK).....	319
PETRA SCHILLEROVÁ: MEZINÁRODNÍ SPOLUPRÁCE PŘI VYMÁHÁNÍ NĚKTERÝCH FINANČNÍCH POHLEDÁVEK – PRAKTICKÉ ASPEKTY	324
JOHAN SCHWEIGL: THE CONCEPT OF “HUMAN RIGHTS” IN AUSTRIAN ECONOMICS .	332
DOROTA STRUS: INSTYTUCJONALNE ASPEKTY FINANSOWANIA OCHRONY ŚRODOWISKA W POLSCE.....	339

DANA ŠRAMKOVÁ: CELNÍ PRÁVO VE SVĚTLE 40. VÝROČÍ CELNÍ UNIE.....	348
VILÉM TANZER: SPOLUPRÁCE PŘI VYMÁHÁNÍ DAŇOVÝCH POHLEDÁVEK V EU – AKTUÁLNÍ OTÁZKY JAZYKOVÉHO REŽIMU A PŘÍSLUŠNOSTI K PŘEZKUMU.....	353
EVA TOMÁŠKOVÁ: MARKET ORIENTATION AT HI-TECH COMPANIES: RESULTS OF PRELIMINARY RESEARCH.....	363
IVAN VÁGNER: DŮVĚRA NEJEN V MANAGEMENTU.....	369
DALIA VASARIENE, DOVILE MINGELAITE: PUBLIC PROPERTY: INCOME OF MUNICIPALITIES BUDGETS IN LITHUANIA	380
KATARZYNA WÓJTOWICZ: PARTNERSTWO PUBLICZNO – PRYWATNE W POLSCE – PODSTAWY PRAWNE I PRAKTYKA FUNKCJONOWANIA	390
MAŁGORZATA WRÓBLEWSKA: MOST –FAVOURED –NATION CLAUSE IN THE LIGHT OF EC CASE C-335/05 RIZENI LETOVEHO PROVOZU CR, S.P.V.BUNDESAMNT FUR FINANZEN.....	398
ANTON YAKUSHEV: CASE LAW AS A NEW PHENOMENON IN TAX LAW OF RUSSIA ...	403
DOMINIK ŽENATÝ: ROLE MANAŽERA V PROCESU VZNIKU PRACOVNÍHO POMĚRU ..	409

HISTORICKO-PRÁVNÍ SEKCE

LEGAL-HISTORY SECTION

STANISLAV BALÍK: POKUS O UNIFIKACI ADVOKÁTNÍHO ŘÁDU V PRVÉ ČESKOSLOVENSKÉ REPUBLICE	415
PETRA CAPANDOVÁ: VÝVOJ SÚKROMNÉHO PRÁVA NA SLOVENSKU PO ZÁNIKU HABSBURSKEJ MONARCHI	425
TOMÁŠ GÁBRIŠ: PRÁVNE VYJADRENIE HODNÔT NOVOVYTVORENEJ ČSR (1918)	434
VILÉM KNOLL: „NIE UND NIMMER“. CHEBSKÝ PODZIM ROKU 1918	450
CHRISTIAN NESCHWARA: ÜBERLEITUNG UNGARISCHEN RECHTS IM ÖSTERREICHISCHEN BURGENLAND NACH 1921	469
BALÁZS PÁLVÖLGYI: FORMING THE LEGAL ARGUMENTS OF THE HUNGARIAN POSITION IN THE CASE REGARDING THE ASSASSINATION IN MARSEILLE (1934)	496
PAVEL SALÁK JR.: FINANČNÍ STRÁŽ V ROCE 1918	507
JAROMÍR TAUCHEN: K NĚKTERÝM OTÁZKÁM PRÁVNÍ ÚPRAVY JAZYKOVÉHO PRÁVA V PRVNÍ ČSR Z NĚMECKÉHO POHLEDU	521
RENATA VESELÁ: VZNIK ČESKOSLOVENSKÉ REPUBLIKY A NOVELIZACE RODINNÉHO PRÁVA	533
LADISLAV VOJÁČEK: BRNĚNSKÁ NOVOKANTOVSKÁ PRÁVNÍ ŠKOLA	542

MEZINÁRODNÍ A EVROPSKÉ PRÁVO
INTERNATIONAL AND EUROPEAN LAW

IGOR BLAHUŠIAK: RECENT ATTEMPTS OF SUPRANATIONALIZATION IN THE THIRD PILLAR OF THE EUROPEAN UNION	548
PETRA BOHŮNOVÁ: REGULATION ON SERVICE OF DOCUMENTS: TRANSLATIONS OF DOCUMENTS INSTITUTING PROCEEDINGS SERVED ABROAD	565
MARTIN CRHA: SO CALLED LANGUAGE RISKS AND THE UNITED NATIONS CONVENTION ON CONTRACTS FOR THE INTERNATIONAL SALE OF GOODS.....	575
LENKA ČERVENKOVÁ: THE LEGAL FRAMEWORK OF THE BANKING INDUSTRY IN THE EUROPEAN UNION.....	579
MICHAL DAVALA: POHLAVIE AKO DÔVOD NA LEGITÍMNE ROZDIELNE ZAOBCHÁDZANIE V EURÓPSKOM PRÁVE	588
VLADIMÍR DOLEŽEL: COMPARISON OF PROVISIONS ON PROROGATION IN CURRENT AND PROPOSED VERSIONS OF THE CZECH STATUE ON PRIVATE INTERNATIONAL LAW AND REGULATION (EC) NO. 44/2001	605
PAVOL DRLIČKA: THE TOULMIN MODEL OF LEGAL ARGUMENTATION IN THE CASE C-388/01 OF THE EUROPEAN COURT OF JUSTICE.....	613
JANA HERBOCZKOVÁ: CERTAIN ASPECTS OF ONLINE ARBITRATION	620
VERONIKA HRADILOVÁ: THE FREE MOVEMENT OF JUDGMENTS WITHIN THE EUROPEAN UNION: PROCESS OF RECOGNITION AND ENFORCEMENT OF FOREIGN JUDGMENTS	632
RADKA CHLEBCOVÁ: THE IMPACT OF CIVIL JURISDICTION RULES ON THIRD STATES (ARTICLE 4)	641
ROMAN KALIŠ: IS THE ENGLISH DOCTRINE OF JUDICIAL PRECEDENT BECOMING ONLY AN ILLUSION?.....	648
JANA KOMENDOVÁ: PROHIBITION OF DISCRIMINATION ON THE GROUNDS OF DISABILITY IN THE EC LAW	653
DAMJAN KOROŠEC: KRITISCH ÜBER DIE INKRIMINIERUNG DES GENOZIDS.....	661
VIKTOR KRIŽAN: SOME ASPECTS OF WORKING TIME OF WORKERS IN TRANSPORT IN SLOVAK AND EUROPEAN LABOUR LAW	671
FILIP KŘEPELKA: MULTILINGUALISM OF THE EUROPEAN UNION – FACTS AND CONSEQUENCES FOR A NEW MEMBER STATE	683
TEREZA KYSELOVSKÁ: MANDATORY RULES AND SELLERS OBLIGATION TO DELIVER GOODS ACCORDING TO UNITED NATIONS CONVENTION ON CONTRACTS FOR THE INTRENATIONAL SALE OF GOODS.....	688

MARKÉTA NAVRÁTILOVÁ: THE PRELIMINARY RULING BEFORE THE CONSTITUTIONAL COURTS.....	695
PETRA NOVOTNÁ: FREEDOM OF ESTABLISHMENT AFTER CARTESIO	706
ZDENĚK NOVÝ: PROCEDURAL EFFICIENCY VIS-À-VIS CONFLICTUAL JUSTICE	714
MARTIN ORGONÍK: TOWARDS ECONOMIC PERSPECTIVES ON PRIVATE INTERNATIONAL LAW	725
NADĚŽDA ROZEHNALOVÁ: NESTÁTNÍ PRÁVO PŘED ČESKÝMI SOUDY.....	731
KATEŘINA ŘÍHOVÁ: WHY SHOULD THE WTO PRESERVE THE CONSENSUS RULE?	739
DAVID SEHNÁLEK: THE REVIEW OF ONE CZECH COURT’S DECISION – ARE WE MORE EUROPEAN THAN THE EUROPEAN UNION ITSELF?.....	743
KATEŘINA SKŘIVÁNKOVÁ: PROPOSAL FOR A DIRECTIVE ON CONSUMER RIGHTS....	751
KLÁRA SVOBODOVÁ: ARBITRATION EXCEPTION IN THE REGULATION BRUSSELS I. 757	
NADĚŽDA ŠIŠKOVÁ: THE APPLICATION OF THE PROVISIONS IN THE FIELD OF HUMAN RIGHTS – SOME ISSUES IN THE RELATION TO THE CHARTER OF FUNDAMENTALS RIGHTS OF THE EU	774
JANA TKÁČIKOVÁ: SELECTED ASPECTS OF IMPLEMENTATION OF REGULATION (EC) NO 882/2004 ON OFFICIAL CONTROLS IN THE CZECH REPUBLIC	778
SIMONA TRÁVNÍČKOVÁ: LIMITATIONS OF CHOICE OF LAW – MANDATORY RULES ANAD INTERNATIONALLY MANDATORY RULES	788
LAURA MAGDALENA TROCAN: THE STRIFE REGARDING THE SEA DELIMITATION IN THE BLACK SEA BETWEEN ROMANIA AND UKRAINE DEVELOPMENT AND PERSPECTIVES -	798
JANA TUROŇOVÁ: DETERMINATION OF INTERNATIONAL JURISDICTION BY COUNCIL REGULATION (EC) NO 1346/2000, ON INSOLVENCY PROCEEDING	812
VLADIMÍR TÝČ: DIRECT EFFECT AND INVOCABILITY OF EC LAW BEFORE NATIONAL COURTS: INTERNATIONAL TREATIES.....	818
JIŘÍ VALDHANS, PETRA MYŠÁKOVÁ: ROME I AND ROME II REGULATIONS – ALIES OR ENEMIES?.....	822
SABINA ZGAGA: THE REGULATION OF AGGRESSION IN THE ROME STATUTE AND IN THE SLOVENIAN CRIMINAL LEGISLATION	830

OBČANSKÉ PRÁVO

CIVIL LAW

JAN HURDÍK: ÚVODNÍ SLOVO	842
SEVASTIAN CERCEL: CONSIDERATIONS ON THE EXPROPRIATION IN THE ROMANIAN CIVIL LAW	844
MAREK DEL FAVERO: PROCESNÍ POVINNOSTI ÚČASTNÍKŮ CIVILNÍHO ŘÍZENÍ VE VZTAHU K NEGATIVNĚ FORMULOVANÉ NORMATIVNÍ VĚTĚ HMOTNĚPRÁVNÍ NORMY	853
JOSEF FIALA: HMOTNĚPRÁVNÍ A PROCESNĚPRÁVNÍ ASPEKTY SOUDCOVSKÉHO ZÁSTAVNÍHO PRÁVA.....	860
ALIN-GHEORGHE GAVRILESCU: LES LIMITES DU DROIT AU MARIAGE DANS LE DROIT ROUMAIN ET DANS LE DROIT FRANÇAIS	865
JIRÍ HANDLAR: POJEM PRÁVNÍ ODPOVĚDNOSTI V DÍLE PROF. JOSEFA MACURA	882
IVANA HENDRYCHOVÁ: SOUDNÍ ROZHODOVÁNÍ O NÁKLADECH ŘÍZENÍ.....	887
ANNA HOŘÍNOVÁ: ZNALECKÝ POSUDEK JAKO DŮKAZ V RÁMCI PÉČE SOUDU O NEZLETILÉ.....	893
MICHAELA HRUBÁ: PROCESNÍ PRÁVA DÍTĚTE – PRÁVO BÝT SLYŠENO.....	900
MARTINA KARHANOVÁ: VYBRANÉ POZNÁMKY K ÚPRAVĚ DĚDICKÝCH TITULŮ V NÁVRHU NOVÉHO OBČANSKÉHO ZÁKONÍKU	909
MARTIN KORNEL: SOUDCE A ROZHODOVÁNÍ O NEZLETILÉM DÍTĚTI	917
ALEXANDRA KOTRECOVÁ, SASKIA POLÁČKOVÁ: JE MOŽNÁ REKODIFIKÁCIA OBČANSKEHO PRÁVA HMOTNÉHO BEZ REKODIFIKÁCIE CIVILNÉHO PRÁVA PROCESNÉHO?.....	924
PAVEL KOUKAL: SOUDNÍ PŘEZKUM ROZHODNUTÍ ÚŘADU PRŮMYSLOVÉHO VLASTNICTVÍ VE SVĚTLE NEJNOVĚJŠÍ JUDIKATURY EVROSPKÉHO SOUDU PRO LIDSKÁ PRÁVA.....	930
INGRID KOVÁŘOVÁ KOCHOVÁ: UST. §120 ODSŤ.3 O.S.Ř. VE SVĚTLE NAVRHOVANÉ NOVELY OBČANSKÉHO SOUDNÍHO ŘÁDU (VYŠETŘOVACÍ DŮKAZ VE SPORNÉM ŘÍZENÍ)?.....	938
ZDEŇKA KRÁLÍČKOVÁ, RADOVAN DÁVID: (PŘEDBĚŽNÉ OPATŘENÍ O) VYKÁZÁNÍ ZE SPOLEČNÉHO OBYDLÍ.....	946
PETR LAVICKÝ: VZÁJEMNÉ VZTAHY PRÁVA PROCESNÍHO A PRÁVA HMOTNÉHO V DÍLE PANA PROFESORA MACURA	959
KATEŘINA RONOVSÁ: ZAMYŠLENÍ NAD PROCESNÍMI OTÁZKAMI VZNIKU SPOLKU JAKO PRÁVNICKÉ OSOBY	969

LENKA ŘEHULOVÁ: PROHLÁŠENÍ ZMOCNĚNCE O AKCEPTACI PLNÉ MOCI?	978
PETR SEDLÁK: PŘÍSLUŠNOST SOUDU VE VĚCI SAMÉ PO ZAMÍTNUTÍ NÁVRHU NA NÁVRAT DÍTĚTE VE VĚCI MEZINÁRODNÍCH ÚNOSŮ DĚTÍ	984
MARKÉTA SELUCKÁ: PŘÍSTUP KE SPRÁVEDLNOSTI JAKO ZÁKLADNÍ PODMÍNKA OCHRANY SPOTŘEBITELE.....	990
JIŘÍ SPÁČIL: PODSTATA VLASTNICKÝCH ŽALOB, RELATIVNÍ NEPLATNOSTI A PROCESNÍHO NÁSTUPNICTVÍ Z POHLEDU VZTAHU PRÁVA HMOTNÉHO A PROCESNÍHO V DÍLE PROF. MACURA	994
JARUŠKA STAVINHOVÁ: PROCESNÍ POVINNOSTI ÚČASTNÍKŮ CIVILNÍHO SOUDNÍHO ŘÍZENÍ VE SVĚTLE DÍLA PROF. MACURA.....	1000
MAREK ŠTEVČEK: POUČOVACIA POVINNOSŤ SÚDU A KONCENTRÁCIA CIVILNÉHO SÚDNEHO KONANIA PO OSTATNEJ NOVELE OSP V PROSPEKTÍVNEJ ANTICIPÁCII VÝVOJA CIVILNÉHO PROCESNÉHO PRÁVA.....	1008
MICHAL VLASÁK: OBRÁCENÍ DŮKAZNÍHO BŘEMENE O ZAVINĚNÍ V OBČANSKÉM PRÁVU	1012
RADKA ZAHRADNÍKOVÁ: SPRÁVNÍ SOUDNICTVÍ A JEHO DVĚ „VĚTVE“ ANEB SROVNÁNÍ ŘÍZENÍ PODLE ČÁSTI 5. OBČANSKÉHO SOUDNÍHO ŘÁDU A ŘÍZENÍ O ŽALOBĚ PROTI NEZÁKONNÉMU ROZHODNUTÍ PODLE SOUDNÍHO ŘÁDU SPRÁVNÍHO	1021

OBCHODNÍ PRÁVO
COMMERCIAL LAW

JOSEF BEJČEK: EKONOMICKÝ REDUKCIONISMUS A NORMATIVNÍ INDIVIDUALISMUS V EVROPSKÉM SOUTĚŽNÍM PRÁVU?	1039
MARTINA DITMAROVÁ: ŽIVNOSTENSKÉ PODNIKÁNÍ V NOVÉM KABÁTĚ	1059
HELENA DOLEŽALOVÁ: PRÁVNÍ ÚPRAVA BYTOVÝCH DRUŽSTEV V EVROPĚ VE VZTAHU K AKTUÁLNÍMU POSLANECKÉMU NÁVRHU NA JEJÍ ZMĚNU V ČESKÉ REPUBLICE	1084
PETR HAJN: ZÁSADY „IN DUBIO PRO LIBERTATE“ A „NEMINEM LEADERE“ V PRÁVU PROTI NEKALÉ SOUTĚŽI	1091
TOMÁŠ HULLE: NEKALÁ SOUTĚŽ NA SČESTÍ ANEB KUDY CESTA NEVEDE PO REFORMĚ B2C VZTAHŮ	1097
JÁN HUSÁR: PUBLICIZÁCIA PRÁVNEJ REGULÁCIE OBCHODOVANIA	1105
PETRA JELÍNKOVÁ: STŘET SVOBODY USAZOVÁNÍ S PRÁVNÍ ÚPRAVOU POSTAVENÍ JEDNATELŮ V ČLENSKÝCH STÁTECH	1117
PAVEL JIŘIČKA: ÚLOHA SPRÁVCE V INSOLVENČNÍM ŘÍZENÍ	1124
JAROMÍR KOŽIAK: NĚKOLIK POZNÁMEK K ÚPRAVĚ HLASOVÁNÍ VALNÉ HROMADY V NÁVRHU OBCHODNÍHO ZÁKONA	1128
LUKÁŠ KVOKAČKA: SOCIETAS PRIVATA EUROPAEA	1133
JAN LASÁK: K NĚKTERÝM OTÁZKÁM KORPORACÍ ÚČASTNÍCÍCH SE PŘESHRANIČNÍCH FÚZÍ	1143
PETRONELA LUPRICOVÁ: NEKALÁ SÚŤAŽ V REKLAME A SKRYTÁ REKLAMA, AKO NEKALÁ PRAKTIKA MARKETINGOVEJ KOMUNIKÁCIE V EÚ	1153
KAREL MAREK: POZNÁMKY PŘED REKODIFIKACÍ SOUKROMÉHO PRÁVA A ZMĚNOU V PRÁVNÍ ÚPRAVĚ VEŘEJNÝCH ZAKÁZEK	1161
DANA ONDREJOVÁ: EVROPSKÉ VÝZVY PRO ČESKOU REGULACI TZV. PRODUCT PLACEMENT	1169
JARMILA POKORNÁ: PRÁVNÍ POSTAVENÍ AKCIONÁŘŮ A VÝKON JEJICH OPRÁVNĚNÍ ŘÍDIT SPOLEČNOST	1179
JOSEF ŠILHÁN: "OBJEKTIVNÍ OSPRAVEDLNĚNÍ" V PRÁVU PROTI ZNEUŽITÍ DOMINANTNÍHO POSTAVENÍ	1186
EVA VEČERKOVÁ: OBCHODNÍ FIRMA A NEKALÁ SOUTĚŽ	1204

PRÁVNÍ TEORIE

LEGAL THEORY

BLANKA BARÁKOVÁ, BOHUMILA SALACHOVÁ: SPRAVEDLNOST, ROVNOST A MORÁLKA V PRÁVU	1211
KARIN BRZOBOHATÁ: PSYCHOLOGICKÉ ASPEKTY INSTITUCIONALIZACE V PROCESU APLIKACE PRÁVA.....	1216
JÁN ČIPKÁR: O ANTROPOLOGIZÁCI PRÁVA	1222
LUDVÍK DAVID: CO JE PRECEDENT V ROZHODNUTÍCH ČESKÝCH CIVILNÍCH SOUDŮ?	1239
JARMILA CHOVANCOVÁ: PROBLEMATIKA PRAVDY V PRAGMATIZME A OTÁZKA PRAVDIVOSTI NORIEM.....	1243
PETR KRÁTKÝ: TEORETICKOPRÁVNÍ ASPEKTY NÁRODNÍHO STÁTU V ÉŘE GLOBALISACE	1248
JANA LOJKOVÁ, DARINA POPOVIČOVÁ: PRÁVNÍ A ETICKÉ ASPEKTY OCHRANY NENAROZENÝCH DĚTÍ A DĚTÍ S VROZENÝMI VADAMI.....	1254
PETR OSINA: ŽIVÉ PRÁVO EUGENA EHRLICHA A PLURALITA PRÁVA	1264
JAN PINZ: ZPŮSOBY POZNÁNÍ PRÁVA JAKO JEHO NALÉZÁNÍ PRÁVNÍ VĚDOU, SOUDNICTVÍM A PRÁVOZNALECTVÍM.....	1269
ADAM PTAŠNIK: SPRAVEDLNOST NÁHRADY NÁKLADŮ ŘÍZENÍ	1274
KAREL SCHELLE: VÝZNAM VZNIKU ČESKOSLOVENSKÉ REPUBLIKY PRO VÝVOJ CIVILNÍHO ŘÍZENÍ	1278
TEREZIE SMEJKALOVÁ: K OTÁZCE NORMATIVITY JUDIKATURY V ČESKÉ REPUBLICE	1302
MARTIN ŠKOP: I.CZDEKONSTRUKCE JAKO METODA POZNÁNÍ PRÁVA	1312
ANTONÍN ŠPIRUDA: VYBRANÉ OPERACE S PRÁVNÍMI NORMAMI	1321
MILOŠ VEČEŘA: DIVERSITA A JEDNOTA PRÁVA	1329
PETR VOJÍŘ: PRÁVNÍ POJEM RETROAKTIVITY	1342

SPRÁVNÍ VĚDA A SPRÁVNÍ PRÁVO
ADMINISTRATIVE SCIENCE AND ADMINISTRATIVE LAW

JÁN BAHÝL: NĚKOLIK POZNÁMEK K ORGANIZACI VEŘEJNÉ SPRÁVY NA ÚSEKU OCHRANY ŽIVOTNÍHO PROSTŘEDÍ.....	1359
PAWLA ANNA BOROWSKA, ROBERT SUWAJ, STANISLAV STASZIC: ETHICAL RESPONSIBILITY OF OFFICIALS OF THE EUROPEAN UNION AND TYPE OF SANCTIONS IMPOSED FOR UNETHICAL CONDUCT.....	1366
AGNIESZKA BRZOSTEK, AGNIESZKA CZARKOWSKA, PAWLA STANISLAV STASZIC: CITIZENS INFLUENCING LOCAL PUBLIC ADMINISTRATION	1374
BRANISLAV CEPEK: OSOBITOSTI KONANIA A ROZHODOVANIA NA ÚSEKU OCHRANY PŘÍRODY A KRAJINY VO VZŤAHU K SPRÁVNEMU PORIADKU.....	1381
KATEŘINA ČERVENÁ: INVESTOR A ÚZEMNÍ PLÁNOVÁNÍ	1387
JANA FILIPOVÁ: TZV. NEPŘIJATELNOST KASAČNÍ STÍŽNOSTI O MEZINÁRODNÍ OCHRANĚ PODLE § 104A S. Ř. S.....	1394
LUDMILA GAJDOŠÍKOVÁ: SPRÁVNE SÚDNICTVO A KONANIE PRED ÚSTAVNÝM SÚDOM SLOVENSKEJ REPUBLIKY	1404
VLASTIMIL GÖTTINGER: TŘI OTAZNÍKY NAD SPRÁVOU ZPRAVODAJSKÝCH SLUŽEB	1415
EVA HAMPLOVÁ: AKTIVNÍ LEGITIMACE K PODÁNÍ NÁVRHU NA ZRUŠENÍ OPATŘENÍ OBECNÉ POVAHY DLE USTANOVENÍ § 101A SOUDNÍHO ŘÁDU SPRÁVNÍHO	1424
JAKUB HANDRLICA: EVROPEIZACE SPRÁVNÍHO PRÁVA PROSTŘEDNICTVÍM SPRÁVNĚ RELEVANTNÍHO JEDNÁNÍ EVROPSKÝCH AGENTUR	1431
PETR HLUŠTÍK: ROZHODNUTÍ O SPRÁVNÍM VYHOŠTĚNÍ CIZINCE A JEHO SOUDNÍ PŘEZKUM.....	1454
JOSEF CHÝLE: JE EVROPSKÉ OBČANSTVÍ PRO KAŽDÉHO?.....	1461
JAN JANEČEK: NĚKOLIK POZNÁMEK K PRÁVNÍ ÚPRAVĚ HOSPODAŘENÍ CELKŮ ÚZEMNÍ SAMOSPRÁVY	1465
JANA JURNÍKOVÁ: K VYBRANÝM OTÁZKÁM DOKAZOVÁNÍ V AZYLOVÉM ŘÍZENÍ..	1470
ALENA KLIKOVÁ: NOVÉ ZPŮSOBY POVOLOVÁNÍ UMÍSTĚOVÁNÍ STAVEB	1474
JAROSLAV KNOTEK: VYUŽITELNOST VEŘEJNOPRÁVNÍCH SMLUV V OCHRANĚ PŘÍRODY A KRAJINY	1478
PETR KOLMAN: ORGÁNY ZASTUPITELSTVA A RADY OBCE.....	1486
ZDENĚK KOUDELKA: VYSOKOŠKOLSKÁ SAMOSPRÁVA	1495

VERONIKA KUDROVÁ: SOUDNÍ PŘEZKUM ROZHODNUTÍ SAMOSPRÁVY: VEŘEJNÉ VYSOKÉ ŠKOLY	1500
ANDRÁS LAPSÁNSZKY: THE BRIEF HISTORY, DEVELOPMENT, TECHNICAL BASIS AND SPECIAL “PRIVATISATION” OF THE INTERNET	1516
ANTON MARTVOŇ: VZŤAH SPRÁVNEHO SÚDNICTVA A VEREJNEJ SPRÁVY VO ŠVÉDSKOM KRÁĽOVSTVE A VO FÍNSKEJ REPUBLIKE	1531
DANA MĚŠŤANOVÁ: VÝSTAVBOVÝ PROJEKT CHARAKTERU PPP	1537
MICHAŁ PATER: IS AWARDING A MEDAL AN ADMINISTRATIVE DECISION?.....	1548
JITKA PĚKNÁ: VEŘEJNÁ SLUŽBA A SYSTÉMY VEŘEJNÉ SLUŽBY	1556
PETR POSPÍŠIL: NĚKOLIK POZNÁMEK K MOŽNOSTI ÚHRADY REGULAČNÍCH POPLATKŮ Z ROZPOČTŮ ÚZEMNÍCH SAMOSPRÁVNÝCH CELKŮ	1562
LUKÁŠ POTĚŠIL: ROZHODNUTÍ, TZV. JINÉ ÚKONY A OPATŘENÍ OBECNÉ POVAHY ..	1569
IRENA POUROVÁ: MÍRA OCHRANY PRÁV VLASTNÍKŮ SOUSEDNÍCH NEMOVITOSTÍ PŘI UMÍSTOVÁNÍ STAVEB	1577
PETR PRŮCHA: K OTÁZKÁM ORGANIZACE SOUČASNÉ MÍSTNÍ A REGIONÁLNÍ SAMOSPRÁVY	1582
IVANA PRŮCHOVÁ: POZEMKOVÉ ÚPRAVY A SOUDNÍ PŘEZKUM	1596
LENKA RYBÁŘOVÁ: ÚLOHA CELNÍCH ORGÁNŮ PŘI OCHRANĚ ŽIVOTNÍHO PROSTŘEDÍ	1600
MARIE SCISKALOVÁ: PRÁVNÍ ÚPRAVA KONTROLY VE VEŘEJNÉ SPRÁVĚ.....	1612
ANDREA SCHELLEOVÁ: ÚVOD DO PROBLEMATIKY VEŘEJNÝCH ZAKÁZEK	1620
SOŇA SKULOVÁ: K PROCESU OTVÍRÁNÍ „ČERNÉ SKŘÍŇKY“ SPRÁVNÍHO UVÁŽENÍ V SOUDNÍM PŘEZKUMU	1625
KAREL ŠEMÍK: NĚKTERÉ ASPEKTY VEDENÍ ZDRAVOTNICKÉ DOKUMENTACE	1638
LENKA TUŠEROVÁ: E-GOVERNMENT A JEHO PROJEVY V ČESKÉM PRÁVU.....	1648
MARIUS VÄCÄRELU: REAL ESTATE EVIDENCE: A NEW INSTITUTION OF ADMINISTRATIVE LAW	1655
JURAJ VAČOK: MOŽNO VŽDY POVAŽOVAŤ ROZKLAD ZA PROSTRIEDOK NÁPRAVY?	1662
RENATA VESECKÁ: ZVLÁŠTNÍ ŽALOBNÍ LEGITIMACE NEJVYŠŠÍHO STÁTNÍHO ZÁSTUPCE K OCHRANĚ VEŘEJNÉHO ZÁJMU DLE SOUDNÍHO ŘÁDU SPRÁVNÍHO.....	1668
JOSEF ŽÁK, JOSEF ŠEVELA, KAREL LÁBR: NEDOSTATKY ZJIŠTĚNÉ PŘI KONTROLE POVOLOVÁNÍ ČISTÍREN ODPADNÍCH VOD S PROJEKTOVANOU KAPACITOU NAD 2000 EKVIVALENTNÍCH OBYVATEL NEBO S TECHNOLOGICKÝM ZAŘÍZENÍM PRODUKUJÍCÍM ODPADNÍ VODY V MNOŽSTVÍ VĚTŠÍM NEŽ 50 M ³ *DEN-1 VODOPRÁVNÍMI ÚŘADY S OHLEDEM NA ZÁKON	1678

TRESTNÍ PRÁVO

CRIMINAL LAW

EDUARD BURDA: PREČO NÁM TRESTNÍ ZODPOVEDNOSŤ PRÁVNICKÝCH OSÔB NAHÁŇA HRÔZU	1683
JOSEF ČENTĚŠ A ONDREJ PRIKRYL: ÚVAHY O TRESTNEJ ZODPOVEDNOSTI PRÁVNICKÝCH OSÔB V TRESTNOM ZÁKONE.....	1689
JAROSLAV FENYK: NÁVRH ČESKÉHO ZÁKONA O TRESTNÍ ODPOVĚDNOSTI PRÁVNICKÝCH OSOB A ŘÍZENÍ PROTI NIM (2004).....	1699
MAREK FRYŠTÁK: TRESTNÍ ODPOVĚDNOST PRÁVNICKÝCH OSOB JAKO JEDEN Z MOŽNÝCH NÁSTROJŮ BOJE S HOSPODÁŘSKOU KRIMINALITOU	1711
VID JAKULIN: THE CRIMINAL LIABILITY OF LEGAL PERSONS IN THE REPUBLIC OF SLOVENIA	1717
JAN KOCINA: TRESTNÍ ODPOVĚDNOST PRÁVNICKÝCH OSOB A PRÁVA TŘETÍCH OSOB	1727
VLADIMÍR KRATOCHVÍL: ZÁKAZ DVOJÍHO POTRESTÁNÍ NA POMEZÍ TRESTNÍ ODPOVĚDNOSTI PRÁVNICKÝCH A FYZICKÝCH OSOB (EVROPSKÉ, RAKOUSKÉ A ČESKÉ POHLEDY).....	1733
JOSEF KUČHTA: TRESTNÍ ŘÍZENÍ PROTI PRÁVNICKÝM OSOBÁM Z POHLEDU NĚKTERÝCH ZÁSAD TRESTNÍHO PRÁVA PROCESNÍHO.....	1741
ZOLTAN ANDRAS NAGY: SOME PROBLEMS OF THE CRIMINAL LIABILITY OF LEGAL ENTITY IN CRIMINAL DOGMATICS.....	1749
ALEXANDER NETT: VYBRANÉ TRESTNĚPROCESNÍ ASPEKTY TRESTNÍ ODPOVĚDNOSTI PRÁVNICKÝCH OSOB	1757
RUXANDRA RADUCANU, CRISTINA ANAMARIA CERCEL: PENAL LIABILITY FOR THE JURIDICAL PERSON IN ROMANIAN PENAL LAW	1763
VOISLAV STOJANOVSKI: CRIMINAL LIABILITY OF LEGAL PERSONS IN THE REPUBLIC OF MACEDONIA	1769
PAVEL ŠÁMAL: K OTÁZCE PŘÍČITATELNOSTI TRESTNÉHO ČINU PRÁVNICKÉ OSOBE	1777
IVAN ŠIMOVČEK, ADRIÁN JALČ: PROCESNÉ PRÁVA PRÁVNICKÝCH OSÔB V TRESTNOM KONANÍ.....	1789
ONDREJ ŠTEFÁNIK: PROBLEMATIKA SANKCIONOVÁNÍ PRÁVNICKÝCH OSOB	1797
MIROSLAVA VRÁBLOVÁ: K LEGISLATÍVNEMU ZÁMERU ZÁKONA O REGISTRU DISKVALIFIKÁCIÍ	1811

ÚSTAVNÍ PRÁVO A POLITOLOGIE
CONSTITUTIONAL LAW AND POLITICS

JOLANTA BUCIŇSKA: THE SOCIAL RIGHTS IN THE LIGHT OF CONSTITUTIONS OF EUROPEAN COUNTRIES	1817
JAN FILIP: AKTUÁLNÍ PROBLÉMY ÚSTAVNÍ REGULACE VLASTNICTVÍ – ÚVOD A NÁMĚTY DO DISKUSE	1824
JAROSLAV GRINC: MALÉ ZAMYŠLENÍ NAD VELKÝM PROBLÉMEM	1829
PAVEL KANDALEC: INSTITUT PROHLÁŠENÍ O MAJETKU VERSUS OCHRANA TŘETÍCH OSOB	1834
TOMÁŠ KOCOUREK: OMEZENÍ VLASTNICKÉHO PRÁVA DLE ZÁKONA O OCHRANĚ PŘÍRODY A KRAJINY ANEB PROPAST MEZI OBECNÝM A VEŘEJNÝM ZÁJMEM	1841
TOMÁŠ LANGÁŠEK: OCHRANA LEGITIMNÍHO OČEKÁVÁNÍ V JUDIKATUŘE ÚSTAVNÍHO SOUDU	1852
ONDŘEJ MORAVEC: ROLE ÚSTAVNÍHO SOUDU PŘI OCHRANĚ VLASTNICKÉHO PRÁVA	1861
LUCIA RENTKOVÁ: OBCE A CÍRKVI (VO SVETLE NOVEJ JUDIKATURY ÚSTAVNÉHO SÚDU ČR)	1870
KATEŘINA ŠIMÁČKOVÁ: DANĚ A OCHRANA VLASTNICTVÍ	1877
JIŘÍ ZEMAN: KOMU ZVONÍ KATEDRÁLA? – VLASTNICTVÍ KATEDRÁLY SV. VÍTA, VÁCLAVA A VOJTĚCHA Z ÚSTAVNĚPRÁVNÍHO POHLEDU	1900

Sekce I.

Finanční právo a národní hospodářství

Finanční právo – ekonomie – management

Section I.

Financial Law and National Economy

Financial Law – Economics – Management

SAMOSPRÁVA A FINANCOVÁNÍ VEŘEJNÝCH VYSOKÝCH ŠKOL DESET LET PO PŘIJETÍ ZÁKONA O VYSOKÝCH ŠKOLÁCH

VLADIMÍR ADÁMEK

Právnická fakulta Masarykovy univerzity, Česká republika

Abstrakt v rodném jazyce

Veřejné vysoké školy jsou dnes demokraticky organizované samosprávné instituce. Právní úprava jejich samosprávy a financování je předmětem předkládaného příspěvku, který je zároveň připomenutím, že uplynulo právě deset let od přijetí zákona o vysokých školách. Úvodní část příspěvku je věnována samosprávě veřejných vysokých škol jako součásti zájmové samosprávy, další část příspěvku pojednává o některých souvislostech právní úpravy financování veřejných vysokých škol a závěrečná část příspěvku je úvahou de lege ferenda o přijetí samostatného právního předpisu, který by upravoval financování vysokých škol.

Klíčová slova v rodném jazyce

Vysoká škola, zájmová samospráva, územní samospráva, státní rozpočet, dotace ze státního rozpočtu, příspěvek ze státního rozpočtu.

Abstract

Today, public universities are democratically organized self-administering institutions. Subject of the contribution submitted is the legal regulation of their self-administration and funding, serving at the same time as a reminder of the fact that ten years from the adoption of the Act on Universities have just passed. The introductory part of the contribution deals with the self-administration of public universities as part of special interest self-administration, while some aspects of the legal regulation of public universities funding are discussed in the following section of the contribution, and the concluding part of the contribution is a lex ferenda reflection on the adoption of a separate legal regulation dealing with the funding of universities.

Key words

University, special interest self-administration, territorial self-administration, state budget, subsidies from the state budget, contribution from the state budget.

1. ÚVOD

Blíží se konec roku 2008, ve kterém uplynulo právě deset roků od přijetí zákona o vysokých školách.¹ Toto období je dostatečně dlouhé na to, abychom se na jeho konci zastavili a učinili zhodnocení. Přijetí zákona bylo bezesporu významným milníkem pro další fungování veřejných vysokých škol jako samosprávných institucí. Za uplynulých deset let zákon doznal řadu změn, o některých bude pojednáno v příslušných pasážích následujícího textu. Během uplynulých deseti let došlo také k významným událostem ve společnosti, mezi nejvýznamnější patří zcela jistě vstup České republiky do Evropské unie (dále jen EU) v roce 2004. Cílem následujícího příspěvku je tedy připomenout aktuální právní úpravu, ale také se zamyslet nad možnou novou koncepcí alespoň části právní úpravy.

¹ Zákon č. 111/1998 Sb., o vysokých školách a o změně a doplnění dalších zákonů (zákon o vysokých školách), v platném znění.

2. SAMOSPRÁVA VYSOKÝCH ŠKOL

Přijetím zákona o vysokých školách v roce 1998 bylo dovršeno úsilí o přeměnu vysokých škol v demokraticky organizované samosprávné instituce, na nichž je zaručena svoboda vědeckého bádání a zveřejňování jeho výsledků, právo vyučovat a učit se, jakož i další akademická práva a svobody. Veřejné vysoké školy nemají být propříště státními organizacemi, nýbrž právně samostatnými veřejnoprávními korporacemi způsobilými mít vlastní majetek a vystupovat v právních vztazích vlastním jménem.² Počátek úsilí o přeměnu vysokých škol v samosprávné instituce je datován porevolučním obdobím roku 1990, ve kterém byl přijat zákon o vysokých školách pojatý jako rámcová právní úprava.³

Samospráva vysokých škol je součástí zájmové samosprávy, která je dále reprezentována profesními komorami s povinným členstvím a komorami s nepovinným členstvím. Zájmová samospráva bývá někdy v literatuře označována negativním vymezením jako samospráva ostatní (neúzemní).⁴ Podle názoru autora příspěvku je toto označení nejvýstižnější. Na rozdíl od územní samosprávy je zájmová samospráva mnohem méně teoreticky propracována a netěší se takovému zájmu teoretiků právních i správních. Pro zájmovou samosprávu jsou charakteristické následující základy:⁵

1. Zákonný základ jejího zřízení. Subjekty zájmové samosprávy jsou zřízeny přímo zákonem jako veřejnoprávní korporace. Výjimkou jsou soukromé vysoké školy, které jsou zřízeny na základě zákona soukromou iniciativou, ovšem s nutností státního souhlasu.
2. Právní základ. Subjekt veřejné samosprávy má vždy právní subjektivitu. Vedle právní subjektivity je významnou složkou právního základu možnost regulovat svými předpisy chování subjektů podrobených zájmové samosprávě.
3. Ekonomický základ. Každá zájmová samospráva má vlastní majetek a vlastní hospodaření. Základním zdrojem příjmů jsou příspěvky členů s výjimkou vysokých škol, kde jsou příjmem platby za studium, ať již od státu nebo od samotných studentů.
4. Osobní základ. Zájmová samospráva jako prvek veřejné správy se vztahuje vždy k osobám, a to především k fyzickým osobám.

Vysokoškolskou samosprávu lze v její historické formě vysledovat již na půdě středověkých univerzit. V roce 1932 význačný český konstitucionalista prof. Vavřínek v polemice proti pojetí universit jako pouhých státních ústavů napsal: „Jest dobrodiní pro stát, kde uvnitř jeho skladby jsou nezávislé korporace, které mají schopnost samosprávy, jejich trvalost omezuje všemocnost státu, v jejich užším kruhu možno svobodně se rozvíjeti, dosíci cti a pravé důstojnosti ve sboru, proniknutém týmž přesvědčením společného ducha a povinnosti stavu, bez potřeby zavděčovat se mocným nebo lichotiti davu veřejného mínění“.⁶ Touto myšlenkou se inspiroval také návrh zákona o vysokých školách.

Veřejná vysoká škola se zřizuje a zrušuje zákonem. Zákon též stanoví její název a sídlo. Do samosprávné působnosti veřejné vysoké školy patří zejména:

² Viz. důvodová zpráva k zákonu o vysokých školách.

³ Zákon č. 172/1990 Sb., o vysokých školách.

⁴ Např. Sládeček, V. O (neúzemní) samosprávě. In Jirásková, V., Suchánek, R. Pocta Prof. JUDr. Václavu Pavlíčkovi, CSc. k 70. narozeninám. Praha: Linde Praha, a.s., 2004.

⁵ Zpracováno podle: Koudelka, Z. Samospráva. Praha: Linde Praha, a.s., 2007.

⁶ Viz. důvodová zpráva k zákonu o vysokých školách.

- a. vnitřní organizace,
- b. určování počtu přijímaných uchazečů o studium, podmínek pro přijetí ke studiu a rozhodování v přijímacím řízení,
- c. tvorba a uskutečňování studijních programů,
- d. organizace studia,
- e. rozhodování o právech a povinnostech studentů,
- f. zaměření a organizace vědecké, výzkumné, vývojové, umělecké nebo další tvůrčí činnosti,
- g. pracovněprávní vztahy a určování počtu akademických pracovníků a ostatních zaměstnanců,
- h. habilitační řízení a řízení ke jmenování profesorem,
- i. spolupráce s jinými vysokými školami a právníckými osobami a zahraniční styky,
- j. ustavování samosprávných akademických orgánů vysoké školy
- k. hospodaření vysoké školy a nakládání s majetkem v souladu se zvláštními předpisy,
 - l. stanovení výše poplatků spojených se studiem.

Samosprávnými akademickými orgány veřejné vysoké školy jsou

- a. akademický senát,
- b. rektor,
- c. vědecká rada nebo umělecká rada,
- d. disciplinární komise.

Dalšími orgány veřejné vysoké školy jsou

- a. správní rada veřejné vysoké školy,
- b. kvestor.

Přijetí zákona o vysokých školách znamenalo tedy výraznou kvalitativní změnu i pokud se týká právní úpravy jejich samosprávy. Ve srovnání s právní úpravou z roku 1990 je samospráva veřejných vysokých škol upravena komplexně. Významnou změnou je to, že fakulty vysokých škol již nejsou právníckými osobami. Autor příspěvku se domnívá, že v této oblasti je právní úprava dostačující. Na straně druhé, jak již bylo poznamenáno výše, se právní úprava zájmové samosprávy, a tedy i samosprávy vysokých škol, netěší velkému zájmu právních i správních teoretiků. Je možno doufat, že se tento negativní postoj změní a tento typ samosprávy bude podroben dalšímu zkoumání.

3. PRÁVNÍ ÚPRAVA FINANCOVÁNÍ VEŘEJNÝCH VYSOKÝCH ŠKOL

Financování a hospodaření veřejné vysoké školy je upraveno v § 18 až § 20 zákona o vysokých školách. Veřejná vysoká škola sestavuje rozpočet na kalendářní rok a hospodář podle něj. Rozpočet veřejné vysoké školy nesmí být sestavován jako deficitní. Příjmy rozpočtu veřejné vysoké školy jsou zejména:

- a. příspěvek ze státního rozpočtu na vzdělávací a vědeckou, výzkumnou, vývojovou, uměleckou nebo další tvůrčí činnost,
- b. dotace ze státního rozpočtu,
- c. poplatky spojené se studiem,
- d. výnosy z majetku,
- e. jiné příjmy nebo jiné příspěvky než uvedené v písmenu a) ze státního rozpočtu, ze státních fondů, z Národního fondu a z rozpočtů obcí a krajů,

- f. výnosy z doplňkové činnosti,
- g. příjmy z darů a dědictví.

Na příkladu dvou významných poskytovatelů příspěvku a dotací ze státního rozpočtu bude následně demonstrováno rozdílné nastavení pravidel, na straně jedné jsou to rozhodnutí poskytovatelů o poskytnutí podpory a na straně druhé je to smlouva mezi poskytovatelem a příjemcem podpory.

O poskytnutí příspěvku rozhoduje Ministerstvo školství, mládeže a tělovýchovy (dále jen ministerstvo) rozhodnutím na základě žádosti veřejné vysoké školy. Ministerstvo na základě ustanovení § 7 odst. 1 a § 14 zákona o rozpočtových pravidlech⁷ vydává Pravidla pro poskytování příspěvků a dotací veřejným vysokým školám (dále jen Pravidla). Aktuálně platné znění Pravidel bylo zveřejněno pod č.j. 4632/2006-30 dne 24. února 2006. Ve své úvodní části stanoví Pravidla obecné podmínky poskytování příspěvků a dotací a také podmínky použití příspěvků a dotací a jejich finanční vypořádání. Příspěvek poskytuje ministerstvo podle těchto Pravidel veřejné vysoké škole na uskutečňování akreditovaných studijních programů a programů celoživotního vzdělávání a s nimi spojenou vědeckou, výzkumnou, vývojovou, uměleckou nebo další tvůrčí činnost. Dotaci poskytuje ministerstvo podle těchto Pravidel na rozvoj vysoké školy a na ubytování a stravování studentů. Ukazatelé pro poskytnutí jednotlivých částí příspěvku jsou následující:

Ukazatelé A a B (studijní programy a s nimi spojená tvůrčí činnost)

Tato část příspěvku se odvozuje od rozsahu a obsahu vzdělávací činnosti vysoké školy, měřené počtem financovaných studií a absolventů, a současně reflektuje postupné metodické změny ve financování vysokých škol směřující ke zohlednění potřebné struktury výkonů a výstupních parametrů vzdělávací činnosti v souladu se záměrem koncepce reformy vysokého školství schváleným vládou České republiky.

Ukazatel C (stipendia pro studenty doktorských studijních programů)

Tato část příspěvku vyjadřuje podporu studentů studujících v doktorských studijních programech.

Ukazatel D (studující nefinancovaní z ukazatele A nebo B; mezinárodní spolupráce)

Ukazatel D je zdrojem pro zvýšení příspěvků podporujících plnění závazků z mezinárodních smluv, které nejsou financovány z ukazatele A nebo B.

Ukazatel F (vzdělávací projekty, programy a záměry)

Ukazatel F je zdrojem pro příspěvky novým vysokým školám a pro zvýšení příspěvků podporujících vzdělávací projekty a aktivity, které nejsou financovány z ukazatelů A a B.

Ukazatel M (mimořádné aktivity)

Příspěvek z tohoto ukazatele přizná ministerstvo na podporu mimořádných, rozpočtem nezajištěných aktivit, které vysoká škola uskutečňuje např. jako důsledek nových právních předpisů nebo nových aktuálních úkolů.

⁷ Zákon č. 218/2000 Sb., o rozpočtových pravidlech a o změně některých souvisejících zákonů (rozpočtová pravidla).

Ukazatel S (stipendia podle § 91 odst. 3 zákona o vysokých školách)

Ukazatel U (ubytovací stipendia)

Institut příspěvku je jednou ze zásadních změn zmíněných v úvodu, kterou prošla právní úprava v této oblasti. Byl zaveden novelou zákona o vysokých školách,⁸ která nabyla účinnosti 1. ledna 2006. Od stávajícího příjmu rozpočtů veřejných vysokých škol ve formě dotace ze státního rozpočtu, která měla svůj specifický režim podle rozpočtových pravidel, se oddělil příjem rozpočtu veřejné vysoké školy ve formě příspěvku, který je v rámci rozpočtových pravidel zařaditelný do kategorie dalších výdajů stanovených zákonem a dovoluje tak odlišný režim vypořádání se státním rozpočtem. Na rozdíl od dotace jsou zůstatkové prostředky z příspěvku převoditelné do rozpočtu veřejné vysoké školy v dalších letech, čímž se má umožnit efektivněji hospodařit, dlouhodobě plánovat a dosáhnout na některé zdroje financování z komerční sféry. Zároveň se tak zvyšuje odpovědnost veřejné vysoké školy za vlastní hospodaření a posiluje se její ekonomický základ samosprávy.

Ukazatelé pro poskytnutí jednotlivých částí dotace jsou následující:

Ukazatel D (studující nefinancovaní z ukazatele A nebo B; mezinárodní spolupráce; projekty podle usnesení vlády ČR)

Dotaci na rozvoj vysoké školy lze z tohoto ukazatele poskytnout na plnění programů AKTION, CEEPUS a SOCRATES a na podporu realizaci vyjmenovaných projektů podle usnesení vlády ČR.

Ukazatel F (vzdělávací projekty, programy a záměry)

Dotaci na rozvoj vysoké školy lze podle tohoto ukazatele poskytnout na podporu projektů a aktivit, které podporují rozvojové záměry vysoké školy nebo ministerstva podle dlouhodobého záměru vysoké školy nebo dlouhodobého záměru ministerstva.

Ukazatel G (vzdělávací rozvojové projekty Fondu rozvoje vysokých škol)

Dotaci podle tohoto ukazatele přiznává ministerstvo vysokým školám, na kterých se řeší vzdělávací projekty úspěšné ve výběrovém řízení organizovaném Výborem Fondu rozvoje vysokých škol.

Ukazatel M (mimořádné aktivity)

Dotaci podle tohoto ukazatele přiznává ministerstvo na podporu mimořádných, rozpočtem nezajištěných rozvojových aktiv, které vysoká škola uskutečňuje např. jako důsledek nových právních předpisů nebo nových aktuálních úkolů.

Ukazatel I (rozvojové programy)

Dotaci podle tohoto ukazatele přiznává ministerstvo vysokým školám, na kterých se řeší projekty v rámci Rozvojového programu vyhlášeného ministerstvem.

⁸ Zákon č. 552/2005 Sb., kterým se mění zákon č. 111/1998 Sb., o vysokých školách a o změně a doplnění dalších zákonů (zákon o vysokých školách), ve znění pozdějších předpisů, a některé další zákony.

Mimo stanovení výše příspěvků a dotací na rozvoj vysoké školy upravují Pravidla též stanovení výše dotací na ubytování a stravování studentů.

Podmínky dotací, jejich užití a zúčtování se řídí obecnými předpisy pro nakládání s prostředky státního rozpočtu a zvláštními předpisy upravujícími podporu výzkumu a vývoje. Tím se dostáváme k souvisejícímu právnímu předpisu, a sice zákonu o podpoře výzkumu a vývoje.⁹ Přijetí tohoto zákona bylo vyvoláno potřebou stanovit novou právní úpravu výzkumu a vývoje vymezující práva a povinnosti související s poskytováním podpory výzkumu a vývoje z veřejných prostředků. Takto pojatá nová právní úprava byla nejen v zájmu České republiky, ale zároveň byla také nezbytnou součástí příprav pro přijetí do EU. Nová právní úprava tedy zahrnuje problematiku podpory výzkumu a vývoje v širším kontextu než právní úprava předchozí, která neupravovala související oblasti, např. vlastnická práva k výsledkům a jejich využití.¹⁰

Zákonem o podpoře výzkumu a vývoje je upravena mimo jiné i činnost Grantové agentury České republiky (dále jen GA ČR), která je významným poskytovatelem účelové podpory grantových projektů. GA ČR je organizační složkou státu a správcem rozpočtové kapitoly. Je samostatnou účetní jednotkou a hospodář samostatně s účelovými a institucionálními prostředky předělenými zákonem o státním rozpočtu České republiky.

GA ČR zabezpečuje

- a. přípravu a realizaci programů a dalších aktivit v oblasti základního výzkumu včetně veřejných soutěží ve výzkumu a vývoji na podporu grantových projektů,
- b. hodnocení a výběr návrhů grantových projektů,
- c. poskytování účelové podpory grantových projektů na základě smluv o poskytnutí podpory nebo rozhodnutí o poskytnutí podpory,
- d. kontrolu plnění smluv o poskytnutí podpory nebo rozhodnutí o poskytnutí podpory a čerpání účelové podpory,
- e. hodnocení a kontrolu průběhu řešení a plnění cílů grantových projektů a kontrolu jimi dosažených výsledků,
- f. zpracování návrhu výdajů GA ČR a zpráv o její činnosti.

Činnost GA ČR je dále upravena zejména nařízením vlády ČR č. 461/2002 Sb., o účelové podpoře výzkumu a vývoje z veřejných prostředků a o veřejné soutěži ve výzkumu a vývoji,¹¹ Statutem Grantové agentury České republiky,¹² jakož i dalšími obecně závaznými právními předpisy.

Předsednictvo GA ČR schvaluje svým rozhodnutím Grantový systém GA ČR (dále jen Pravidla),¹³ který slouží k vysvětlení a doplnění některých informací uvedených v zadávací dokumentaci. Pravidla nabývají účinnosti vyhlášením veřejných soutěží ve výzkumu a vývoji

⁹ Zákon č. 130/2002 Sb., o podpoře výzkumu a vývoje z veřejných prostředků a o změně některých souvisejících zákonů (zákon o podpoře výzkumu a vývoje), v platném znění.

¹⁰ Viz. důvodová zpráva k zákonu o podpoře výzkumu a vývoje.

¹¹ Nařízení vlády ČR č. 461/2002 Sb., o účelové podpoře výzkumu a vývoje z veřejných prostředků a o veřejné soutěži ve výzkumu a vývoji.

¹² Statut Grantové agentury České republiky (příloha k usnesení vlády ČR ze dne 7. 8. 2002 č. 770).

¹³ Grantový systém GA ČR 2008. [citováno 24. října 2008]. Dostupný z : http://pala.gacr.cas.cz/wordpress/wp-content/uploads/2008/02/grantovy_system2008.pdf.

na podporu grantových projektů. U citovaných pravidel se předpokládá termín zahájení řešení projektů od 1. 1. 2009.

Pravidla jsou členěna do těchto základních částí:

1. Základní informace
2. Charakteristika subjektů a grantových projektů
3. Způsobilost uchazeče a její prokazování v rámci veřejné soutěže
4. Finanční náležitosti
5. Návrh projektu – formální náležitosti, podmínky podání a způsob zpracování
6. Veřejná soutěž ve výzkumu a vývoji
7. Postup při řešení grantového projektu (dílčí a závěrečné zprávy)
8. Změny v rámci řešení grantového projektu
9. Důsledky porušení povinností
10. Práva k výsledkům řešení grantového projektu
11. Zveřejňování údajů o grantovém projektu
12. Uchovávání dokumentů
13. Závěrečná ustanovení
14. Přílohy

V části čtvrté Pravidel je upraveno poskytnutí účelových prostředků

1. na základě smlouvy o poskytnutí podpory, která je uzavírána mezi příjemcem, jež není organizační složkou a GA ČR
2. na základě rozhodnutí o poskytnutí podpory vydaného ve prospěch příjemce, jež je organizační složkou

Organizační složkou se dle definice v části druhé Pravidel rozumí organizační složka státu nebo organizační jednotka Ministerstva obrany nebo Ministerstva vnitra zabývající se výzkumem a vývojem.

V předchozí části bylo pojednáno o zásadních faktorech ovlivňujících financování veřejných vysokých škol tak jak jsou upraveny zákonem o vysokých školách a předpisy souvisejícími. Zcela logicky vyvstává otázka zda je aktuální právní úprava po změnách, které zaznamenala od svého přijetí, dostačující. Autor příspěvku se domnívá, že v této oblasti je právní úprava překonána. Bude-li naplněno výše uvedené očekávání a právní úprava samosprávy, potažmo celého vysokého školství, bude podrobena zkoumání právních teoretiků, měla by právní úprava jejich financování být v popředí zájmu. Překonání stávající právní úpravy vidí autor příspěvku v tom, že je velmi obecná a není propracována detailně. Diskuse kolem financování veřejného vysokého školství se soustředí převážně na otázku zavedení či nezavedení školného, ale problematika financování je výrazně obsáhlejší. Velmi také chybí prvek sjednocení, který můžeme nalézt například v právní úpravě financování územní samosprávy, o které bude krátce pojednáno následně.

4. PRÁVNÍ ÚPRAVA FINANCOVÁNÍ VYSOKÝCH ŠKOL VE SLOVENSKÉ REPUBLICE

Myšlenka komplexní právní úpravy provázela přijetí zákona o vysokých školách ve Slovenské republice.¹⁴ Problematika financování vysokých škol je předmětem desáté části

¹⁴ Zákon č. 131/2002 Z. z., o vysokých školách a o zmene a doplnení niektorých zákonov v znení neskorších predpisov.

zákona, která je náhradou původně zamýšleného zákona o financování vysokých škol. Podrobně je zde upraveno financování vysokých škol v základních vazbách vztahů stát – vysoká škola, student – vysoká škola a stát – student.¹⁵

Předmětem právní úpravy desáté části zákona je:

v rámci HLAVY PRVNÍ FINANCOVÁNÍ VYSOKÝCH ŠKOL

- působnost ústředních orgánů státní správy při financování vysokých škol
- financování veřejných vysokých škol
- financování státních vysokých škol
- financování soukromých vysokých škol

v rámci HLAVY DRUHÉ ŠKOLNÉ A POPLATKY SPOJENÉ SE STUDIEM

- školné a poplatky spojené se studiem na veřejné vysoké škole
- školné a poplatky spojené se studiem na soukromé vysoké škole

v rámci HLAVY TŘETÍ SYSTÉM SOCIÁLNÍ PODPORY STUDENTŮ

- systém sociální podpory studentů
- stipendia
- stipendia z prostředků státního rozpočtu
- stipendia z vlastních zdrojů vysoké školy
- zabezpečení možností stravování a ubytování
- podpora sportovních činností a kulturních činností
- podpora studentů se zdravotním postižením
- studentské půjčky

V souvislosti s touto právní úpravou se autor příspěvku domnívá, že v rámci komplexnosti měla být do desáté části zákona zahrnuta i právní úprava rozpočtu, finančních fondů, majetku, podnikatelské činnosti a hospodaření veřejné vysoké školy, která je předmětem části druhé zákona. Lze se domnívat, že příprava zákona byla v této části inspirována již platným zákonem o vysokých školách v České republice.

5. PRÁVNÍ ÚPRAVA FINANCOVÁNÍ ÚZEMNÍ SAMOSPRÁVY

Komplexní právní úpravu pravidel rozpočtů lze nalézt v právních předpisech výše zmíněné územní samosprávy. Jedná se o zákon o rozpočtových pravidlech územních rozpočtů.¹⁶ Tento zákon upravuje tvorbu, postavení, obsah a funkce rozpočtů územních samosprávných celků, jimiž jsou obce a kraje a stanoví pravidla hospodaření s finančními prostředky územních samosprávných celků. Podobně sjednocující předpis by mohl přinést dle názoru autora příspěvku potřebná komplexní pravidla pro financování a hospodaření veřejných vysokých škol.

Zákon o rozpočtových pravidlech územních rozpočtů je členěn do šesti částí:

- část první obecná ustanovení

¹⁵ Viz. důvodová zpráva k zákonu č. 131/2002 Z. z.

¹⁶ Zákon č. 250/2000 Sb., o rozpočtových pravidlech územních rozpočtů, v platném znění.

- část druhá finanční hospodaření územních samosprávných celků
- část třetí rozpočtový proces
- část čtvrtá organizace územních samosprávných celků
- část pátá hospodaření svazku obcí
- část šestá přechodná a závěrečná ustanovení

6. ZÁVĚR

Cílem předloženého příspěvku bylo připomenout aktuální právní úpravu samosprávy a financování veřejných vysokých škol deset let po přijetí zákona o vysokých školách. Tento zákon v okamžiku svého přijetí bezesporu znamenal významný milník samosprávy vysokých škol. Samospráva veřejných vysokých škol, jak bylo pojednáno v úvodní pasáži příspěvku, je součástí ostatní (neúzemní) samosprávy, jež se bohužel netěší takovému zájmu právních i správních teoretiků. Obdobně malému zájmu se též dle názoru autora příspěvku těší i právní úprava školství vůbec.

Hlavní část příspěvku je věnována pohledu na aktuální právní úpravu financování veřejných vysokých škol. Autor zvolil pro zdokumentování nastavení pravidel dvou významných poskytovatelů prostředků veřejným vysokým školám, a sice Ministerstva školství, mládeže a tělovýchovy a Grantové agentury České republiky. Z citovaných pravidel vyplynulo, že část prostředků je poskytována na základě smlouvy, tedy v jiném režimu než je rozhodnutí o poskytnutí prostředků.

Nejen z důvodu výše uvedeného rozporu je možno uvažovat o změně právní úpravy spočívající v samostatném právním předpisu, který by upravoval financování vysokých škol. Tyto jsou dnes stabilizovanými samosprávnými institucemi zájmové samosprávy. Bylo by tedy nanejvýš vhodné vytvořit sjednocující právní předpis, neboť financování vysokých škol je prezentováno poměrně značným objemem prostředků, které systém spotřebovává a dále jejich různorodostí. Tato právní úprava by bezesporu přispěla také k dalšímu rozpracování právní úpravy zájmové samosprávy jako takové.

Jak již bylo výše zmíněno, myšlenka samostatného právního předpisu, který by řešil financování vysokých škol, provázela již přijetí zákona o vysokých školách ve Slovenské republice. V přijatém zákoně je tato problematika předmětem jeho desáté části. Podobnost právní úpravy však můžeme nalézt v územní samosprávě, konkrétně v zákonu o rozpočtových pravidlech územních rozpočtu.

Přínos zákona o vysokých školách byl tedy za doby jeho platnosti bezesporu potvrzen. Nyní je třeba reflektovat aktuální situaci a přemýšlet o možných zásadních změnách. Jednou z nich může být i nastíněný zákon o financování vysokých škol.

Literatura:

- Sládeček, V.: O (neúzemní) samosprávě. In Jirásková, V., Suchánek, R. Pocta Prof. JUDr. Václavu Pavlíčkovi, CSc. k 70. narozeninám, Praha: Linde Praha, a.s., 2004, 614 s., ISBN 80-7201-487-0
- Koudelka, Z.: Samospráva, Praha: Linde Praha, a.s., 2007, 399 s., ISBN 978-80-7201-665-

Kontaktní údaje na autora – email:

Vladimir.Adamek@law.muni.cz

THE INFLUENCE OF THE CHOICE OF THE TAXATION FORM ON THE AMOUNT OF THE BURDEN OF TAXATION

JAN ADAMIAK, JOLANTA CIAK, BOŻENA KOŁOSOWSKA

Wyższa Szkoła Bankowa, Toruń, Poland

Abstract

The aim of this article is to show the way to do a calculation necessary when choosing the appropriate form of taxation of a small and medium-size entrepreneur. For a taxpayer making the decision to choose the form of taxation, the fundamental importance has the establishing what determines the profitability of particular taxes and how to conduct tax policy in order to calculate the possibly lowest tax. The amount of tax is determined by declared revenues, costs, tax base deduction and tax deduction, also by the tax rate. When analyzing tax payments, a few issues need to be taken into account: the foreseeable economic situation of an enterprise (income, costs, investments), the possible manner of its tax approach (declaring income and costs), and the tax deductions that can be used. The personal situation of a taxpayer is also of fundamental importance, and especially the scope of duties in rates of insurance, acquiring income outside economic activities, the right to use taxable allowances, including within the vested rights, as well as the right to joint tax settlements with a spouse or children. The amount of tax depends finally on the individual situation of an enterprise and a taxpayer himself. The matter of choosing the appropriate (optimal) form of taxation of economic activities is of fundamental importance since it influences the amount of planned revenues, costs of their acquiring and calculating the tax base deduction or tax. Fitness for information and the costs and nuisance of record-keeping and first of all the amount of tax need to be taken into account as well.

Key words

Burdens, tax, lowest tax, settlement, progressive taxation, selective instruments, VAT, lump sum, tax card.

1. INTRODUCTION

Fiscal burden accompanies all economic activities of enterprises. Regardless of the place, line of business and the scale of economic activities, each entity is obliged to settle amounts due to the state. The resistance on the side of enterprises is only natural.

Although it is impossible to escape the burden of taxation, the peculiarity of every entity separately implies different kinds and scales of this type of solutions. The choice of the proper legal form of performing the activities, the shape of its structure that minimizes the burden of taxation, and the taxpayer using effective tools of managing tax liabilities can limit their amount. The aim of this article is to demonstrate a way of calculating essential when choosing the right form of taxation of a small and medium-size entrepreneur.

2. THE KINDS OF ELEMENTS THAT HAVE AN INFLUENCE ON THE FORMS OF TAXATION.

Because of the fact that entities are obliged to share the effects of pursuing economic activities and to transfer their part to the state budget, mechanisms aiming at limiting the amounts paid by taxpayers have appeared. For the enterprises that pursue economic activities

fairly, the legality of a chosen solution is of fundamental importance. Such solutions include tax optimization in its broad meaning, which involves choosing the lawful solution that allows avoiding tax or lowering its amount. Tax law foresees such optimization, the use of regulations permitted by the law in the scope of taxable allowances, exemptions or the possibility to settle tax losses.

In the tax ruling the following rule has been established: “if the legal order in force makes it possible for a taxpayer to choose a few lawful constructions allowing achieving the intended economic goal, of which each shall be of a different tax dimension, then the choice of the most beneficial tax solution shall not be treated as circumvention of the law.”¹ Thus the tax optimization within the law limits was sanctioned. Using the possibility to minimize the burden of taxation on the grounds of the tax law is accepted by fiscal authorities, though circumvention of the tax law or even tax evasion have nothing to do with lawful tax planning.²

The income drawn from economic activities in Poland is burdened with one income tax: individual income tax or company tax. A Polish entrepreneur who is not a legal person has the possibility to optimize income tax by choosing alternative taxation forms. He is able to select taxation on the grounds of the personal income tax act or flat income tax on selected incomes drawn by natural persons act. Within the first act an entrepreneur chooses between taxation with general rules, i.e. progressive taxation by the tax scale or the uniform rate taxation. Within the other act (after complying with conditions), the choice is made between lump sum on recorded revenues and a tax card.

Tax instruments aim at reducing regular charges and stimulating the development of enterprises. It is connected with taxable allowances defined by the Tax Ordinance as foreseen in the tax law provisions exemptions, deductions, reductions or decreases, using of which causes the tax base reduction or tax reduction. Depending on the conditions of use, the instruments can be divided into general ones, accessible for entrepreneurs without statutory limits, and selective, the use of which requires meeting certain conditions.

The group of general instruments foreseen by the Polish law includes: leasing, accelerated or delayed depreciation, choosing the taxation method by a natural person, an allowance for new technologies, simplified advances for income tax by the tax regulations, and allowances in tax payment on the grounds of the Tax Ordinance. The selective instruments are: tax exemptions resulting from starting activities in the Special Economic Zone (SEZ), tax privileges connected with creating the Tax Group Business (TGB), facilities concerning advance payment dates for those starting their activities, allowances and tax base deductions or tax deductions, joint taxation of spouses according to the tax regulations. A few of them, leasing, amortization, an allowance for new technologies, influence the costs of revenues and thus the tax base. The rest of them result in direct reduction of the amount of tax.³

¹ The decision of the Provincial Administrative Court of 30th March, 2004, syg. III SA 2984/02, “Tax Monitor”, no 6.

² *O nowy ład podatkowy w Polsce*, red. nauk. J. Ostaszewski, Scientific studies from „Entrepreneurship”, the Szkoła Główna in Warsaw publishing house, Warszawa 2007, p. 357.

³ B. Zbroińska, A. Girałka, *Obciążenia podatkowe w Polsce i w Niemczech*, „Ekonomika i Organizacja Przedsiębiorstwa” 2007, no 1, p. 23.

The aim of managing taxes in an enterprise is to limit the tax risk and minimize tax expenditure. It is of a supplementary character, i.e. it is achieved taking into account the main aim of an enterprise (earning money). Accomplishing tax goals should not limit achieving the aims of an enterprise (earning money by means of the market operations – producing and selling products, creating and taking over new markets). For instance aiming at simplifying records and settlements by the flat rate tax can be at variance with other financial targets, e.g. wish to raise outside capital, which requires an appropriate detailed financial report, including the tax report.

When the tax expenditure (the sum of the costs of records and settlements, and the amounts of tax due) and the tax risk are low and the influence of a taxpayer on the burden of taxation is significant, the tax is favourable.

The simplest criterion of choosing the form of taxation is defining the amount of expenditure of its records and settling. The most convenient taxes are respectively: a tax card, a recorded lump sum, and general flat and progressive tax settled on the basis of the tax revenue and cost register.

The nuisance of settlements taken into account, the worst is the general tax on natural and legal persons settled on the basis of account books. The estimation of formal obligations should take into consideration not only the income tax. Fulfilling other possible records and reporting obligations, first and foremost concerning the VAT and connected with settling accounts with employees, takes place alongside with the obligations concerning settling accounts with an entrepreneur. Thus the simplifications in flat rate taxes can be valid if a taxpayer settles VAT anyway and settles accounts with his employed workers. We can risk the statement that most often in such a case low costs of records and settlements concerning the income tax are not of significant importance for a taxpayer. For most taxpayers flat rate tax simplifications are not important. Those simplifications have no meaning for micro entrepreneurs who do not pay VAT and do not employ workers.

The criterion of records costs is of significant importance if a taxpayer is capable of choosing between book records and less expensive and simpler tax revenue and cost register. The consequences of using a certain form of records are not only administrative costs but also the tax risk and the amount of declared income, thus the paid tax. The decision to choose the tax revenue and cost register should in some cases be made for a period longer than a tax year. If a taxpayer expects to exceed the sales by € 800,000 then he should consider whether or not it would be profitable to keep an account books from the beginning of his activities. It would help to avoid future costs when changing from tax records to book records and to maintain content-related continuity.⁴

Among tax constructions we can find both exemptions from tax and allowances reducing tax rate or already stated tax amount. The form of preference close to allowances can also be taken by tax base exemptions of certain kinds of income e.g. those intended for investments. Influencing taxpayers' decisions by means of allowances reducing the rate or amount of tax and also preferences resulting from the configuration of tax base has both advantages and disadvantages. The system of allowances consisting of reducing the tax rate or directly the tax amount is of a simple construction, and when the aspect of the tax psychology is taken into

⁴ M. Ludwiński, *Jak wybrać najkorzystniejszą formę podatku dochodowego?*, A Modern Company, a portal of knowledge for business, //www.nf.pl (17.08.2008).

consideration, the system can be understood as an actual allowance. Lower burdens that result from diversifying the tax base are often treated by taxpayers as satisfaction of social justice.⁵

Using the financial factor that is taxation in shaping the size, structure and spreading over time the costs of pursued activities in financial strategies is a particularly complex concept. An enterprise possesses broad or limited scope of freedom in influencing the level of tax burden owing to costs. It refers particularly to the burden of income tax. Besides, the tendencies to maximise costs and minimise costs can appear simultaneously. In financial strategies one aims at mutual adjustment in time of revenues and costs in order to minimise the burden of taxation in periods included in the time horizon of a financial strategy. The criterion of this adjustment is minimising the burden of taxation with simultaneous ensuring current and long-term financial liquidity as well as the desired level of productivity in all periods included in the time horizon of a financial strategy.⁶

Among the sources of financing enterprises, own sources occupy an important place, among them financial surplus comprising of amortization and a profit after tax playing an important role. The amount of a profit after tax depends on the amount of a profit before tax and income tax. The amount of a profit before tax is influenced by all economic factors occurring in an enterprise, including the capital assets and intangible and legal values structure as well as the methods of their amortization, varied tax benefits, also other regulatory receivables (so called quasitax). A profit before tax is an accounting approach, in the tax approach this amount is the tax base. A thesis can be advanced that in the income tax many phenomena influencing the amount of financial surplus are focused. Influencing taxes has a good effect on the amount of the surplus, including generation of the profit in an enterprise.

The state burdens enterprises with varied charges requiring involving financial resources. Those burdens include taxes as an important factor generating expenditure in those organizations. The increase of the burden of taxation reduces paying capacity of enterprises defined as the ability to meet all obligations. The increase of expenditure on taxes influences the financial liquidity, which is of significant importance because, as is indicated in literature and practice of management, many enterprises that generated profit failed because of the lack of financial liquidity.

The presented picture shows clearly that taxes have a significant influence on the condition of finances in enterprises, and also on achieving goals by those enterprises.⁷

3. SOLUTIONS FOR COMPANIES CONCERNING CHOOSING THE FORM OF TAXATION.

The possibility to choose the form of records and the form of taxation can be made use of only by taxpayers to whom, when pursuing economic activities, the regulations of personal income tax act concern. The group will include: natural persons individually pursuing economic activities and natural persons who are partners in partnerships, registered partnerships, and limited liability partnerships. In the case of partnerships it is partners, not

⁵ J. Sokołowski, *Zarządzanie przez podatki*, PWN Publishing House, Warsaw 1995, p. 40

⁶ *Polski system podatkowy, założenia a praktyka*, edited by A. Pomorska, Uniwersytet M. Curie-Skłodowskiej Publishing House, Lublin 2004, p. 380

⁷ *Finanse małych i średnich przedsiębiorstw*, edited by W. Pluta, Polish Economic Publishing Mouse, Warsaw, 2004, p.49.

companies, that are the income tax payers. For them however the legislator does not allow the possibility to choose the form of recording economic processes, ordering keeping full account books. The company tax payers need to be taxed according to general rules in the form of monthly, simplified or quarterly advance money. They also need to settle on the basis of account books.

It is extremely difficult to state unambiguously which form of taxation and recording is best for a taxpayer. The characteristic feature of units having the possibility to choose is the variety of the kinds of the pursued activities, their scale and size. For that reason there are no unambiguous and permanent criteria that could be used. When a taxpayer can choose among a few form of taxation, deciding on one of them he must take into account both benefits and losses. The most beneficial (optimal) form of taxation will be the form that ensures the highest net income (the amount of money means after taxation that a taxpayer has at his disposal) and satisfying other needs.

Evaluating and estimating one needs to remember that depending on the form of taxation the following are different:

- tax base (general rules – income, lump sum – revenue on activity, a card – tax paid according to the decision of the head of a revenue office),
- tax rate that depends not only on the form of taxation, but also e.g. with lump sum on the kind of pursued activity, and with taxation with general rules on the amount of income (with this form of taxation we deal with an ascending tax scale – the rate rises along with the increase of the tax base, if a taxpayer does not make use of taxation in the form of the flat tax),
- the scope of obligations imposed by regulations

For those reasons when analysing certain form of taxation, the following need to be taken into account:

- the amount of planned revenues and the possibility to determine the amount of costs of revenues, also making tax base or tax deductions,
- fitness for information of the records of economic events,
- costs and nuisance of making use of a certain kind of records,⁸

In order to compare the amount of business tax, taking into account different forms of taxation one needs to decide on such a kind of activity and such corporate status that concerns all three ways of taxation. An example can be pursuing economic activities in the area of retail trade in food products, fruit and vegetables. Let us assume that the activity is pursued in own premises, in a town with 15,000 citizens, one person is employed with an employment contract.

In 2008 revenues of 68,640 PLN will be drawn.

⁸ N. Artienwicz, *Jak wybrać najkorzystniejszą formę opodatkowania i ewidencjonowania*, „An accountant’s Monitor” 2008, no 1, pp. 23-24.

The costs of revenues will include:

- purchase of articles of trade – 22,450 PLN
- an employee's salary + employer's social contributions – 13,500 PLN
- protective clothing for an employee – 90 PLN
- purchase of fuel for a company car – 1,150 PLN
- costs or car repairs – 300 PLN
- automobile liability insurance and comprehensive automobile and property damage insurance – 800 PLN
- fixed assets depreciation – 1,800 PLN
- electricity, water and heating – 1,450 PLN
- phone bills – 720 PLN
- Total: 42,260 PLN

Thus the income will be 26,380 PLN (revenue – costs of revenues).

In 2008 we will pay employer's social contributions of 5,740 PLN that we will be able to deduct from the income. Contributions for health insurance that we will deduct from tax will amount to 2,130 PLN.

Comparing the amount of income tax due taking into account different forms of taxation:

3.1 TAXATION WITH GENERAL RULES

Revenue of 68,640 PLN minus the costs 42,260 PLN = income of 26,380 minus the amount of social contributions of 5,740 PLN = tax base of 20,640 PLN \times tax rate of 19% = 3,921.60 PLN minus the amount reducing the tax of 586,85 PLN = 3,334.75 PLN minus contributions for health insurance of 2,130 PLN = 1,204.75 \approx 1,205 PLN.

The income tax will amount to 1,205 PLN.

3.2 TAXATION WITH GENERAL RULES – 19% FLAT TAX

The income of 26,380 PLN minus the amount of social contributions of 5,740 PLN = the tax base 20,640 PLN \times 19 % tax rate = 3,921.60 PLN minus contributions for health insurance of 2,130 PLN = 1,791.60 PLN \approx 1,792 PLN.

The 19 % income flat tax will amount to 1,792 PLN.

Just like in the case of the flat tax, deciding on the tax scale as the form of settlements, the tax we will pay will be calculated on the income drawn. The tax will not be paid until our activity is profit-yielding, which means when our revenues exceed costs. Deciding on taxation by the scale we are not required to make a declaration about choosing this form.

One of the differences between the tax scale and the flat tax are tax rates. In the case of the flat tax it is 19%, the tax scale is 19%, 30% and 40%.

Unlike in the case of the flat tax, deciding on the tax scale we can exercise different kinds of privileges. Settling in this way we make use of the following possibilities: joint settling with a spouse, preferences for single parents, exemption from tax in connection with investments in the Special Economic Zone and tax allowances. The tax scale is profitable when our income does not exceed significantly the first tax threshold. If our profits exceed significantly the first threshold, then the flat tax as the form of taxation is more beneficial.

Choosing the tax scale as well as the flat tax, we are obliged to keep the revenue and cost register.

Deciding on the flat tax we are devoid of:

- the possibility to settle with a spouse,
- preference for single parents,
- exemption in connection with investments in the Special Economic Zone,
- any kind of tax allowances.

Incomes settled according to the flat rate do not include other incomes taxed by the tax scale or capital incomes. Using the flat rate we have the right to reduce income by our and co-workers' social contributions. Choosing the flat tax is beneficial when company income exceeds significantly the first tax threshold.

3.3 TAXATION IN THE FORM OF LUMP SUM ON RECORDED REVENUES.

Revenue of 68,640 PLN minus the amount of social contributions of 5,740 PLN = 62,900 PLN \times the 3% tax rate = 1,887 PLN minus contributions for health insurance of 2,130 PLN = -243 PLN.

Taxation of the shop in the form of lump sum means there is no income tax.

The amount of tax depends on the amount of revenue and not on income like in the case of general rules. Tax must be paid whether our activities generate a profit or a loss. The amount of lump sum depends on the kind of activities. Lump sum is an easy form of settling since it does not require many formalities, only simplified financial documentation that includes employment records, revenues records and capital assets records is required. In this form the tax base is revenue that before taxation is reduced by paid social contributions. The amount of tax depends on the amount of revenue, it is calculated as interest on revenues, joint taxation with a spouse is not possible.

3.4 TAXATION IN THE FORM OF A TAX CARD.

In accordance with Appendix 3, Part II of act passed on 20th November, 1998 on flat income tax on certain revenues drawn by natural persons, Journal of Laws no 144, item 930 as amended, services in retail trade in food, beverages, tobaccos and flowers, in a town with the number of citizens between 5,000 and 50,000, when employing one worker, the monthly tax

rate is between 461 PLN and 723 PLN. Thus assuming the lowest rate, annual income tax would amount to:

$461 \text{ PLN} \times 12 \text{ months} = 5,532 \text{ PLN}$ minus contributions for health insurance of 2,130 PLN = 3,402 PLN,

Whereas assuming the highest rate, annual income tax would amount to:

$723 \text{ PLN} \times 12 \text{ months} = 8,748 \text{ PLN}$ minus contributions for health insurance of 2,130 PLN = 6,618 PLN

Choosing a tax card means there is no need to calculate revenues or costs of activities, and tax is paid every month, it is of fixed amount determined by the head of a revenue office, after reducing it only by a paid contribution for health insurance. Other allowances and deductions or preferential settlements with a spouse and for single parents are not possible. An advantage of a card is no need to keep records.

The presented example shows that various forms of taxation for economic activities in retail trade in food products, fruit and vegetables the income tax amounts to:

1. taxation with general rules – 1,205 PLN
2. 19% flat tax – 1,792 PLN
3. lump sum on recorded revenues – does not occur
4. a tax card: minimum 3,402 PLN, maximum 6,618 PLN

In this particular example the best choice is taxation in the form of lump sum on recorded revenues because income tax does not occur for the whole year.

Taxation in the form of a tax card is the least beneficial even if we were obliged to pay the minimal rate.

Taxing activities with general rules, adding accounting costs (keeping documentation by an accountancy bureau) of 3,000 PLN a year to costs of revenues, income tax would be reduced to

Revenue of 68,640 PLN minus the costs of 45,260 PLN (42,260 PLN + 3,000 PLN) = income of 23,380 PLN.

Income of 23,380 PLN minus the rate of social contributions of 5,740 PLN = tax base of 17,640 PLN \times 19% tax rate = 3,351.60 PLN minus amount reducing tax of 586.86 PLN = 2,764.75 PLN minus contributions for health insurance of 2,130 PLN = 634,75 \approx 635 PLN.

The possibility to shape tax by costs exists only in the case of taxation with general rules since with flat rate forms tax is calculated without taking into account costs. Thus if costs are less significant, taxation in simplified forms is more beneficial, since a taxpayer will draw higher net income, whereas the higher costs, the more beneficial it is to tax by the tax scale. These costs reduce taxable income and the amount of paid tax is lower as well.

4. SUMMARY

For a taxpayer deciding on the form of taxation, it is of fundamental importance to establish what defines the profitability of particular taxes and how to conduct their tax policy in order to establish potentially lowest tax. The amount of tax is determined by declared revenues, costs, tax base deductions and tax deductions, as well as tax rates. Analysing tax payments it is necessary to take into account the foreseen economic situation of an enterprise (revenues, costs, investments), possible ways of tax approach (declaring revenues and costs), possible tax deductions. The personal situation of a taxpayer is also essential, first of all the scope of duties in contributions for insurance, income outside economic activities, the right to tax allowances, including within vested rights, as well as the right to settle with a spouse or children. The amount of tax depends finally on an individual situation of an enterprise and a taxpayer himself.

The basic criterion when choosing the form of taxation is the ability to foresee the amount of tax that will need to be paid at the end of the tax year. The lower tax, the more beneficial form has been chosen. It is not possible to state unambiguously which form of taxation is more beneficial, and which should be avoided, as it depends on an individual situation of a given taxpayer.

As it has been showed in this article, the question of choosing the appropriate (optimal) form of taxation of economic activities is of key importance since it influences the amount of planned revenues, the costs of revenues and of tax base or tax deductions. Fitness for information, costs and nuisance of keeping records and most of all the amount of tax that we will need to pay should be taken into account.

Literatura:

- Artienwicz N., Jak wybrać najkorzystniejszą formę opodatkowania i ewidencjonowania, „An accountant’s Monitor” 2008, no 1
- Finanse małych i średnich przedsiębiorstw, edited by W. Pluta, Polish Economic Publishing Mouse, Warsaw, 2004 (ISBN: 83-208-1511-8)
- Ludwiński M., Jak wybrać najkorzystniejszą formę podatku dochodowego?, A Modern Company, a portal of knowledge for business, //www.nf.pl (17.08.2008)
- O nowy ład podatkowy w Polsce, red. nauk. J. Ostaszewski, Scientific studies from „Entrepreneurship”, the Szkoła Główna in Warsaw publishing house, Warszawa 2007 (ISBN: 978-83-7378-288-4)
- Polski system podatkowy, założenia a praktyka, edited by A. Pomorska, Uniwersytet M. Curie-Skłodowskiej Publishing House, Lublin 2004 (ISBN: 83-227-2264-8)
- Sokołowski J., Zarządzanie przez podatki, PWN Publishing House, Warsaw 1995
- The decision of the Provincial Administrative Court of 30th March, 2004, sygn. III SA 2984/02, „Tax Monitor”, no 6
- Zbroińska B., Girałka A., Obciążenia podatkowe w Polsce i w Niemczech, „Ekonomika i Organizacja Przedsiębiorstwa” 2007, no 1

Kontaktní údaje na autora – email:
b.kolos@uni.torun.pl

NÁSTROJE NEPŘÍMÉ PODPORY VÝZKUMU A VÝVOJE V ČR

PETRA ADÁMKOVÁ

Právnická fakulta Masarykovy univerzity, Česká republika

Abstrakt

Státy podporují vědu a výzkum, včetně realizace výsledků v inovačním procesu, různými formami. Vedle přímé podpory, která se realizuje z rozpočtových prostředků formou účelové nebo institucionální podpory, státy uplatňují i tzv. nepřímé nástroje podpory, umožňující jednotlivým subjektům využít k podpoře vědy a výzkumu vlastních zdrojů za zvýhodněných podmínek. Jejich škála je široká a svými vlastnostmi vhodně doplňují působení přímé podpory. Tato práce přináší v přehledu druhy nepřímých podpor v oblasti vědy a výzkumu uplatňované v ČR, včetně komparace s jejich uplatňování ve vybraných zemích.

Klíčová slova v rodném jazyce

Věda a výzkum, přímá podpora, nástroj nepřímé podpory, daňové nástroje, daňová pobídka, daňové zvýhodnění, sleva na dani, daňové úlevy.

Abstract

Every state supports Research and Development, including innovative process results, through different methods. Aid scheme subsume the close support which has been realized from budget means like a targeted financial aid or institutional financial aid, and the indirect support, which enabled whatever subjects support research and development from self private sources implemented tax preferences. The aim of the presented study is to approximate the variety implement of indirect support in the sphere of Research and Development applied in the Czech Republic with the inclusion of comparison with another states.

Key words

Research and Development, close support, indirect support, fiscal measures, tax incentive, tax allowance, beneficence, tax relief.

1. ÚVOD DO PROBLEMATIKY

Kvalita a rozsah výzkumné základny, včetně dlouhodobého výzkumu, jsou rozhodující pro dynamiku ekonomiky a ekonomického růstu. Státy podporují oblast vědy a výzkumu, včetně realizace výsledků v inovačním procesu, různými formami. Vedle přímé podpory, která se realizuje z rozpočtových prostředků formou účelové nebo institucionální podpory, se v oblasti financování vědy a výzkumu (dále VaV) setkáváme s tzv. nepřímými nástroji podpory vědy a výzkumu (dále NNPVaV), umožňující jednotlivým subjektům využít k podpoře VaV vlastních zdrojů za zvýhodněných podmínek. Jejich škála je poměrně široká a svými vlastnostmi mohou vhodně doplňovat působení přímé podpory.

Rozhodujícím cílem a záměrem využití jednotlivých forem NNPVaV je povzbudit podnikatelskou sféru k vyšším výzkumným a inovačním aktivitám včetně jejich finanční podpory. Daňové úlevy ve prospěch výzkumu jsou označovány jako daňové výdaje (tax expeditore) a jsou v podstatě rovnocennou složkou s přímými rozpočtovými výdaji, s nimiž spolu tvoří tzv. „hrubé vládní rozpočtové výdaje“ na výzkum a vývoj. V praxi se osvědčuje dle potřeby zvolená a utvářená určitá kombinace přímých a nepřímých forem podpory výzkumu a vývoje. Kombinace různých nástrojů je potřebná, neboť samotným jednotlivým

nástrojem nemůže být zajištěna celá škála podnětů. Přitom je nutno, aby používané nástroje byly nákladově účinné a neměly vytěšňovací efekty při vzájemném působení s ostatními nástroji. Vhodná kombinace nástrojů se nutně liší v závislosti na dané ekonomice a společnosti a může se měnit i v průběhu času.¹

Nástroje nepřímé podpory k posílení výzkumu v podnikatelském sektoru ve světě existují v současné době v celé řadě konkrétních podob. Jsou zaměřeny jak na velké podniky, tak na střední a malé podniky, na stimulaci zájmu o zaměstnávání lidí ve výzkumu, na spolupráci mezi průmyslovými společnostmi a veřejnými výzkumnými organizacemi i na rozšíření financování formou rizikového kapitálu.

Ve sdělení Evropské komise COM (2002) 499 „Více výzkumu pro Evropu: vzhůru ke 3 %“ je zdůrazněna důležitost podnikatelských iniciativ v oblasti výzkumu a vývoje a nutnost hledání nových forem jejich podpory. Navazující sdělení COM (2003) 226 „Investovat do výzkumu: akční plán pro Evropu“ již uvádí konkrétní opatření na podporu soukromých investic do této oblasti. Mezi nejdůležitější patří především podpora rizikového kapitálu a některá daňová opatření, především zamezení dvojího zdanění investorů a fondů a úprava daní pro platby z úroků a licenčních poplatků. Česká republika reagovala na konkrétní opatření tohoto akčního plánu v dokumentu „Přístup České republiky k materiálu Investovat do výzkumu: Akční plán pro Evropu a k dalším dokumentům EU pro oblast výzkumu a vývoje“.² Rovněž Národní politika výzkumu a vývoje v České republice na léta 2004-2008 (NNPVaV) si všímá oblasti nepřímých podpor, která v odstavci 92 definuje jednotlivé nástroje nepřímé podpory výzkumu a vývoje. Se vstupem do Evropské unie nabývá otázka zavedení nepřímé podpory nových dimenzí, především v souvislosti se schvalováním nových programů výzkumu a vývoje Evropskou komisí, vyplývajících ze zákona č. 215 ze dne 2. dubna 2004 Sb., o úpravě některých vztahů v oblasti veřejné podpory a o změně zákona o podpoře výzkumu a vývoje. Příloha nařízení Evropské komise č. 794/2004 z 21. dubna 2004, která implementuje nařízení Rady č. 659/1999, určující detailní pravidla pro uplatnění článku 93 Smlouvy Evropských společenství, obsahuje dotazník pro oznámení veřejné podpory, kde jsou jako možné nepřímé nástroje uváděny mimo jiné tyto: výhodné úvěry, příspěvek na splácení úroků, daňová zvýhodnění (snížení daňového základu, snížení daňové sazby, odložené splácení daní atd.), snížení příspěvků na sociální zabezpečení, zajištění rizikového kapitálu, odepsání dluhů a různé typy garancí atd.³

2. ZÁKLADNÍ TYPY NEPŘÍMÉ PODPORY VĚDY A VÝZKUMU

K základním typům nepřímé podpory VaV patří různé daňové pobídky a úlevy, urychlené odpisování, snížení odvodů sociálního pojištění, osvobození od cel, mechanismy garancí, zvýhodněné úvěry, podpora rizikového kapitálu a zvýhodněný pronájem státní i regionální infrastruktury. Řada opatření směřuje buď k podpoře malého a středního podnikání či regionálního rozvoje a kombinuje se s podporou v těchto směrech. Nástroji nepřímé podpory VaV, které jsou nejvíce rozšířenými a vykazují rostoucí váhu v systémech nepřímé podpory ve vyspělých ekonomikách, jsou daňové pobídky, které bohužel v ČR ve své potřebné podobě

¹ V rámci srovnání nepřímé a přímé podpory VaV se nepřímá podpora pohybuje od 5% objemu přímé státní podpory do 25% a více (v ČR 3%, při realizaci opatření preferujících podnikatelskou sférou až 10%).

² usnesením č. 513 ze dne 26. května 2004.

³ <http://www.msmt.cz/vyzkum/vyhodnoceni-nepri-myh-nastroju-podpory-vav>.

dosud absentují.⁴ Ve většině zemí jsou zvýhodnění využívána pro krytí nákladů a investic do VaV. Dále jsou však podporováni výzkumní pracovníci a ochrana duševního vlastnictví.

Daňové stimuly můžeme rozlišovat na

objemově a plošně založené (flat rate) – odměňuje investory do výzkumu podle objemu jimi naložených prostředků v průběhu fiskálního roku

přírůstková – odměňuje investory do VaV za zvýšení výdajů do těchto oblastí oproti časově a věcně stanovenému výchozímu základu

smíšená (kombinovaná) – odměňuje investory do VaV s ohledem k objemu výdajů i k jejich přírůstku

Konstrukce daňových nástrojů je v daném případě v zásadě založena buď na úplném vynětí anebo osvobození od daně, nebo na úpravách základu daně (tedy odpočtech od základu daně), nebo je realizována formou slevy na vypočtené a splatné dani. Výběr konstrukce daňového nástroje závisí též na zvyklostech v dané zemi včetně zavedených daňových technik. V současné době v zemích EU a OECD převládají daňové pobídky konstruované na základě slevy na dani.⁵

V konfrontaci s nástroji přímé podpory se mezi výhody využití daňových nástrojů a pobídek řadí fakt, že tyto

umožňují povzbuzovat a stimulovat investice do vědy, výzkumu a inovací (VVI) v celé šíři podnikatelského sektoru

podporují pružné tržní alokace investic do VVI, podnikatelské subjekty mají plnou možnost volby vlastních výzkumných a inovačních priorit

nenarušují v podstatě konkurenční prostředí svým plošným uplatněním (rovné a stejné podmínky pro všechny)

znamenaají snazší a méně náročnou správu ve srovnání s nástroji přímého financování

snížují nejistotu a vytváří stabilitu pro podniky při financování výzkumu, přičemž plnění daňové povinnosti je více pod veřejnou kontrolou

stimulují širší, obecný zájem o financování vědy a výzkumu (sponzoring)

Mezi nevýhody využití daňových nástrojů určených na podporu VaV je řazena obtížná predikce celkových dopadů na daňové příjmy, používaná plošnost podpory, která neumožňuje směřovat prostředky cíleně a adresně na řešení společensky klíčových témat v oblasti výzkumu a s tím spojená i snížená schopnost reflektovat na naléhavou potřebu podpory v daném případě. Z hlediska daňových zákonů vytvoření účinných daňových schémat včetně

⁴ Z přehledu využívaných daňových zvýhodnění podle CREST (Centr for Research in Economics and Statistics) vyplývá, že v roce 2005 nebyla daňová zvýhodnění využívána ani v Německu, Slovensku, Slovinsku a Kypru. Nejvíce byla daňová zvýhodnění v oblasti VaV uplatňována v Itálii, Maďarsku a Irsku.

⁵ <http://www.msmt.cz/vyzkum/vyhodnoceni-nepri-myh-nastroju-podpory-vav>

mechanismu poskytování daňové podpory komplikuje daňovou legislativu, čímž ji vzdaluje od standardních požadavků jednoduchosti, transparentnosti a neutrality daní.

3. JEDNOTLIVÉ POUŽÍVANÉ DAŇOVÉ NÁSTROJE

Odčitatelnost neinvestičních výdajů na výzkum a vývoj od běžných příjmů

Uplatňuje se prakticky ve všech zemích EU či OECD jako plošné neutrální opatření pro daňové poplatníky. Vychází se z toho, že tyto výdaje byly vynaloženy s cílem dosažení, zajištění a udržení příjmů podléhajících dani a jsou proto od nich odčitatelné (bez rozlišení toho, zda je výzkum a vývoj prováděn vlastními silami nebo je nakupován od externí specializované výzkumné organizace).⁶ V 90. letech se v jednotlivých zemích prosazovaly fakultativní přístupy, kdy daňoví poplatníci mají obvykle možnost volby mezi způsobem odečítání.

Daňový dobropis /sleva na dani/ (tzv. tax credit)

Je to procentuálně stanovená odečitatelná částka od vypočtené a splatné daně, která náleží podnikatelským subjektům podporujícím výzkum a vývoj (ať již investují do vlastního výzkumu a vývoje či ho nakupují). Stanoví se buď paušální sazbou z objemu výdajů na výzkum a vývoj v daném fiskálním roce (tzv. flat rate), nebo sazbou z výše přírůstku výdajů na výzkum a vývoj v daném fiskálním roce (tzv. incremental rate) oproti příslušně vymezenému časovému období či stanovenému základu. Daňový dobropis vztahující se na přírůstky výdajů se může týkat veškerých výdajů na výzkum a vývoj (s výjimkou pořízené nemovitosti pro tyto účely) nebo jejich části. Tento daňový nástroj je používán v řadě zemí EU či OECD⁷ a v rámci srovnání představuje nejvíce rozšířenou daňovou pobídku. Patří k nástrojům nepřímé podpory preferovaným ze strany podnikatelské sféry, je plošně uplatňován a nenarušuje konkurenční prostředí. Je stimulací investic do VaV v podnikové sféře s možností stimulovat růst těchto investic (plnění Lisabonské agendy – 3 %).

Odpočty od základu daně (položky odčitatelné od základu daně)

Jde o snižování zisku podniků a tím i jejich daňového základu o určité stanovené procento výdajů na výzkum a vývoj. Klasickým příkladem odpočtu od základu daně jsou dary, poskytnuté na financování vědy a výzkumu (sponzoring).⁸ To znamená, že obchodní firmy mohou odečítat vlastní započitatelné náklady z více než 100 %. Jedná se opět o stimulaci podniků k vyšším investicím do VaV, když vyšší odečet nákladů (nad 100 %) přímo ze základu daně je využitelný jen pro ziskové firmy. Stejně jako sleva na dani nenarušuje konkurenční prostředí vzhledem k plošnému uplatnění, podmínky možnosti uplatnění jsou stanoveny přehledně. Odpočty jsou rovněž uplatňovány v ekonomikách EU s dobrými výsledky.

⁶ Podle dosavadní praxe existují tři možné způsoby odečítání těchto výdajů, a to buď bezprostředně v roce ve kterém byly vynaloženy, nebo je odpočet odložen do dalších let, v nichž bude realizován výnos z daného výzkumu a vývoje (Japonsko), nebo kombinací obou způsobů, kdy část výdajů je odečtena v běžném roce, odpočet další části je odložen do dalších let (Irsko).

⁷ V posledních letech lze sledovat tendenci k růstu sazeb daňových dobropisů a k jejich používání především ve vazbě na přírůstek výdajů na výzkum a vývoj. Nynější sazby se pohybují u objemu výdajů (flat rate) od 12,5% do 20%, u přírůstku výdajů od 20% do 50%.

⁸ V posledních letech byly v některých zemích (viz např. Rakousko, Velká Británie) zavedeny daňové úlevy v podobě odpočtu až dalších 25 % - 50 % vlastních započitatelných nákladů na VaV ze základu daně.

Různé speciální daňové pobídky

Prvním okruhem jejich uplatnění je podpora zájmu podnikatelské sféry o zaměstnávání lidí ve výzkumu a vývoji. Patří k nim např. daňové úlevy orientované na podporu vytváření nových pracovních příležitostí ve výzkumu a vývoji. Nebo je vždy pro daný rok stanovena výše speciální slevy z odvodů daně ze mzdy. Se zaměstnáváním mladých lidí v doktorandském studiu či těsně po něm se též spojuje použití daňových dobropisů. V této oblasti se rozlišují např. sleva na dani při tvorbě nových pracovních míst a snížení odvodů sociálního pojištění zaměstnavatelem za VaV pracovníky. Jedná se o podpory, které zvyšují možnosti podnikatelské sféry (zejména malé a střední podniky) zaměstnávat více kvalifikovaných lidí ve VaV, přičemž nespornou výhodou je jejich snadná proveditelnost. Dalším okruhem uplatnění speciálních daňových pobídek je pak např. podpora zavádění a využívání high-tech v podnikatelské sféře (zejména ve středních a malých podnicích). Jiným okruhem daňových pobídek může být osvobození od daně či snížená daň z příjmů z prodeje duševního vlastnictví (viz např. Irsko, kde příjmy z patentů nejsou zdaňovány vůbec). Zvláštním okruhem daňových pobídek jsou pak daňové úlevy pro podniky, které zadávají výzkumná řešení pro veřejné výzkumné instituce. S tím se setkáváme např. u jižních zemí EU (viz např. Itálie, Portugalsko). Existují též daňové pobídky směřované na podporu výzkumné spolupráce různých subjektů na společných projektech.⁹

Daňové úlevy pro malé a střední podniky.

Tyto firmy, pokud jsou orientované na high-tech, využívají výsledky výzkumu a vývoje či přímo provozují výzkumné a vývojové aktivity, jsou v některých zemích v určitých případech a na určitou dobu osvobozeny od daně, resp. jsou pro ně stanovena různá daňová zvýhodnění.

Odpisová politika

V tomto případě jde obvykle o urychlené odpisování investičních výdajů na výzkum a vývoj. Jde o možnost odepsat již v prvním roce z příslušného pořízeného investičního majetku celých 100 % hodnoty nebo procentuálně poměrně vysokou částku, resp. se navíc používají tzv. mimořádné odpisy hmotného investičního majetku. Urychlené odpisování přispívá k včasnému pořízení nových progresivních vědeckých přístrojů a techniky, které procházejí rychlou morální amortizací a tím přispívají k udržení srovnatelné a konkurenceschopné technické infrastruktury.¹⁰

Podpora rizikového kapitálu

Podpora rizikového kapitálu může být představována jednak již zmiňovanými daňovými pobídkami, ale i mechanismy záruk a přímou účastí státu ve vztahu k VaV. Obecně stimulují vyšší investice rizikového kapitálu na podporu VaV a představují šance podpořit spin-off. Nevýhodou představují nízké zkušenosti s rizikovým kapitálem v ČR a dlouhodobé obavy vlastníků řady firem ze ztráty vlivu na management firmy včetně nedostatečné legislativy.

4. TYPY NEPŘÍMÉ PODPORY V ČR

V České republice je používán velmi omezený počet nástrojů nepřímé podpory vědy a výzkumu a jejich praktický přínos pro zainteresované hráče je zanedbatelný. Ze shora

⁹ <http://www.msmt.cz/vyzkum/vyhodnoceni-nepri-myx-nastroju-podpory-vav>.

¹⁰ v případě ČR chybí explicitní zařazení vědeckých přístrojů a zařízení do odpisové skupiny 1.

uvedených druhů podpor se v ČR v průběhu realizace Národní politiky VaV novelizací příslušných daňových zákonů zavedly tyto daňové podpory:

- Osvobození od daně ze zisku u nepodnikatelských subjektů, je-li tento využit na podporu VaV. Úlevu tohoto typu upravuje zákon č. 586/1992 Sb., o daních z příjmů, ve znění pozdějších předpisů v § 20 odst. 7: „Poplatníci vymezení v § 18 odst. 3 tohoto zákona, kteří nejsou založeni nebo zřízeni za účelem podnikání, mohou základ daně...dále snížit až o 30 %, maximálně však o 1 000 000 Kč, použijí-li takto získané prostředky ke krytí nákladů (výdajů) souvisejících s činnostmi, z nichž získané příjmy nejsou předmětem daně, a to ve 3 bezprostředně následujících zdaňovacích obdobích; ... V případě, že 30 % snížení činí méně než 300 000 Kč, lze odečíst částku ve výši 300 000 Kč, maximálně však do výše základu daně.“

- Od roku 2005 si na základě ustanovení § 34 odst. 4 zákona č. 586/1992 Sb., mohou poplatníci odečíst od základu daně „100 % výdajů (nákladů), které poplatník vynaložil v daném zdaňovacím období nebo obdobích, za které se podává daňové přiznání, při realizaci projektů výzkumu a vývoje (dle zákona č. 130/2002 Sb.)...Pokud vynaložené výdaje souvisejí s realizací projektů VaV pouze z části, je možné od základů daně odečíst pouze tuto jejich část. Výdaje, které lze odečíst od základu daně, musí být evidovány odděleně od ostatních výdajů poplatníka. Tento odpočet nelze uplatnit na služby a nehmotné výsledky VaV pořízené od jiných osob s výjimkou výdajů vynaložených za účelem certifikace výsledků VaV a dále na ty výdaje, na které již byla i jen zčásti poskytnuta podpora z veřejných zdrojů.“ Novelou zákona o dani z příjmu zákonem č. 545/2005 Sb. byl vložen odstavec 5, který podrobně upravuje vymezení projektu výzkumu a vývoje, na jehož realizaci může být odpočet uplatněn, včetně jeho náležitostí a způsobu schválení.¹¹ S ohledem na složitost problematiky došlo v průběhu roku 2007 v rámci další novelizace zákona č. 586/1992 Sb. ke zřízení institutu závazného posouzení pro určení, zda se jedná o výdaje vynaložené při realizaci projektů výzkumu a vývoje (§34a zákona č. 586/1992 Sb.).¹²

- Daňové úlevy na dary by měly umožnit daňovým poplatníkům daňovou úlevu při poskytování darů pro výzkum a vývoj. Tuto část daně z příjmů upravuje zákon č. 586/1992 Sb., o daních z příjmů v § 15 odst.1 a v § 20 odst.8. Nezdánitelná část základu daně: „Od základu daně lze odečíst hodnotu darů poskytnutých obcím a právnickým osobám se sídlem na území České republiky na financování vědy a vzdělání, výzkumných a vývojových účelů..., pokud úhrnná hodnota darů ve zdaňovacím období přesáhne 2 % ze základu daně anebo činí alespoň 1000 Kč. V úhrnu lze odečíst nejvýše 5 % ze základu daně ...(konkrétně – pro fyzické osoby §15, odst.1; právnické osoby §20, odst.8).

- Pro posílení vícezdrojového financování došlo současně k úpravě v oblasti daně dědické, darovací a daně z převodu nemovitostí, která umožňuje osvobodit bezúplatná nabytí majetku určeného na financování výzkumu a vývoje od daně dědické či darovací (§ 20 odst.10) a nově u bezúplatného nabytí majetku právnickými osobami se sídlem v ČR založenými nebo zřízenými k zabezpečování činnosti v oblasti kultury školství, vědy a výzkumu, je-li bezúplatné nabytí majetku určeno na zabezpečování uvedené činnosti, osvobození od daně dědické a darovací (§20 odst.4 zákona č. 357/1992 Sb. ve znění pozdějších novel).

¹¹ Projekt vývoje a výzkumu je vymezen v Metodickém pokynu MF D-288.

¹² Blíže k problematice závazného posouzení Adámková, P.: Problematika editační povinnosti. In. Daně a právo v praxi, měsíčník ročník XII 6/2007, ASPI a.s., ISSN 1211-7293, str. 40.

- nepřímá daňová podpora VaV je upravena i v zákoně č. 235/2004 Sb., o DPH ve znění pozdějších předpisů, a to ve vztahu k uplatnění nároku na odpočet daně – ekonomická činnost u vstupů používaných pro vědu a výzkum. Instituce výzkumu a vývoje a vysoké školy uplatňují v případě, že jsou plátcí DPH, svoje práva a povinnosti stejným způsobem jako ostatní plátcí DPH. Nárok na odpočet daně se uplatňuje podle ustanovení § 72 až 79 zákona o DPH, přitom základní podmínkou pro uplatnění nároku je použití přijatých zdanitelných plnění (zboží, služby) plátcem pro uskutečnění jeho ekonomické činnosti. S ohledem na charakter veřejných výzkumných institucí a vysokých škol je pro uplatnění nároku na odpočet daně podstatné posouzení toho, zda ta konkrétní instituce při provádění toho konkrétního výzkumu provádí ekonomickou činnost či nikoli, a zda jí tedy u příslušných plnění vzniká nárok na odpočet DPH na vstupu. S ohledem na důvod existence těchto institucí a způsob jejich financování (ve srovnání s podnikatelskými subjekty) nelze vyloučit, že takový plátec v tom konkrétním případě ekonomickou činnost neprovádí, tudíž nárok na odpočet DPH na vstupu ve vztahu k takové činnosti nemá.¹³

- Mezi formami nepřímé podpory do doby vstupu ČR do EU hrálo důležitou roli i osvobození dovozu na VaV od cla, je-li příjemcem organizace, mající jako hlavní činnost vědu a výzkum podle vyhl. MF č. 136 (ze dne 4. 6. 1998). Oproti stavu před 1.5.2004 se situace dokonce zhoršila, neboť dovoz přístrojů a zařízení je nyní nově zatížen daní z přidané hodnoty.¹⁴

5. KOMPARACE S VYBRANÝMI ZEMĚMI

Většina zemí využívá v současné době celou řadu daňových zvýhodnění pro podporu VaV. Důvody pro zavedení (zrušení) různých zvýhodnění za různých podmínek se výrazně liší v závislosti na představách institucí za tato zvýhodnění odpovědných, dle výchozích podmínek a tradic. Řada opatření směřuje buď k podpoře malého či středního podnikání a regionálního rozvoje a kombinuje se s podporou v těchto směrech. Je zřejmé, že v podstatě ve všech zemích jsou daňová zvýhodnění cílena dle specifických potřeb státu. Nástroje jsou obvykle orientovány na podporu nových a stávajících MSP včetně podpory “přenosu výsledků do praxe” formou spolupráce s institucemi základního výzkumu.

V případě Francie je například uplatňovaná podpora pro tzv. Mladé inovativní společnosti (Young Innovative Company), kdy první 3 roky neplatí daň z příjmu, další 2 roky 50 %, zaměstnanci v oboru VaV a patentů neplatí sociální pojištění. Maximální celkové zvýhodnění nesmí přesáhnou během 3 let 100 000 EURO. Ve Švédsku je podpora zaměřena na podporu nadací podporujících VaV. Nadace musí využít prostředky pro “dobré skutky” – podle zákona péče o děti, výchova, výzkum. Nadace neplatí daň z příjmu s výhradou příjmů z podnikání a pronájmu. V Dánsku se zase uplatňuje daňové zvýhodnění pro pracovníky VaV a “experty”, a to po dobu 3 let u daně z příjmu a sociálního pojištění. V případě Maďarska byla zavedena tzv. Simplified Entrepreneurial Tax (EVA) pro mikropodniky, která spočívá v zjednodušeném daňovém přiznání, kdy není třeba dokladovat jednotlivé náklady, jen celkové zvýhodnění. Irsko zavedlo tzv. Business Expansion Scheme (BES) určenou pro soukromé investory, která přináší zvýhodnění v podobě osvobození od daní v případě vložení kapitálu do vybraných sektorů ve výši min. 31 750 EURO ročně. Pro osoby zakládající MPS dále zavedla Seed Capital Scheme (SCS). Zvýhodnění je pro osoby, které opustily zaměstnání a založily vlastní obchodní firmu, kdy jim jsou vráceny daně, zaplacené v období 6ti let před zahájením

¹³ Blíže Uplatnění nároku na odpočet daně u institucí výzkumu a vývoje, zdroj <http://cds.mfcr.cz/cps/rde/xchg/SID-53EDF4E6-75B4384A/cds/xsl/182-7784.html>.

¹⁴ <http://www.msmt.cz/vyzkum/vyhodnoceni-nepri-myh-nastroju-podpory-vav>.

soukromého podnikání v závislosti na jejich výši a investovaném kapitálu. Velká Británie pro malé i velké podniky zavedla snížení daňového základu. Malé podniky si od daňového základu mohou odečíst 150 % nákladů na VaV, v případě ztráty “obchodovatelný kredit” ve výši 24 % nákladů na VaV, velké podniky odečítají až 125 % nákladů na VaV.

6. ZÁVĚR

V České republice získává širší zavedení nástrojů nepřímé podpory vědy a výzkumu dostatečnou váhu i podporu s ohledem na možnosti jejich uplatnění pomalu. Důvodů je hned několik a souvisí zejména s ekonomickou a politickou situací. Nepřímé nástroje podpory jsou spojeny s možným snížením daňového výběru, který v období rostoucího deficitu veřejných financí není vítaný. Zavedením nástrojů nepřímé podpory vědy a výzkumu se zvyšuje i riziko daňových úniků a komplikace celého daňového systému. Aby však bylo dosaženo stanoveného požadavku Společenství ohledně nutné míry soukromých financí plynoucích do oblasti vědy a výzkumu, je nezbytné těmto subjektům umožnit uplatňovat takový rozsah fiskálních (daňových) pobídek, který je bude k podpoře vědy a výzkumu dostatečně motivovat. Co se týče dalšího vývoje této oblasti, počítá se do budoucna v souladu s jednotlivými Národními politikami o rozšíření jednotlivých druhů nepřímých podpor o další nástroje v souladu s relevantní právní úpravou ES. Zejména pro zvýšení intenzity spolupráce mezi vysokými školami a veřejnými vědeckými institucemi na straně jedné a podnikatelskými subjekty na straně druhé, je nezbytné rozšíření daňové úlevy i na vědu a výzkum nakupovaný mezi nimi. Tyto kroky budou dle jednotlivých strategických dokumentů na pořadu dne až po vyhodnocení nově zavedených stávajících daňových úlev z oblasti vědy a výzkumu.

Literatura:

- Adámková, P.: Problematika editační povinnosti. In. Daně a právo v praxi, měsíčník ročník XII 6/2007, ASPI a.s., ISSN 1211-7293, str. 40.
- Zákon č. 235/2004 Sb., o dani z přidané hodnoty.
- Zákon č. 586/1992 Sb., o daních z příjmů.
- Zákon č. 357/1992 Sb., o dani dědické, dani darovací a dani z převodu nemovitostí ve znění pozdějších novel.
- Sdělení Evropské komise COM (2002) 499 „více výzkumu pro Evropu: vzhůru ke 3 %“.
- Rada pro vědu a výzkum: Analýza stavu výzkumu a vývoje v ČR a jejich srovnání se zahraničím.
- Usnesení vlády č. 178 z roku 2006 o harmonizaci Národní politiky výzkumu a vývoje ČR na léta 2004-2008 s Národní inovační politikou a dalšími relevantními dokumenty ČR a EU.
- Usnesení vlády č. 287 z roku 2008 Návrh reformy systému výzkumu, vývoje a inovací v ČR dostupné z www.vyzkum.cz.
- Metodický pokyn MF D-288.
- Usnesení č. 513 ze dne 26. května 2004.
- <http://cds.mfcr.cz/cps/rde/xchg/SID-53EDF4E6-75B4384A/cds/xsl/182-7784.html>.

– <http://www.msmt.cz/vyzkum/vyhodnoceni-neprimych-nastroju-podpory-vav>.

Kontaktní údaje na autora – email:

p.adamkova@mail.muni.cz

ÚLOHA FINANČNÉHO PRÁVA A JEHO PODODVETVÍ PRI RIEŠENÍ SÚČASNEJ SVETOVEJ FINANČNEJ KRÍZY

LADISLAV BALKO

Právnická fakulta, Univerzita Komenského v Bratislave, Slovenská republika

Abstrakt v rodném jazyce

Autor v úvode svojho príspevku prináša definovanie finančnej krízy podľa rôznych autorov. Potom poukazuje na jednotlivé čiastkové krízy a zaoberá sa charakteristikou príčin finančnej krízy. V ďalšej časti analyzuje význam noriem finančného práva pri reflektovaní finančnej a hospodárskej krízy, ako aj pri riešení jej dopadov. Uvádza vplyv jednotlivých pododvetví finančného práva a to konkrétne noriem práva rozpočtového, práva daňového, práva colného, práva menového ale predovšetkým konkrétnych noriem práva finančného trhu

Klíčová slova v rodném jazyce

Finančná a hospodárska kríza, úverová kríza, rozpočtové právo, daňové právo, colné právo, menové právo, právo finančného trhu, záchranný plán, antikrizové opatrenia, verejné financie, rekapitalizácia bánk, ochrana vkladov, intervencie, majetková angažovanosť, dohľad, likvidita bánk.

Abstract

The Author on the start of the contribution defined financial crisis by various experts. Further describes partial crises and describe the reason of financial crises. Next he analyse a sense of the standards of the financial law at record of financial and economic crisis, as far as at resolve impact of its. Author describe influence of particular subsection of the financial law, specifically budget law, tax law, customs law, currency law but above all financial market law.

Key words

Financial and economic crisis, credit crisis, budget law, tax law, customs law, currency law, financial market law, safeguarding plan, anticrisis measures, public finances, recapitalisations of the banks, protection of the deposits, interventions, property involvement, supervision, liquidity of the banks.

Žijeme zvláštnu, neviem či historicky náročnú, no rozhodne neopakovateľnú dobu, v ktorej sa budeme musieť s mnohými prekážkami a výzvami chlapsky popasovať. Svet sa v posledných týždňoch stal veľmi malým a ukázalo sa, že aj veľmi zraniteľným, finančne, hospodársky a uvidíme, či nie aj ľudsky. Sme svedkami doby, o ktorej už hovoria poprední ekonómovia ako o historicky najväčšej a najglobálnejšej finančnej a hospodárskej kríze v histórii ľudstva. Možno to tak zatiaľ nepocitujeme, ale údajne ide o ekonomicky väčší jav ako bola doteraz najväčšia kríza, ktorá sa začala krachom na burze v New Yorku v roku 1929. Aj viacero ekonomických kríz po druhej svetovej vojne majú svoj pôvod vo finančnom sektore. V novodobej histórii, najmä v posledných dvoch dekádach, je svetové hospodárstvo náchylnejšie na finančné kolapsy. Ekonomické krízy sa nevyhli ani vyspelým ekonomikám (Japonsko) a ani veľmi rýchlo rastúcim a perspektívnym trhom (novoindustrializované krajiny v Ázii, Rusko, Česká republika). Podľa Dr. Colina Lawsons z University of Bath, Veľká Británia a doc. Ing Emílie Zimkovej, PhD. z Univerzity Mateja Bela v Banskej Bystrici v ich štúdiu „Medzinárodná finančná kríza a jej potencionálny vplyv na slovenských podnikateľov“ uverejnenej v júni a júli tohto roka „je to dané prudkosťou a nevyrovnanosťou tempa

hospodárskeho rastu, chybnými makroekonomickými zásahmi, slabými miestami pôsobenia „zákona trhu“, či nedostatočnou reguláciou finančného trhu“¹. Finančné krízy z minulosti boli tvrdou lekciami pre všetky vlády krajín, v ktorých sa udiali ale aj ponaučením pre tvorcov hospodárskych stratégií v ostatných krajinách. Problematike finančných kríz sa vo svojej výskumnej práci² podrobne venuje český ekonóm Musílek (2004), ktorý uvádza prehľad vymedzenia tohto pojmu v českej i zahraničnej literatúre. Podľa neho súčasná česká literatúra pojem finančnej krízy vôbec nedefinuje. J. Musílek (2004) vo svojej výskumnej práci tiež podáva najvýstižnejší prehľad vymedzení pojmu finančná kríza v cudzojazyčnej literatúre. Goldsmith (1982) uvádza, že pojem „finančná kríza“ je veľmi ťažké presne definovať, pričom je takmer vždy zrejmé, že finančná kríza prepukla.

Finančnú krízu charakterizuje ako: „... prudké, okamžité, ultracyklické zhoršenie všetkých alebo veľkej väčšiny finančných indikátorov - krátkodobej úrokovej sadzby, ceny aktív (akcie, nehnuteľnosti, pôda), insolventnosť firiem a úpadky finančných inštitúcií...“³ Bordo (1987) definuje finančnú krízu ako: „... zmenu v očakávaníach z dôvodu obavy z úpadku finančných inštitúcií, smerujúcu ku konverzii reálnych a nelikvidných aktív do peňažnej formy...“⁴ Mishkinova (1996) definícia finančnej krízy je nasledovná: „...nelineárny rozvrat finančných trhov, zvyšujúci problém informačnej asymetrie v dôsledku výskytu nepriaznivého výberu a morálneho hazardu a prejavujúca sa poklesom alokačnej efektívnosti finančných trhov...“⁵ J. Musílek (2004) finančnú krízu komplexne definuje ako výrazné zhoršenie veľkej väčšiny finančných indikátorov, čo sa prejavuje nedostatočnou likviditou finančného systému, rozsiahlou insolventnosťou finančných inštitúcií, nárastom volatility výnosových mier finančných inštrumentov, výrazným poklesom hodnoty finančných a nefinančných aktív a podstatným znížením rozsahu alokácie úspor vo finančnom systéme. Finančnú krízu možno „rozložiť“ na jednotlivé, čiastkové krízy:

- úverová kríza
- kríza likvidity
- menová (devízová) kríza
- investičná kríza

V období vytvárania a prepuknutia finančnej krízy často dochádza ku kombinácii jednotlivých druhov kríz. Preto jednoznačné segmentovanie finančnej krízy nie je jednoduché.

¹ Pozri podrobne

<http://www.profini.sk/index.cfm?Module=ActiveWeb&Page=DocumentList&CategoryID=0&ThemeID=10&Source=&AuthorID=0&StartRow=181&MaxRows=20>.

² Musílek, P. 2004. Analýza příčin a důsledků České finanční krize Výzkumná studie. s. 5-15. 2004.

³ Goldsmith, R.W.: Comment on Hyman P. Minsky's The Financial Instability Hypothesis: Capitalist Processes and the Behavior of the Economy, s. 42. In.: Kindleberger, C.P.-Laffargue, J.P.: Financial Crises: Theory, History and Policy. Cambridge University Press, Cambridge, 1982.

⁴ Bordo, M.D.: Financial Crises: Lessons from History. The fifth Garderen Conference on International Finance. Erasmus Universiteit, Rotterdam, April, 1987.

⁵ Mishkin, F.S.: Understanding Financial Crises: A Developing Country Perspective. In.: Bruno, M.-Pleskovic, B.: Annual World Bank Conference on Development Economics 1996. World Bank, Washington, 1996 s.29.

Medzi základné príčiny, ktoré objasňujú podstatu finančných kríz patria:

- nadmerná úverová expanzia,
- chybná makroekonomická politika,
- nadmerná finančná liberalizácia,
- finančná panika,
- splasknutie cenovej bubliny,
- zlyhanie trhu,
- nadmerný príliv zahraničného kapitálu,
- inštitucionálna nedokonalosť ekonomiky,
- hospodárske cykly a štrukturálne problémy,
- iné faktory.

Z ekonomickej histórie poznáme desiatky prípadov výskytu rozsiahlych a hlbokých finančných kríz so značnými mikroekonomickými a makroekonomickými dopadmi.

Väčšina analytikov uvádza, že z dlhodobého hľadiska bola súčasná finančná kríza vyvolaná v USA nesprávnou politikou nízkych úrokových sadzieb, ktoré Federálny Rezervný Systém vedený Alanom Greenspanom zvolil po roku 2000. Po prasknutí bubliny internetových akcií a následnom poklese akciových trhov v roku 2000 a najmä po 11. septembri 2001 sa Federálny Rezervný Systém politikou nízkych úrokových sadzieb snažil zabrániť globálnej ekonomickej recesii. Následné zvýšenie likvidity a prísun "lacných peňazí" podnietil investorov k realizácii rizikových investícií. Mnoho bánk malo vďaka nízkym úrokovým sadzbám veľmi liberálny postoj pri poskytovaní úverov, čo mnohí zákazníci využili na nákup nehnuteľností, nezávážiac svoje možnosti a neuvedomujúc si, že éra lacných peňazí raz skončí. Ľahko dostupné hypotéky postupne spôsobili stavebný boom a tým rástli aj ceny nehnuteľností. Dôsledok tejto politiky finančných inštitúcií sa prejavil vo vytvorení cenovej bubliny na realitnom trhu, ktorá dosiahla svoj vrchol v roku 2005. V niektorých oblastiach sa počas tohto krátkeho obdobia zvýšili ceny domov o viac ako sto percent. Vývoj na americkom hypotekárnom trhu inšpiroval aj ďalšie finančné trhy a tak cenová bublina na realitnom trhu zasiahla aj Írsko, Veľkú Britániu a Španielsko. Politika lacných peňazí sa však zmenila a v druhej polovici roku 2006 Federálny rezervný systém zvýšil úrokové sadzby až na 5,25%.

Úverová kríza naplno prepukla v auguste 2007 a spôsobila nekoordinovaný pád veľkej špekulatívnej cenovej bubliny na americkom hypotekárnom trhu. Problémy sa preniesli aj do nehypotekárnych úverov, keďže banky sa snažili neposkytovať nielen hypotekárne ale aj ďalšie úvery rizikovejším klientom. Podľa mnohých ekonómov ku kríze prispela kombinácia nízkych úrokových sadzieb (devíza centrálnej banky) a vysokého prílevu zahraničného kapitálu na americký trh začiatkom 90. rokov minulého storočia. To rýchlo zvyšovalo prístupnosť k úverom a banky s vysokými prebytkami peňazí začali postupne ponúkať pôžičky aj obyvateľstvu s nižšími príjmami. Spomalenie americkej ekonomiky pociťujú najväčšie krajiny, ktoré sú na exporte do USA závislé ako napr. Kanada alebo Mexiko. Zasiahnutá bude aj Ázia a to najmä Čína, aj keď tam doteraz výpadok amerického dopytu po

čínskych výrobkoch úspešne kompenzuje rast domáceho dopytu. Európa pocíti ochladenie tiež, aj keď pravdepodobne nie až v takom rozsahu ako vyššie spomínané krajiny. Okrem strát časti výnosov z akciových fondov, môžeme očakávať aj obmedzenie prístupu k úverom na väčšie či rizikovejšie projekty. Nedostatok likvidity u veľkých finančných hráčov zvýši úroky aj v Európe.

Medzinárodný menový fond predpokladá, že potenciálne straty finančných inštitúcií by mohli dosiahnuť 1 bilión USD. Európske regulačné orgány sú pod intenzívnym tlakom a Federálny rezervný systém USA pokladá toto obdobie za najkritickejšie od Veľkej hospodárskej krízy v 30-tych rokoch. Hrozí, ako to formulovala najznámejšia brazílska ekonómka Maria da Conceição Tavares⁶, trombóza finančného systému.

Jedna vec je ekonomický pohľad na finančnú krízu a druhá vec je úloha práva v tomto procese, ktoré zohrá svoju rolu. Je jasným faktom, že právo tu bude mať významnú pozíciu. A to tak právo verejné, ako aj súkromné vo všetkých jeho súvislostiach a podobách. Nechcem sa sporiť, no možno trochu neskromne chcem poukázať na významnú úlohu noriem pododvetví finančného práva, ktoré sa nepochybne dostávajú pri riešení finančnej krízy a jej dôsledkov do popredia.

Každé z pododvetví finančného práva bude mať do činenia s finančnou krízou a jeho normy budú reflektovať spoločensko-ekonomické vzťahy z toho vyplývajúce. K zmenám bude musieť dôjsť v normách práva rozpočtového, daňového, colného, menového a devízového avšak najviac budú musieť krízu reflektovať normy práva finančného trhu. Dôležité bude uvedomiť si, že v našich podmienkach mnohé zmeny budú vychádzať z komunitárneho práva EÚ, ktorej inštitúcie sa vehementne postavili k riešeniu finančnej ale následne aj hospodárskej krízy.

Na prvom mieste to budú rozpočtové opatrenia, ktoré sa uskutočnia práve prostredníctvom postupov regulovaných normami rozpočtového práva. Pokles ziskovosti podnikov a následné nižšie daňové príjmy v štátnej kase, sa v súčasnosti javia ako relevantný vplyv krízy na verejné financie. Záchranný plán umožňuje vládam členských štátov ručiť za bankové pôžičky, poskytovať krátkodobú likviditu a čiastočne znárodniť niektoré banky. Vlády 27 krajín naň vyčlenili viac ako 2 bilióny eur⁷. Európski i národní politici ako aj ekonómovia, sa už doteraz zhodli na nevyhnutnosti uvoľniť pravidlá Paktu rastu a stability a vytvoreni osobitného pôžičkového programu pre ohrozené stredne veľké podniky, štáty uzákonili garancie za bankové vklady, a niekde štáty kapitálovými vstupmi preberajú banky. Rôznorodý je aj spôsob priamej podpory bánk, pričom sa zatiaľ realizovali tri postupy:

- čiastočné znárodňovanie (naposledy napríklad Fortis),
- štátne garancie (napríklad Hypo Real Estate, doplnené o podporu súkromných pôžičkových inštitútov) a
- štátne podporné fondy (napríklad Španielsko v rozsahu 30 miliárd eur s možnosťou rozšírenia na 50 miliárd).

⁶ Pozri <http://www.noveslovo.sk/clanok.asp?id=17046>.

⁷ Pozri http://ec.europa.eu/news/economy/081016_1_sk.htm.

Najsystémovejší je zrejme najnovší krok britskej vlády zvýšiť základný kapitál prostredníctvom štátnych podielov v ôsmich veľkých britských bankách a hypotekárnych inštitúciách. Predpokladá sa tu použitie 25 miliárd libier, teda viac než 30 miliárd eur. Ďalších 25 miliárd libier sa môže v prípade potreby použiť za podobných podmienok. Okrem toho je vláda pripravená garantovať dlhy bánk až do výšky 250 miliárd libier. Štátne kapitálové podiely poskytujú štátnemu financovaniu prinajmenšom jednu významnú protihodnotu vo forme štátneho podielu. Tým sa obmedzuje vplyv súkromných akcionárov. Vždy podľa miery injekcie štátnych prostriedkov, sa má obmedziť vyplácanie dividend a plátov manažérov. Vláda tiež vyhlásila, že od bánk očakáva poskytovanie pôžičiek menším podnikom a záujemcom o kúpu nehnuteľnosti. Britský postup sa odlišuje od ostatných krokov v iných krajinách tým, že sa systematicky zvyšuje základný kapitál veľkých bánk, ktorý je vo Veľkej Británii často veľmi malý, a štátna podpora sa viaže na aspoň niekoľko podmienok.

Všetky antikrizové opatrenia spôsobia nápor na verejné financie. Finančná kríza zaťaží národné rozpočty a v niektorých prípadoch aj veľmi výrazne. Takzvaný Pakt rastu a stability svojimi síce v poslednom čase uvoľnenými ale predsa len rigidnými pravidlami, ktoré ohraničujú nové štátne zadlžovanie trom percentami HDP, bude reflektovaný aj rozpočtovo právnymi normami. Možno predpokladať, že aj zmluvné Maastrichtské kritériá o rozpočtových deficitoch budú revidované.

Dňa 12. októbra sa šéfovia vlád eurozóny dohodli na spoločnom balíku opatrení, ktorý výrazne posilní úlohu štátu vo finančnom sektore. Základný kapitál bánk sa v prípade potreby posilní. V tomto prípade sa môžu členské štáty podieľať na bankovom kapitále. To znamená čiastočné zoštátnenie. Nemecká spolková vláda oznámila, že by to mohlo implikovať štátny vplyv na finančnú politiku. Banky, ktoré sa dostali do ťažkostí, majú byť rekapitalizované. Bankrot bánk, ktoré by mohli rozkolísať finančný systém, sa nemá pripustiť. Príjmu sa opatrenia, ktoré zabezpečia likviditu systému. Patria sem najmä štátne garancie v medzibankovom obchode. Táto zvláštna ochrana má platiť do 31. decembra 2009. Sumy predpokladané na tento účel dosahujú enormné výšky⁸. Len v samotnom Nemecku sa ráta so 400 miliardami eur na štátnych garanciách a 70 miliardami na rekapitalizáciu bánk. V Španielsku pôjde o približne sto miliárd eur a Portugalsko poskytne garancie vo výške 20 miliárd eur. Podobnú formu mala štátna intervencia v prípade finančných kríz aj v periférnych krajinách. Takto vyústil neoliberalizmus vo svojich pionierskych krajinách pravicových diktatúr v Čile, Argentíne a Uruguaji po niekoľkých rokoch už na začiatku 80-tych rokov v ťažkých finančných krízach. K „antikrizovej terapii“ sa už vtedy počítalo so zoštátnovaním bánk, respektíve súkromných dlhov. Na stretnutí v Bruseli sa neprerokovali problémy východoeurópskych krajín, ktoré nie sú členmi eurozóny. Časť z nich je pre vysoké deficity bežného a obchodného účtu závislá od zahraničných pôžičiek. Potrebovali by teda špecifickú formu ochrany. Mnohé z týchto otázok budú musieť riešiť rozpočtovoprávne normy, pričom musia premietnuť opatrenia do právnej podoby, najčastejšie do samotných rozpočtov.

„Nápaditosť“ zavládne aj v oblasti daňového práva. Sme svedkami návrhov na zníženie daní, keď napr. v SR navrhuje opozícia plošne znížiť teraz v čase finančnej krízy 19 %-tnú daň na 16 %, pričom podobne v čase enormného rastu navrhovala zníženie na 17 %. Čo svedčí napríklad o nie ekonomickom prístupe ale o politickom prístupe k tejto problematike. Na druhej strane v Írsku navrhli znížiť objem štátnych výdavkov a zvýšiť dane, aby sa tak podporili vládne financie po tom, čo sa Írsko ako prvá krajina eurozóny dostala do recesie.

⁸ Podrobne pozri <http://www.noveslovo.sk/clanok.asp?id=17046>

Podobne aj v Maďarsku vláda stiahla v polovici októbra z parlamentu návrh na zníženie daní⁹. Kabinet chcel pôvodne zoškrtiť dane o 160 miliárd forintov (takmer 1952 miliárd korún) v roku 2009. Bude teda musieť hľadať iné cesty, ako zjednodušiť dane a znížiť podiel čiernej ekonomiky. Maďarský premiér Ferenc Gyurcsány zamietol návrh opozície znížiť daň z pridanej hodnoty¹⁰ (DPH) pre základné druhy potravín a diaľkové kúrenie. Takýto krok by podľa Gyurcsányho mohol spôsobiť diery v rozpočte. Opozičná strana Fidesz vládne navrhla znížiť DPH pre základné potraviny zo súčasných 20 % na 5 % a rovnako aj poplatky za diaľkové kúrenie, čo by obyvateľom pomohlo ľahšie sa vyrovnat' s rastúcimi cenami energií.

Na Slovensku sú napríklad reálne úvahy o novelizácii zákona o DPH spôsobom úpravy lehôt na vracanie DPH zo 60 dní na 20 dní, čím by sa uvoľnili vlastné zdroje podnikateľským subjektom.

V oblasti colného práva napríklad zaznieva volanie aby na celej pôde Európskej únie, ktorá je colnou úniou, bola právne upravená ochrana domáceho trhu EÚ pred dovozom lacnejších výrobkov z mimo únijných území, ktoré by mohli ohroziť predaj euroúijného tovaru.

Správanie sa centrálnych bánk, hodnotu meny a jej kurz, devízové rezervy, menové swapy a množstvo ďalších inštitútov reguluje menové právo. Otázka meny a jej statusu sa stáva naliehavo aktuálnou. Odznievajú aj také myšlienky ako vyriekol v diskusii so študentmi jednej z univerzít v Ríme člen Rady guvernérov Európskej centrálnej banky (ECB) Lorenzo Bini Smaghi¹¹, podľa ktorého Euro je silná mena, vďaka ktorej členské štáty eurozóny dokážu vydržať súčasné výkyvy svetovej ekonomiky, "Sme v centre ťažkej finančnej krízy, no naša mena si ďalej udržiava silný kurz," konštatoval. V minulosti, keď krajiny EÚ nemali spoločnú menu, nástup ekonomických problémov automaticky viedol k obrovským otrasom ich národných mien. Na druhej strane mimo eurozóny meny mnohých krajín padajú¹². Finanční špekulanti v nich vidia riziko, ktoré už pre krízu na finančných trhoch nechcú znášať. Maďarská mena sa prepadla na dvojročné minimum. Rumunský leu stratil za posledné týždne asi desať percent. Oslabuje sa aj poľský zlotý. Donedávna silná česká koruna tiež zažíva turbulencie. Je za tým svetová finančná kríza. Finanční investori pre búrku na trhoch začínajú mať odpor k riziku a predávajú cenné papiere alebo sa zbavujú vkladov v národných menách rozvíjajúcich sa ekonomík, medzi ktoré patria napríklad Poľsko, Maďarsko, ale aj Česko. A čo robí slovenská koruna? Finančné trhy už pomaly zabúdajú, že mena, na ktorej ešte na začiatku roka zarábali milióny eur, niektorí investori aj podvodne získanými informáciami, ešte existuje. Od júla, keď Slovensku Európska únia odsúhlasila konečný konverzný kurz, sa s ňou už vo veľkom neobchoduje. Za dva mesiace stratila zhruba percento. Oslabenie je len dočasné, pretože na prelome rokov odíde do histórie s kurzom, ktorý je oproti súčasnému silnejší takmer o dve percentá.

Pochopiteľne najpodstatnejšie prehovoria normy finančného práva v oblasti práva finančného trhu a predovšetkým jeho regulácie.

Rada ministrov financií EÚ – Rada ECOFIN na zasadnutí 7. októbra schválila nasledovné závery o bezprostrednej reakcii na finančné nepokoje:

⁹ <http://ekonomika.sme.sk/c/4125650/madarsko-bojuje-s-financnou-krizou.html>.

¹⁰ <http://ekonomika.sme.sk/c/3961445/Gyurcsany-zamietol-navrh-opozicie-na-znizenie-DPH.html>.

¹¹ <http://ekonomika.sme.sk/c/4153456/bini-smaghi-euro-pomaha-krajinam-odolavat-financnej-krize.html>.

¹² <http://www.iness.sk/modules.php?name=News&file=article&sid=1447>.

- vyzvala členské štáty, aby prijali určité opatrenia v oblasti ochrany vkladov fyzickým osobám, a to v rozsahu min. 50 000 EUR, resp. min. vo výške 100 000 EUR v niektorých krajinách. Rada tiež privítala zámer Európskej Komisie v čo najkratšej dobe predložiť návrhy podporujúce konvergenciu schém garančných vkladov.
- vyjadrila jednoznačnú podporu systémovým finančným inštitúciám a zaviazala sa prijať všetky nevyhnutné kroky smerujúce k stabilizácii bankového systému a ochrane vkladov jednotlivcov.
- privítala kroky podniknuté Európskou centrálnou bankou a národnými centrálnymi bankami od vzniku krízy na finančnom trhu na zabezpečenie likvidity vo finančnom systéme. Opätovne vyzvala finančné inštitúcie k dosahovaniu plnej transparentnosti, pričom pokrok dosiahnutý v tejto oblasti bude pozorne monitorovať. Rada súhlasila s tým, že o verejnej intervencii musí byť rozhodnuté na národnej úrovni, pričom si uvedomuje potenciálne cezhraničné efekty národných rozhodnutí.
- Za účelom ochrany záujmov vkladateľov a stability finančného systému Rada zdôraznila potrebu primeraného prístupu, ktorý by mal zahŕňať medzi inými i prostriedky rekapitalizácie postihnutých systémovo významných finančných inštitúcií.
- súhlasila s nasledovnými spoločnými princípmi EÚ, ktoré majú usmerňovať ďalšie kroky EÚ v odpovedi na súčasnú situáciu:
 - Intervencie by mali byť uskutočňované včasne a podpora by mala byť v zásade dočasná;
 - EÚ bude ostražitá, pokiaľ pôjde o záujmy daňovníkov;
 - Súčasní akcionári by mali znášať náležité dôsledky intervencií;
 - Vláda by mala mať možnosť vykonať výmenu manažmentu finančnej inštitúcie;
 - Manažment by si nemal ponechávať neprimerané zisky – vlády môžu okrem iného mať právomoc intervenovať v oblasti odmeňovania vrcholového manažmentu;
 - Konkurencieschopnosť a legitímny záujem konkurentov musia byť ochraňované, najmä prostredníctvom pravidiel štátnej pomoci;
 - EÚ by sa mala vyhnúť negatívnym vedľajším efektom uplatňovania spoločných princípov.
- zdôraznila potrebu vyhnúť sa akejkoľvek deformácii pri zaobchádzaní medzi bankami USA a EÚ kvôli rozdielnostiam v účtovných pravidlách. Rada dôrazne odporučila, aby orgány dohľadu a audítori v EÚ ihneď aplikovali nový návod Rady pre medzinárodné účtovné štandardy o aplikácii výpočtu trhového oceňovania.
- víta záväzok Európskej Komisie v blízkej budúcnosti vydať návod stanovujúci široký rámec pre zlučiteľnosť štátnej pomoci s rekapitalizáciou a garančnými schémami, obsahujúci tiež prípady aplikácie takýchto schém.

Je veľkým pozitívom v oblasti finančnoprávných noriem aj to, že Európska Komisia zverejnila už 1. októbra 2008 návrh novely Smerníc 2006/48/ES o začatí a vykonávaní

činností úverových inštitúcií a Smernice 2006/49/ES o kapitálovej primeranosti investičných spoločností a úverových inštitúcií, tzv. „CRD“. Novela CRD upravuje štyri hlavné oblasti:

- Veľká majetková angažovanosť
- Hybridné kapitálové nástroje
- Usporiadanie a kompetencie dohľadov
- Technické úpravy (vrátane ustanovení o likvidite)

1. VEĽKÁ MAJETKOVÁ ANGAŽOVANOSŤ

V ustanoveniach o veľkej majetkovej angažovanosti sa navrhujú odstrániť viaceré národné voľby. V pôvodnom neoficiálnom návrhu zverejnenom v júni 2008 boli zakomponované tiež ustanovenia, ktoré by zrušili Slovenskom v súčasnosti využívanú národnú voľbu – uplatňovanie limitov majetkovej angažovanosti vnútri skupiny (tzv. „intra group exposures“). Uvedené ustanovenie je významné pre Slovenskú republiku najmä z dôvodu vlastníckej štruktúry bankového sektora. Uplatnenie národnej voľby nám v súčasnosti umožňuje limitovať expozície slovenských bánk ako dcérskych spoločností voči ich materským spoločnostiam na výšku predstavujúcu maximálne 20% kapitálu. Toto ustanovenie je možné považovať za prirodzený ochranný múr medzi materskou a dcérskou spoločnosťou a tým aj ako prevenciu šírenia krízy z materskej spoločnosti do dcérskej spoločnosti.

Oficiálny návrh novely smernice CRD zverejnený 1. októbra 2008 je po pripomienkach upravený tak, že do článku 113 sa pridáva paragraf 4, z ktorého písmeno c) ponecháva ako národnú voľbu možnosť neaplikovať vnútrogrupinové limity majetkovej angažovanosti. Uvedený návrh je vyhovujúci pre pozíciu Slovenska.

2. USPORIADANIE A KOMPETENCIE DOHĽADOV

V rokoch 2007 a 2008 sa vyskytli iniciatívy zo strany veľkých európskych bánk a záujmových združení európskych bánk na podporu štruktúry dohľadu nad cezhraničnými finančnými skupinami, pri ktorej by sa viac úloh a právomocí sústredilo do rúk orgánu dohľadu zodpovedného za výkon konsolidovaného dohľadu a definovaného ako „consolidating supervisor“ alebo „lead supervisor“.

Návrh novely smernice CRD upravuje koncept spolupráce dohľadov pri cezhraničných bankových skupinách v dvoch rovinách:

- Vytvorenie kolégií dohľadov (tzv. „colleges“), ako fóra pre koordináciu výkonu dohľadu a výmenu informácií;
- Rozšírenie právomocí pre konsolidujúci orgán dohľadu v otázkach výkonu dohľadu (Pilier 2 a výkazníctvo).

Kolégiá dohľadov sú efektívnou formou spolupráce orgánov dohľadu a navrhované znenie nového článku 131a je vyhovujúce pre pozíciu Slovenska. Konsolidujúci orgán dohľadu má v zmysle tohto článku funkciu koordinátora činností orgánov dohľadu nad dcérskymi spoločnosťami, organizuje stretnutia orgánov dohľadu a výmenu informácií o dohliadanej bankovej skupine.

Návrh úpravy článku 129 pridaním paragrafu 3 podstatne rozširuje právomoci konsolidujúceho dohľadu (orgán dohľadu nad materskou spoločnosťou). Uvedený článok dáva konsolidujúcemu dohľadu právomoc, v prípade, že sa nedosiahne dohoda medzi regulátormi, rozhodnúť o potrebnej výške kapitálu pre celý konsolidovaný celok (materská spoločnosť a dcérske spoločnosti) a tým stanoviť aj potrebnú výšku kapitálu pre dcérsku spoločnosť so sídlom v inej krajine (v zmysle Piliera 2 Novej Bazilejskej dohody o kapitáli – Basel II). Konsolidujúci dohľad môže rovnako rozhodnúť o jednotnom formáte a frekvencii výkazov o kapitálových požiadavkách.

Uvedený návrh článku 129 paragraf 3 tak významne narúša rovnováhu medzi právomocami a zodpovednosťami medzi orgánom dohľadu nad materskou spoločnosťou a orgánom dohľadu nad dcérskou spoločnosťou, a teda konsolidujúci dohľad by mal právomoc rozhodnúť o potrebnej výške kapitálu pre dcérsku spoločnosť, pričom za dohľad nad touto dcérskou spoločnosťou zodpovedá orgán dohľadu krajiny, kde má dcérska spoločnosť sídlo.

Konsolidujúci dohľad a orgány dohľadu nad dcérskymi spoločnosťami by sa v zmysle návrhu novely smernice mali dohodnúť na formáte a frekvencii vykazovania kapitálových požiadaviek za danú bankovú skupinu. Uvedený návrh by znamenal, že pre NBS by každá banka vlastnená materskou spoločnosťou v EÚ mohla vykazovať informácie o kapitálových požiadavkách v inom formáte a s inou frekvenciou. Uvedený postup by značne komplikoval sledovanie požiadaviek na vlastné zdroje za bankový sektor v SR, keďže by NBS nemala porovnateľné údaje za celý bankový sektor. Preto podporujeme myšlienku jednotného formátu vykazovania v EÚ, ktorý by zjednotil vykazovanie všetkých bánk vo všetkých členských štátoch.

Okrem toho boli prijaté významné deklaratórne ale aj legislatívne úpravy tým, že:

- Európska komisia vyzýva reagovať na prieskum o skupinovom súlade ohľadom tretej smernice proti praniu špinavých peňazí,
- bolo prijaté oznámenie týkajúce sa použitia pravidiel štátnej pomoci v kontexte súčasnej globálnej financnej krízy¹³,
- Opatrenia v oblasti likvidity bánk v podobe zvýšenie cudzích zdrojov bánk zo strany štátu, rekapitalizácia (kapitálové posilnenie) bánk zo strany štátu, nútenej správy nad bankou – navýšenie základného imania,
- Opatrenia v oblasti návrhu smernice SOLVENCY II (smernice o začatí a vykonávaní priameho poistenia a zaistenia),
- Opatrenia v oblasti kolektívneho investovania: Rekodifikácia smernice UCITS (smernice o koordinácii zákonov, iných právnych predpisov a správnych opatrení týkajúcich sa podnikov kolektívneho investovania do prevoditeľných cenných papierov),
- Opatrenia v oblasti poisťovníctva,
- Opatrenia v oblasti cenných papierov,
- Opatrenia v oblasti dôchodkového sporenia

¹³ http://ec.europa.eu/competition/state_aid/legislation/horizontal.html

Takže finančnoprávna normotvorná smršť bude určite aj naďalej pokračovať. A pred úlohou vedy finančného práva bude nepochybne aj historická úloha nielen byť nápomocnou v tomto procese, ale normy aj náležite triediť, skúmať, a konštruktívne pomôcť uvádzať do praxe. A to je veľká a skvelá výzva.

Literatura:

- Musílek, P. 2004. Analýza príčin a dôsledkov Českej finančnej krize Výzkumná studie. s. 5-15. 2004.
- Goldsmith, R.W.: Comment on Hyman P. Minsky's The Financial Instability Hypothesis: Capitalist Processes and the Behavior of the Economy, s. 42. In.: Kindleberger, C.P.-Laffargue, J.P.: Financial Crises: Theory, History and Policy. Cambridge University Press, Cambridge, 1982.
- Bordo, M.D.: Financial Crises: Lessons from History. The fifth Garderen Conference on International Finance. Erasmus Universiteit, Rotterdam, April, 1987.
- Mishkin, F.S.: Understanding Financial Crises: A Developing Country Perspective. In.: Bruno, M.-Pleskovic, B.: Annual World Bank Conference on Development Economics 1996. World Bank, Washington, 1996 s.29.
- http://ec.europa.eu/competition/state_aid/legislation/horizontal.html.
- <http://ekonomika.sme.sk/c/3961445/Gyurcsany-zamietol-navrh-opozicie-na-znizenie-DPH.html>.
- <http://ekonomika.sme.sk/c/4153456/bini-smaghi-euro-pomaha-krajinam-odolavat-financnej-krize.html>.
- <http://www.iness.sk/modules.php?name=News&file=article&sid=1447>.
- <http://www.noveslovo.sk/clanok.asp?id=17046>.
- <http://ekonomika.sme.sk/c/4125650/madarsko-bojuje-s-financnou-krizou.html>.
- http://ec.europa.eu/news/economy/081016_1_sk.htm.
- <http://www.noveslovo.sk/clanok.asp?id=17046>.
- <http://www.profini.sk/index.cfm?Module=ActiveWeb&Page=DocumentList&CategoryID=0&ThemeID=10&Source=&AuthorID=0&StartRow=181&MaxRows=20>.

Kontaktní údaje na autora – email:

Ladislav.balko@flaw.uniba.sk

KONTROLA I NADZÓR NAD WYDAWCAMI ELEKTRONICZNYCH INSTRUMENTÓW PŁATNICZYCH W ŚWIETLE PRAWA EUROPEJSKIEGO

DAMIAN CYMAN

Faculty of law, Uniwersytet Gdański, Poland

Abstract in original language

Artykuł dotyczy kontroli i nadzoru nad wydawcami elektronicznych instrumentów płatniczych, w świetle prawa wspólnotowego. Dynamiczny rozwój i coraz częstsze wykorzystanie tych instrumentów, łatwość dokonywania płatności oraz mobilność pieniądza elektronicznego powoduje, że kontrola i nadzór powinna obejmować wcześniej nie regulowane obszary. Dla skuteczności wprowadzonych regulacji, należy zbadać wpływ elektronicznych instrumentów płatniczych na politykę pieniężną poszczególnych państw, jak i całego rynku wspólnotowego. Powinny one być na tyle skuteczne, aby pozwalały na zachowanie stabilności finansowej państw, z drugiej strony na tyle elastyczne, aby nie zahamowały rozwoju elektronicznych instrumentów płatniczych, ani wykorzystania nowoczesnych rozwiązań technologicznych.

Key words in original language

Elektroniczne instrumenty płatnicze, kontrola, nadzór ostrożnościowy, pieniądz elektroniczny, karty płatnicze, usługi bankowości elektronicznej, instrument pieniądza elektronicznego.

Abstract

The paper presents some aspects of the supervision framework over issuers of electronic payment instruments in the light of European law. Dynamic development and frequent use of these instruments, easiness of payments and mobility of electronic money makes that supervision should include not regulated before spaces. To make these regulations effective, it is necessary to analyze the influence of electronic payment instruments both on the national and EU monetary policies and whole EU market. It is clear that regulations should be effective to guarantee financial stability of every state. They also should be flexible, that will let for electronic payment instruments efficient future development.

Key words

Electronic payment instruments, control, prudential oversight, electronic money, paying cards, home-banking, electronic money instrument.

Coraz powszechniejsze wykorzystanie elektronicznych instrumentów płatniczych wywiera wciąż rosnący wpływ na politykę pieniężną państwa. W szczególności pieniądz elektroniczny, który przechowywany jest na elektronicznym instrumencie płatniczym, w przyszłości potencjalnie może zastąpić pieniądz gotówkowy jako środek płatniczy w transakcjach elektronicznych. Skutki rozwoju tych instrumentów oceniane są bardzo różnie, spotkać można zarówno poglądy mówiące o tym, iż są one w stanie zaburzyć podaż pieniądza, zmienić współczynniki wymiany walut i przyczynić się do kryzysu finansowego, jak i inne, marginalizujące jego znaczenie i stwierdzające, iż nie różnią się one od innych środków płatniczych, więc ich wpływ na politykę pieniężną jest nieistotny. Wpływ pieniądza elektronicznego na kształtowanie polityki pieniężnej państwa jest jednak zauważalny, czego

wyrazem jest zainteresowanie tą formą pieniądza przez banki centralne oraz Europejski Bank Centralny.

Dla rozwoju i powstania nowych systemów płatniczych niewątpliwie przyczyniło się powstanie i upowszechnienie komunikacji elektronicznej, w szczególności internetu. Wykorzystały go zarówno istniejące przed jego powstaniem systemy, takie jak np. SWIFT, VISA czy MasterCard, które wcześniej korzystały z własnych wewnętrznych łączy telekomunikacyjnych, jak i zupełnie nowe systemy, które rozwinęły się w odpowiedzi na wymagania związane z uczestnictwem w handlu elektronicznym, takie jak np. wydawcy pieniądza elektronicznego, wirtualnych punktów, płatnościach między konsumentami, Virtual escrow, elektronicznych portfelach, wirtualnych kartach kredytowych czy też elektronicznych rachunkach.

W przypadku gdy pieniądz elektroniczny jest wydawany w zamian za pieniądz gotówkowy lub bankowy, nie zmienia on podaży pieniądza. Jeżeli jednak jest wydawany w ramach udzielenia kredytu, wówczas podaż pieniądza się zwiększa. Ponieważ może on być wydawany przez podmioty prywatne, takie jak banki lub instytucje pieniądza elektronicznego, banki centralne tracą w dużym stopniu kontrolę nad podażą pieniądza, co może utrudnić wykonywanie przez nie odpowiedniej polityki pieniężnej i zagrozić stabilności cen. Ponadto z uwagi na to, że koszty wydawania pieniądza elektronicznego są znikome, pojawia się ryzyko nadmiernego wydawania pieniądza elektronicznego przez wydawców. Ograniczone jest ono obowiązkiem zapewnienia przez wydawców wymienialności pieniądza elektronicznego, przez co zmuszeni są oni utrzymywać środki zapewniające wypełnienie tego obowiązku.

Wydawanie pieniądza przez różnych wydawców, cieszących się różnym zaufaniem posiadaczy mogłoby spowodować, iż rzeczywista wartość wydawanego pieniądza elektronicznego byłaby różna od jego wartości nominalnej. Także i takiej sytuacji zapobiega wprowadzenie obowiązku jego wykupu. Na prawidłowe funkcjonowanie systemów płatniczych opartych na pieniądzu elektronicznym składa się również obowiązek zapewnienia odpowiednich zabezpieczeń technicznych. Pojawienie się fałszywego pieniądza elektronicznego lub awarie techniczne spowodować mogą znaczne zaburzenia w funkcjonowaniu tego systemu, które mogą się przenieść na inne systemy.

Pieniądz elektroniczny wpływa również na bilans banku centralnego, gdyż jako substytut banknotów i monet może w znacznym stopniu zastąpić je, szczególnie w płatnościach detalicznych. Zamiana gotówki na pieniądz elektroniczny pochodzący z prywatnej emisji redukuje pieniądz bazowy oraz zmniejsza bilans banku centralnego. Ponieważ pieniądz emitowany przez bank centralny jest składnikiem wszystkich agregatów pieniężnych, zmiana na popyt na pieniądz gotówkowy może na te agregaty wpływać. Dużą rolę na poziom wpływu pieniądza na płynność banków wywiera to, czy istnieje i jaki jest poziom wymogu utrzymywania rezerwy obowiązkowej od stanu wydanego pieniądza elektronicznego. Banki centralne mogą podjąć kilka inicjatyw w celu kontrolowania wpływu pieniądza elektronicznego na ich bilans. Mogą wydawać pieniądz elektroniczny w analogiczny do emisji pieniądza gotówkowego sposób. Istnieje jednak obawa, iż przez to ograniczona zostanie konkurencja oraz zahamowany rozwój tej formy pieniądza przez banki, instytucje kredytowe i instytucje pieniądza elektronicznego, których wpływ jak dotąd był niewątpliwym. Bank centralny może wymagać rezerw obowiązkowych od wydanego pieniądza elektronicznego. Ustalając wysoki poziom tych rezerw można zneutralizować wpływ pieniądza elektronicznego na zapasy pieniądza gotówkowego, jednak działanie takie wywarłoby niekorzystne skutki jeśli chodzi o rozwój tego pieniądza ze względu na obniżenie

dochodowości jego wydawania. Bank centralny może również utrzymywać podaż pieniądza na stałym poziomie poprzez przeprowadzanie odpowiednich operacji pieniężnych.

Prawne regulacje dotyczące rozprzestrzeniania się pieniądza elektronicznego będą trudne do opracowania i przestrzegania z tego względu, że wobec jego elektronicznego rozprzestrzeniania się, w tym poza granice państwa macierzystego instytucji go wydającej bardzo trudno będzie kontrolować walutę pochodzącą z innego państwa. Ponadto rozwój pieniądza elektronicznego jest korzystny dla rozwoju nowoczesnych technologii i nowych form handlu, w szczególności handlu elektronicznego, co przyczynia się do rozwoju gospodarki krajów rozwijających tę formę płatności- stąd nadmierne ograniczenia jego stosowania mogą przyczynić się do zahamowania wzrostu gospodarczego państw. Polityka pieniężna może być ukierunkowana na dwa sposoby- monetarnie lub inflacyjnie. Są to dwa modele, w praktyce występują warianty mieszane. Pieniądz elektroniczny największe znaczenie ma dla polityki pieniężnej ukierunkowanej monetarnie- gdyż w większym stopniu opiera się ona i uzależniona jest od agregatów pieniężnych, zależnych w pewnym stopniu od ilości tego pieniądza. Wpływ na strategię o inflacyjnym ukierunkowaniu jest związany z zakresem, w jakim wykorzystuje ona dane o agregatach pieniężnych jako danych wskaźnikowych.

Zaufanie społeczeństwa do zdefiniowanej prawnie i stabilnej ekonomicznie jednostki pieniężnej jako jednostki rozliczeniowej dla przeprowadzanych transakcji gospodarczych odgrywa istotną rolę dla zapewnienia stabilności finansowej państwa. Na zaufanie to największy wpływ może wywrzeć pieniądz elektroniczny jako nowa forma jednostek pieniężnych używanych w obrocie gospodarczym. Brak jego regulacji prawnej doprowadzić mógłby do różnego traktowania pieniądza elektronicznego w tym obrocie, gdyż w zależności od opinii rynku o instytucji, a w szczególności jej wypłacalności, powodowałby różną cenę jednostek tego pieniądza i różny stopień jego akceptowalności. Stąd podkreśla się obowiązek wykupu pieniądza elektronicznego przez jego wydawcę na życzenie posiadacza.

Elektroniczne instrumenty płatnicze wywierają duży wpływ na systemy płatności, który rośnie wraz z rozwojem bezgotówkowych form płatności. Niewłaściwe zarządzanie tymi systemami, awarie techniczne, braki łączności, błędy wydawców wywrzeć może duży wpływ na stopień zaufania oraz wykorzystywania przez klientów określonych systemów płatności. Wydawcy powinni posiadać odpowiednią stabilność finansową, uzależnioną od rodzaju wydawanego instrumentu i zakresie prowadzonej działalności. Niewątpliwie systemy płatnicze związane z elektronicznymi instrumentami płatniczymi są systemami ważnymi systemowo. Decyduje o tym głównie wartość i charakter płatności przetwarzanych przez system. Zgodnie z założeniami EBC system posiada znaczenie systemowe, gdy spełnia co najmniej jeden z warunków:

- jest jedynym systemem płatniczym w danym kraju lub systemem zasadniczym pod względem zbiorczej wartości płatności;
- poszczególne płatności dokonywane w tym systemie są z reguły wysokokwotowymi, lub
- stosuje się go do rozliczania transakcji rynków finansowych lub innych systemów płatniczych.

Ryzyko związane z zachwianiem prawidłowego funkcjonowania systemu płatniczego polega na tym, że jego użytkownicy mogą być pozbawieni jednego z podstawowych kanałów dokonywania płatności. Ponadto zakłócenia w rozliczaniu transakcji w jednym z systemów

finansowych wywołać może tzw. efekt domina polegającym na tym, iż zaburzenia w rozliczeniach wywołają skutki również w innych systemach. Również nagła utrata zaufania klientów do wydawcy może pociągnąć za sobą niekorzystne skutki, takie jak np. masowe roszczenia wykupu pieniądza elektronicznego. Stąd konieczna jest uniknięcie ryzyka systemowego i ochrona rynków finansowych. Elektroniczne instrumenty płatnicze w największej mierze wpływają na bankowe systemy płatności detalicznych oraz systemy rozliczeń pieniężnych wykorzystywanych przez podmioty niebankowe.

Z uwagi na coraz większą doniosłość wykorzystania elektronicznych instrumentów płatniczych, bardzo ważne staje się wprowadzenie odpowiedniego poziomu kontroli i nadzoru, który z jednej strony byłby wystarczająco skuteczny, z drugiej pozostawiał odpowiedni margines dla powstających nowych rozwiązań technologicznych i ewolucji zarówno samych instrumentów, jak i systemów płatności.

Rozróżnienie zakresu definicji nadzoru i kontroli nie zawsze jest możliwe i często w pewnym zakresie pokrywają się one ze sobą. Występują jednak między nimi charakterystyczne różnice. Niektóre definicje stwierdzają, iż nadzorem są wszystkie czynności dokonywane przez organ hierarchicznie nadrzędny, kontrolą natomiast są także inne czynności o charakterze władczym, dokonywane przez organy leżące poza strukturą hierarchicznego podporządkowania. Według innych nadzór obejmuje kontrolę oraz dodatkowo kompetencje do merytorycznego korygowania działalności podmiotu poddanego nadzorowi. Niezależnie od różnych definicji największą różnicą jest to, iż zakres nadzoru jest szerszy aniżeli kontroli, obejmuje bowiem możliwość oddziaływania na zmianę sytuacji nadzorowanego podmiotu poprzez bezpośrednią ingerencję, a nie jedynie obserwowanie i analizowanie określonych zjawisk oraz sygnalizowanie ich kontrolowanemu podmiotowi.

Nadzór można podzielić na wewnętrzny, właścicielski (corporate governance), sprawowany przez organy wewnętrzne danego podmiotu, takie jak rada nadzorcza lub komisja rewizyjna, na których spoczywa główny ciężar odpowiedzialności za prawidłowe prowadzenie przedsiębiorstwa oraz zewnętrzny, który występuje w przypadku banków, instytucji kredytowych i instytucji pieniądza elektronicznego, sprawowany przez organ zewnętrzny. Zaliczyć do niego można też przepisy o utworzeniu, organizacji i działalności banków, instytucji pieniądza elektronicznego oraz postępowaniu naprawczym, likwidacji i upadłości banków jako wyrażające dbałość o bezpieczeństwo wkładów pieniężnych.

Jednolity rynek finansowy sprawił, iż poza tradycyjnymi celami nadzoru, którymi dla banków i instytucji kredytowych było badanie jednostki nadzorowanej pod względem legalności i ochrony depozytariuszy, dla instytucji pieniądza elektronicznego legalności oraz wywiązywania się z zobowiązań podjętych w wyniku wydawania pieniądza elektronicznego, pojawiły się dodatkowo zniesienie ograniczeń dla tzw. swobód europejskich oraz zapobieżenie nadużyć swobody działalności gospodarczej i naruszania konkurencji. W przypadku instytucji kredytowych wspólnota deklaruje jako cel nadzoru troskę o stabilność systemu bankowego. Celem jest również stworzenie warunków do optymalizacji przepływów zasobów finansowych poprzez stymulowanie zdrowej konkurencji, zmniejszenie możliwości niewypłacalności, utrzymywanie kontroli nad bezpośrednimi i pośrednimi kosztami jakie ponosi państwo z tytułu utrzymywania systemu bezpieczeństwa sektora bankowego oraz istnienia instytucji gwarantowania depozytów i promowanie przejrzystości działań banków poprzez zapewnienie powszechnej dostępności odpowiednich informacji.

Nadzór zewnętrzny nad wydawcami elektronicznych instrumentów płatniczych może przybierać formę nadzoru nad systemami płatności oraz nadzoru ostrożnościowego nad

wydawcą. Nadzór nad systemami płatności (ang. oversight) ma zapewnić sprawne funkcjonowanie systemu jako całości, nie zajmując się poszczególnymi podmiotami w nim uczestniczącymi. Na rynku europejskim sprawowany jest on przez ESCB. Nadzór ostrożnościowy (prudential supervision) sprawowany jest nad poszczególnymi instytucjami, przez niezależne władze państwowe

Podstawową zasadą wykonywania nadzoru ostrożnościowego we Wspólnocie jest zasada nadzoru krajowego. Oznacza ona, że instytucja kredytowa mająca siedzibę w jednym kraju członkowskim Unii Europejskiej podlega nadzorowi ze strony władz kraju macierzystego. Nadzór macierzystych władz nadzorczych obejmuje zwłaszcza stabilność finansową i wypłacalność danej instytucji kredytowej. Macierzyste władze nadzorcze powinny wymagać by każda instytucja kredytowa posiadała bezpieczne procedury administracyjne i rachunkowości oraz adekwatne mechanizmy kontroli wewnętrznej. Postanowienia dyrektywy 2000/12/EC dotyczące nadzoru państwa macierzystego stosuje się do działalności oddziałów, zasady tej natomiast nie stosuje się do filii instytucji kredytowych, które traktowane są tak, jak inne podmioty rynku usług finansowych w danym państwie. Zgodnie z postanowieniami dyrektywy 2000/12/EC możliwe jest jednak poddanie filii nadzorowi ze strony władz państwa macierzystego instytucji kredytowej w przypadku podporządkowania się odpowiednim wymogom stawianym instytucjom finansowym uczestniczącym w holdingach lub innych formach powiązań kooperacyjnych, w szczególności wymogowi objęcia filii jako podmiotu zależnego nadzorem skonsolidowanym. Najważniejszymi przepisami nadzoru ostrożnościowego są wymagania dotyczące funduszy własnych instytucji kredytowych, wspólne normy wypłacalności i koncentracji wierzytelności oraz przepisy o skonsolidowanym nadzorze ostrożnościowym.

Nadzorowi skonsolidowanemu podlega każda instytucja kredytowa, która posiada przedsiębiorstwo zależne będąca instytucją kredytową, instytucją finansową lub posiada udział kapitałowy w takiej instytucji oraz każda instytucja kredytowa, dla której przedsiębiorstwem dominującym jest finansowa spółka holdingowa. W wyjątkowych przypadkach państwa członkowskie lub właściwe władze odpowiedzialne za wykonywanie skonsolidowanego nadzoru mogą postanowić, że instytucje kredytowe, instytucje finansowe lub przedsiębiorstwa pomocniczych usług bankowych, które stanowią przedsiębiorstwo zależne, lub w kapitale których posiadany jest udział kapitałowy, nie muszą być objęte konsolidacją. Właściwość miejscowa nadzoru skonsolidowanego uzależniona jest od statusu przedsiębiorstwa dominującego. Gdy przedsiębiorstwo dominujące jest instytucją kredytową, nadzór skonsolidowany wykonywany jest przez właściwe władze, które udzieliły temu przedsiębiorcy zezwolenia, gdy przedsiębiorstwem dominującym instytucji kredytowej jest finansowa spółka holdingowa, nadzór skonsolidowany wykonywany jest przez właściwe władze, które udzieliły zezwolenia tej instytucji kredytowej, gdy przedsiębiorstwem dominującym instytucji kredytowych, które uzyskały zezwolenie w dwóch lub więcej Państwach Członkowskich jest ta sama finansowa spółka holdingowa, nadzór skonsolidowany wykonywany jest przez właściwe władze właściwe dla instytucji kredytowej posiadającej zezwolenie przyznane w tym Państwie Członkowskim, w którym utworzona została finansowa spółka holdingowa.

Jeśli przedsiębiorstwo dominujące jednej lub więcej instytucji kredytowych jest spółką holdingową o profilu mieszanym, właściwe władze odpowiedzialne za nadzór nad nimi mogą żądać przedstawienia wszelkich informacji niezbędnych do wykonywania nadzoru nad zależnymi instytucjami kredytowymi, z możliwością przeprowadzania weryfikacji tych informacji na miejscu. W celu ułatwienia wykonywania nadzoru skonsolidowanego dyrektywa wprowadza regulacje dotyczące wzajemnego przekazywania przez Państwa

Członkowskie wszelkich stosownych informacji umożliwiających lub ułatwiających wykonywanie nadzoru skonsolidowanego.

Wprowadzenie na obszarze Unii Europejskiej odrębnego systemu nadzoru ostrożnościowego dla instytucji pieniądza elektronicznego uzasadniono tym, iż emisja pieniądza elektronicznego, ze względu na jego szczególny charakter jako elektronicznego surogatu dla monet i banknotów, nie może być uznawana za działalność polegającą na przyjmowaniu depozytów zgodnie z art. 3 dyrektywy 2000/12/WE, jeżeli otrzymane środki pieniężne są natychmiast zamieniane na pieniądz elektroniczny. Uznano, iż z powodu szczególnego ryzyka związanego z emisją pieniądza elektronicznego, system nadzoru ostrożnościowego stosowany wobec instytucji pieniądza elektronicznego powinien być bardziej wyspecjalizowany i mniej uciążliwy niż system nadzoru ostrożnościowego stosowany wobec instytucji kredytowych, szczególnie dotyczący zmniejszenia wymogów kapitału założycielskiego i niewprowadzanie obowiązku stosowania dyrektywy 93/6/EWG jak również tytułu V rozdział 2 część II i III dyrektywy 2000/12/WE. Nadzór ten ma gwarantować integralności i stabilności finansowej instytucji pieniądza elektronicznego oraz zwiększyć zaufanie konsumenta do wymiany pieniądza elektronicznego na gotówkę według jego wartości nominalnej lub poprzez przelanie na rachunek posiadacza jego równowartość w okresie ważności tego pieniądza bez dodatkowych opłat, oprócz tych ściśle związanych z przeprowadzeniem tej operacji.

Rozwiązanie odpowiedniego poziomu kontroli i nadzoru nad elektronicznymi instrumentami płatniczymi jest wyzwaniem, przed którym stoją wszystkie nowoczesne kraje świata, w których nowoczesne technologie zmieniają pojęcie handlu, bankowości i płatności, przenosząc je do środkowiska elektronicznego, rządzącego się nieco innymi regułami, nie znającego ograniczeń terytorialnych, w którym towary i pieniądze przemieszczają się z prędkością światła. Pieniądz dostrzega się z nigdy wcześniej nie występującej perspektywy, jako informację elektroniczną lub jako cały system powiązań pomiędzy wydawcą, posiadaczem i akceptantem, którego ta informacja jest rezultatem. Skuteczna kontrola i nadzór powinna zapewnić bezpieczeństwo i zaufanie wszystkich stron biorących udział w płatnościach z wykorzystaniem elektronicznych instrumentów płatniczych, powinna być również niezależna od przyjętych rozwiązań technologicznych.

Literature:

- Artur Borcuch, Pieniądz elektroniczny. Pieniądz przyszłości - analiza ekonomiczno-prawna, Warszawa: CeDeWu, 2007, 184 strony, ISBN 978-83-60089-87-3.
- Anna Dobaczewska, Instytucja nadzoru bankowego w świetle prawa polskiego i prawa Wspólnoty Europejskiej, Gdańsk, 2004 r.
- Fojcik- Mastalska, Prawo bankowe Unii Europejskiej. Mechanizmy i zakres harmonizacji. UNIMEX, Warszawa 1995 r.
- Jolanta Gliniecka , Bydgoszcz-Gdańsk, Branta, 2004. System bankowy w regulacjach polskich i unijnych, 220 stron, ISBN 83-89073-58-7.
- Goleń P., Status prawny instytucji pieniądza elektronicznego, "Prawo Bankowe", nr 12, 2003 r.

- Rafa Janowicz, Robert Klepacz, Pieniądz elektroniczny na świecie. Istota i zastosowanie elektronicznej portmonetki, Warszawa, Oficyna Wydawnicza "Zarządzanie i Finanse", 2002, 140 stron, ISBN: 83-85776-62-1.
- Anna Maria Jurkowska, Prawo bankowe Unii Europejskiej, Bydgoszcz-Gdańsk, Branta, 2003, stron: 368, ISBN: 83-89073-14-5.
- Paweł Matuszczyk, Grzegorz Matuszczyk, Instrumenty bankowości elektronicznej, Warszawa, CeDeWu, 1006, , 150 stron, ISBN 978-83-60089-14-9.
- Pisuliński J., Kilka uwag o ustawie o elektronicznych instrumentach płatniczych, „Prawo Bankowe” nr 1, 2003 r.

Contact – email

damian.cyman@gmail.com

KONTROLA I NADZÓR NAD WYDAWCAMI ELEKTRONICZNYCH INSTRUMENTÓW PŁATNICZYCH W ŚWIETLE PRAWA EUROPEJSKIEGO

DAMIAN CYMAN

Faculty of Law, Uniwersytet Gdański, Poland

Abstract in original language

Artykuł dotyczy kontroli i nadzoru nad wydawcami elektronicznych instrumentów płatniczych, w świetle prawa wspólnotowego. Dynamiczny rozwój i coraz częstsze wykorzystanie tych instrumentów, łatwość dokonywania płatności oraz mobilność pieniądza elektronicznego powoduje, że kontrola i nadzór powinna obejmować wcześniej nie regulowane obszary. Dla skuteczności wprowadzonych regulacji, należy zbadać wpływ elektronicznych instrumentów płatniczych na politykę pieniężną poszczególnych państw, jak i całego rynku wspólnotowego. Powinny one być na tyle skuteczne, aby pozwalały na zachowanie stabilności finansowej państw, z drugiej strony na tyle elastyczne, aby nie zahamowały rozwoju elektronicznych instrumentów płatniczych, ani wykorzystania nowoczesnych rozwiązań technologicznych.

Key words in original language

Elektroniczne instrumenty płatnicze, kontrola, nadzór ostrożnościowy, pieniądz elektroniczny, karty płatnicze, usługi bankowości elektronicznej, instrument pieniądza elektronicznego.

Abstract

The paper presents some aspects of the supervision framework over issuers of electronic payment instruments in the light of European law. Dynamic development and frequent use of these instruments, easiness of payments and mobility of electronic money makes that supervision should include not regulated before spaces. To make these regulations effective, it is necessary to analyze the influence of electronic payment instruments both on the national and EU monetary policies and whole EU market. It is clear that regulations should be effective to guarantee financial stability of every state. They also should be flexible, that will let for electronic payment instruments efficient future development.

Key words

Electronic payment instruments, control, prudential oversight, electronic money, paying cards, home-banking, electronic money instrument.

Coraz powszechniejsze wykorzystanie elektronicznych instrumentów płatniczych wywiera wciąż rosnący wpływ na politykę pieniężną państwa. W szczególności pieniądz elektroniczny, który przechowywany jest na elektronicznym instrumencie płatniczym, w przyszłości potencjalnie może zastąpić pieniądz gotówkowy jako środek płatniczy w transakcjach elektronicznych. Skutki rozwoju tych instrumentów oceniane są bardzo różnie, spotkać można zarówno poglądy mówiące o tym, iż są one w stanie zaburzyć podaż pieniądza, zmienić współczynniki wymiany walut i przyczynić się do kryzysu finansowego, jak i inne, marginalizujące jego znaczenie i stwierdzające, iż nie różnią się one od innych środków płatniczych, więc ich wpływ na politykę pieniężną jest nieistotny. Wpływ pieniądza elektronicznego na kształtowanie polityki pieniężnej państwa jest jednak zauważalny, czego

wyrazem jest zainteresowanie tą formą pieniądza przez banki centralne oraz Europejski Bank Centralny.

Dla rozwoju i powstania nowych systemów płatniczych niewątpliwie przyczyniło się powstanie i upowszechnienie komunikacji elektronicznej, w szczególności internetu. Wykorzystały go zarówno istniejące przed jego powstaniem systemy, takie jak np. SWIFT, VISA czy MasterCard, które wcześniej korzystały z własnych wewnętrznych łącz telekomunikacyjnych, jak i zupełnie nowe systemy, które rozwinęły się w odpowiedzi na wymagania związane z uczestnictwem w handlu elektronicznym, takie jak np. wydawcy pieniądza elektronicznego, wirtualnych punktów, płatnościach między konsumentami, Virtual escrow, elektronicznych portfelach, wirtualnych kartach kredytowych czy też elektronicznych rachunkach.

W przypadku gdy pieniądz elektroniczny jest wydawany w zamian za pieniądz gotówkowy lub bankowy, nie zmienia on podaży pieniądza. Jeżeli jednak jest wydawany w ramach udzielenia kredytu, wówczas podaż pieniądza się zwiększa. Ponieważ może on być wydawany przez podmioty prywatne, takie jak banki lub instytucje pieniądza elektronicznego, banki centralne tracą w dużym stopniu kontrolę nad podażą pieniądza, co może utrudnić wykonywanie przez nie odpowiedniej polityki pieniężnej i zagrozić stabilności cen. Ponadto z uwagi na to, że koszty wydawania pieniądza elektronicznego są znikome, pojawia się ryzyko nadmiernego wydawania pieniądza elektronicznego przez wydawców. Ograniczone jest ono obowiązkiem zapewnienia przez wydawców wymienialności pieniądza elektronicznego, przez co zmuszeni są oni utrzymywać środki zapewniające wypełnienie tego obowiązku.

Wydawanie pieniądza przez różnych wydawców, cieszących się różnym zaufaniem posiadaczy mogłoby spowodować, iż rzeczywista wartość wydawanego pieniądza elektronicznego byłaby różna od jego wartości nominalnej. Także i takiej sytuacji zapobiega wprowadzenie obowiązku jego wykupu. Na prawidłowe funkcjonowanie systemów płatniczych opartych na pieniądzu elektronicznym składa się również obowiązek zapewnienia odpowiednich zabezpieczeń technicznych. Pojawienie się fałszywego pieniądza elektronicznego lub awarie techniczne spowodować mogą znaczne zaburzenia w funkcjonowaniu tego systemu, które mogą się przenieść na inne systemy.

Pieniądz elektroniczny wpływa również na bilans banku centralnego, gdyż jako substytut banknotów i monet może w znacznym stopniu zastąpić je, szczególnie w płatnościach detalicznych. Zamiana gotówki na pieniądz elektroniczny pochodzący z prywatnej emisji redukuje pieniądz bazowy oraz zmniejsza bilans banku centralnego. Ponieważ pieniądz emitowany przez bank centralny jest składnikiem wszystkich agregatów pieniężnych, zmiana na popyt na pieniądz gotówkowy może na te agregaty wpływać. Dużą rolę na poziom wpływu pieniądza na płynność banków wywiera to, czy istnieje i jaki jest poziom wymogu utrzymywania rezerwy obowiązkowej od stanu wydanego pieniądza elektronicznego. Banki centralne mogą podjąć kilka inicjatyw w celu kontrolowania wpływu pieniądza elektronicznego na ich bilans. Mogą wydawać pieniądz elektroniczny w analogiczny do emisji pieniądza gotówkowego sposób. Istnieje jednak obawa, iż przez to ograniczona zostanie konkurencja oraz zahamowany rozwój tej formy pieniądza przez banki, instytucje kredytowe i instytucje pieniądza elektronicznego, których wpływ jak dotąd był niewątpliwym. Bank centralny może wymagać rezerw obowiązkowych od wydanego pieniądza elektronicznego. Ustalając wysoki poziom tych rezerw można zneutralizować wpływ pieniądza elektronicznego na zapasy pieniądza gotówkowego, jednak działanie takie wywarłoby niekorzystne skutki jeśli chodzi o rozwój tego pieniądza ze względu na obniżenie

dochodowości jego wydawania. Bank centralny może również utrzymywać podaż pieniądza na stałym poziomie poprzez przeprowadzanie odpowiednich operacji pieniężnych.

Prawne regulacje dotyczące rozprzestrzeniania się pieniądza elektronicznego będą trudne do opracowania i przestrzegania z tego względu, że wobec jego elektronicznego rozprzestrzeniania się, w tym poza granice państwa macierzystego instytucji go wydającej bardzo trudno będzie kontrolować walutę pochodzącą z innego państwa. Ponadto rozwój pieniądza elektronicznego jest korzystny dla rozwoju nowoczesnych technologii i nowych form handlu, w szczególności handlu elektronicznego, co przyczynia się do rozwoju gospodarki krajów rozwijających tę formę płatności- stąd nadmierne ograniczenia jego stosowania mogą przyczynić się do zahamowania wzrostu gospodarczego państw. Polityka pieniężna może być ukierunkowana na dwa sposoby- monetarnie lub inflacyjnie. Są to dwa modele, w praktyce występują warianty mieszane. Pieniądz elektroniczny największe znaczenie ma dla polityki pieniężnej ukierunkowanej monetarnie- gdyż w większym stopniu opiera się ona i uzależniona jest od agregatów pieniężnych, zależnych w pewnym stopniu od ilości tego pieniądza. Wpływ na strategię o inflacyjnym ukierunkowaniu jest związany z zakresem, w jakim wykorzystuje ona dane o agregatach pieniężnych jako danych wskaźnikowych.

Zaufanie społeczeństwa do zdefiniowanej prawnie i stabilnej ekonomicznie jednostki pieniężnej jako jednostki rozliczeniowej dla przeprowadzanych transakcji gospodarczych odgrywa istotną rolę dla zapewnienia stabilności finansowej państwa. Na zaufanie to największy wpływ może wywrzeć pieniądz elektroniczny jako nowa forma jednostek pieniężnych używanych w obrocie gospodarczym. Brak jego regulacji prawnej doprowadzić mógłby do różnego traktowania pieniądza elektronicznego w tym obrocie, gdyż w zależności od opinii rynku o instytucji, a w szczególności jej wypłacalności, powodowałby różną cenę jednostek tego pieniądza i różny stopień jego akceptowalności. Stąd podkreśla się obowiązek wykupu pieniądza elektronicznego przez jego wydawcę na życzenie posiadacza.

Elektroniczne instrumenty płatnicze wywierają duży wpływ na systemy płatności, który rośnie wraz z rozwojem bezgotówkowych form płatności. Niewłaściwe zarządzanie tymi systemami, awarie techniczne, braki łączności, błędy wydawców wywrzeć może duży wpływ na stopień zaufania oraz wykorzystywania przez klientów określonych systemów płatności. Wydawcy powinni posiadać odpowiednią stabilność finansową, uzależnioną od rodzaju wydawanego instrumentu i zakresie prowadzonej działalności. Niewątpliwie systemy płatnicze związane z elektronicznymi instrumentami płatniczymi są systemami ważnymi systemowo. Decyduje o tym głównie wartość i charakter płatności przetwarzanych przez system. Zgodnie z założeniami EBC system posiada znaczenie systemowe, gdy spełnia co najmniej jeden z warunków:

- jest jedynym systemem płatniczym w danym kraju lub systemem zasadniczym pod względem zbiorczej wartości płatności;
- poszczególne płatności dokonywane w tym systemie są z reguły wysokokwotowymi, lub
- stosuje się go do rozliczania transakcji rynków finansowych lub innych systemów płatniczych.

Ryzyko związane z zachwianiem prawidłowego funkcjonowania systemu płatniczego polega na tym, że jego użytkownicy mogą być pozbawieni jednego z podstawowych kanałów dokonywania płatności. Ponadto zakłócenia w rozliczaniu transakcji w jednym z systemów

finansowych wywołać może tzw. efekt domina polegającym na tym, iż zaburzenia w rozliczeniach wywołają skutki również w innych systemach. Również nagła utrata zaufania klientów do wydawcy może pociągnąć za sobą niekorzystne skutki, takie jak np. masowe roszczenia wykupu pieniądza elektronicznego. Stąd konieczna jest uniknięcie ryzyka systemowego i ochrona rynków finansowych. Elektroniczne instrumenty płatnicze w największej mierze wpływają na bankowe systemy płatności detalicznych oraz systemy rozliczeń pieniężnych wykorzystywanych przez podmioty niebankowe.

Z uwagi na coraz większą doniosłość wykorzystania elektronicznych instrumentów płatniczych, bardzo ważne staje się wprowadzenie odpowiedniego poziomu kontroli i nadzoru, który z jednej strony byłby wystarczająco skuteczny, z drugiej pozostawiał odpowiedni margines dla powstających nowych rozwiązań technologicznych i ewolucji zarówno samych instrumentów, jak i systemów płatności.

Rozróżnienie zakresu definicji nadzoru i kontroli nie zawsze jest możliwe i często w pewnym zakresie pokrywają się one ze sobą. Występują jednak między nimi charakterystyczne różnice. Niektóre definicje stwierdzają, iż nadzorem są wszystkie czynności dokonywane przez organ hierarchicznie nadrzędny, kontrolą natomiast są także inne czynności o charakterze władczym, dokonywane przez organy leżące poza strukturą hierarchicznego podporządkowania. Według innych nadzór obejmuje kontrolę oraz dodatkowo kompetencje do merytorycznego korygowania działalności podmiotu poddanego nadzorowi. Niezależnie od różnych definicji największą różnicą jest to, iż zakres nadzoru jest szerszy aniżeli kontroli, obejmuje bowiem możliwość oddziaływania na zmianę sytuacji nadzorowanego podmiotu poprzez bezpośrednią ingerencję, a nie jedynie obserwowanie i analizowanie określonych zjawisk oraz sygnalizowanie ich kontrolowanemu podmiotowi.

Nadzór można podzielić na wewnętrzny, właścicielski (corporate governance), sprawowany przez organy wewnętrzne danego podmiotu, takie jak rada nadzorcza lub komisja rewizyjna, na których spoczywa główny ciężar odpowiedzialności za prawidłowe prowadzenie przedsiębiorstwa oraz zewnętrzny, który występuje w przypadku banków, instytucji kredytowych i instytucji pieniądza elektronicznego, sprawowany przez organ zewnętrzny. Zaliczyć do niego można też przepisy o utworzeniu, organizacji i działalności banków, instytucji pieniądza elektronicznego oraz postępowaniu naprawczym, likwidacji i upadłości banków jako wyrażające dbałość o bezpieczeństwo wkładów pieniężnych.

Jednolity rynek finansowy sprawił, iż poza tradycyjnymi celami nadzoru, którymi dla banków i instytucji kredytowych było badanie jednostki nadzorowanej pod względem legalności i ochrony depozytariuszy, dla instytucji pieniądza elektronicznego legalności oraz wywiązywania się z zobowiązań podjętych w wyniku wydawania pieniądza elektronicznego, pojawiły się dodatkowo zniesienie ograniczeń dla tzw. swobód europejskich oraz zapobieżenie nadużyć swobody działalności gospodarczej i naruszania konkurencji. W przypadku instytucji kredytowych wspólnota deklaruje jako cel nadzoru troskę o stabilność systemu bankowego. Celem jest również stworzenie warunków do optymalizacji przepływów zasobów finansowych poprzez stymulowanie zdrowej konkurencji, zmniejszenie możliwości niewypłacalności, utrzymywanie kontroli nad bezpośrednimi i pośrednimi kosztami jakie ponosi państwo z tytułu utrzymywania systemu bezpieczeństwa sektora bankowego oraz istnienia instytucji gwarantowania depozytów i promowanie przejrzystości działań banków poprzez zapewnienie powszechnej dostępności odpowiednich informacji.

Nadzór zewnętrzny nad wydawcami elektronicznych instrumentów płatniczych może przybierać formę nadzoru nad systemami płatności oraz nadzoru ostrożnościowego nad

wydawcą. Nadzór nad systemami płatności (ang. oversight) ma zapewnić sprawne funkcjonowanie systemu jako całości, nie zajmując się poszczególnymi podmiotami w nim uczestniczącymi. Na rynku europejskim sprawowany jest on przez ESCB. Nadzór ostrożnościowy (prudential supervision) sprawowany jest nad poszczególnymi instytucjami, przez niezależne władze państwowe

Podstawową zasadą wykonywania nadzoru ostrożnościowego we Wspólnocie jest zasada nadzoru krajowego. Oznacza ona, że instytucja kredytowa mająca siedzibę w jednym kraju członkowskim Unii Europejskiej podlega nadzorowi ze strony władz kraju macierzystego. Nadzór macierzystych władz nadzorczych obejmuje zwłaszcza stabilność finansową i wypłacalność danej instytucji kredytowej. Macierzyste władze nadzorcze powinny wymagać by każda instytucja kredytowa posiadała bezpieczne procedury administracyjne i rachunkowości oraz adekwatne mechanizmy kontroli wewnętrznej. Postanowienia dyrektywy 2000/12/EC dotyczące nadzoru państwa macierzystego stosuje się do działalności oddziałów, zasady tej natomiast nie stosuje się do filii instytucji kredytowych, które traktowane są tak, jak inne podmioty rynku usług finansowych w danym państwie. Zgodnie z postanowieniami dyrektywy 2000/12/EC możliwe jest jednak poddanie filii nadzorowi ze strony władz państwa macierzystego instytucji kredytowej w przypadku podporządkowania się odpowiednim wymogom stawianym instytucjom finansowym uczestniczącym w holdingach lub innych formach powiązań kooperacyjnych, w szczególności wymogowi objęcia filii jako podmiotu zależnego nadzorem skonsolidowanym. Najważniejszymi przepisami nadzoru ostrożnościowego są wymagania dotyczące funduszy własnych instytucji kredytowych, wspólne normy wypłacalności i koncentracji wierzytelności oraz przepisy o skonsolidowanym nadzorze ostrożnościowym.

Nadzorowi skonsolidowanemu podlega każda instytucja kredytowa, która posiada przedsiębiorstwo zależne będąca instytucją kredytową, instytucją finansową lub posiada udział kapitałowy w takiej instytucji oraz każda instytucja kredytowa, dla której przedsiębiorstwem dominującym jest finansowa spółka holdingowa. W wyjątkowych przypadkach państwa członkowskie lub właściwe władze odpowiedzialne za wykonywanie skonsolidowanego nadzoru mogą postanowić, że instytucje kredytowe, instytucje finansowe lub przedsiębiorstwa pomocniczych usług bankowych, które stanowią przedsiębiorstwo zależne, lub w kapitale których posiadany jest udział kapitałowy, nie muszą być objęte konsolidacją. Właściwość miejscowa nadzoru skonsolidowanego uzależniona jest od statusu przedsiębiorstwa dominującego. Gdy przedsiębiorstwo dominujące jest instytucją kredytową, nadzór skonsolidowany wykonywany jest przez właściwe władze, które udzieliły temu przedsiębiorcy zezwolenia, gdy przedsiębiorstwem dominującym instytucji kredytowej jest finansowa spółka holdingowa, nadzór skonsolidowany wykonywany jest przez właściwe władze, które udzieliły zezwolenia tej instytucji kredytowej, gdy przedsiębiorstwem dominującym instytucji kredytowych, które uzyskały zezwolenie w dwóch lub więcej Państwach Członkowskich jest ta sama finansowa spółka holdingowa, nadzór skonsolidowany wykonywany jest przez właściwe władze właściwe dla instytucji kredytowej posiadającej zezwolenie przyznane w tym Państwie Członkowskim, w którym utworzona została finansowa spółka holdingowa.

Jeśli przedsiębiorstwo dominujące jednej lub więcej instytucji kredytowych jest spółką holdingową o profilu mieszanym, właściwe władze odpowiedzialne za nadzór nad nimi mogą żądać przedstawienia wszelkich informacji niezbędnych do wykonywania nadzoru nad zależnymi instytucjami kredytowymi, z możliwością przeprowadzania weryfikacji tych informacji na miejscu. W celu ułatwienia wykonywania nadzoru skonsolidowanego dyrektywa wprowadza regulacje dotyczące wzajemnego przekazywania przez Państwa

Członkowskie wszelkich stosownych informacji umożliwiających lub ułatwiających wykonywanie nadzoru skonsolidowanego.

Wprowadzenie na obszarze Unii Europejskiej odrębnego systemu nadzoru ostrożnościowego dla instytucji pieniądza elektronicznego uzasadniono tym, iż emisja pieniądza elektronicznego, ze względu na jego szczególny charakter jako elektronicznego surogatu dla monet i banknotów, nie może być uznawana za działalność polegającą na przyjmowaniu depozytów zgodnie z art. 3 dyrektywy 2000/12/WE, jeżeli otrzymane środki pieniężne są natychmiast zamieniane na pieniądz elektroniczny. Uznano, iż z powodu szczególnego ryzyka związanego z emisją pieniądza elektronicznego, system nadzoru ostrożnościowego stosowany wobec instytucji pieniądza elektronicznego powinien być bardziej wyspecjalizowany i mniej uciążliwy niż system nadzoru ostrożnościowego stosowany wobec instytucji kredytowych, szczególnie dotyczący zmniejszenia wymogów kapitału założycielskiego i niewprowadzanie obowiązku stosowania dyrektywy 93/6/EWG jak również tytułu V rozdział 2 część II i III dyrektywy 2000/12/WE. Nadzór ten ma gwarantować integralności i stabilności finansowej instytucji pieniądza elektronicznego oraz zwiększyć zaufanie konsumenta do wymiany pieniądza elektronicznego na gotówkę według jego wartości nominalnej lub poprzez przelanie na rachunek posiadacza jego równowartość w okresie ważności tego pieniądza bez dodatkowych opłat, oprócz tych ściśle związanych z przeprowadzeniem tej operacji.

Rozwiązanie odpowiedniego poziomu kontroli i nadzoru nad elektronicznymi instrumentami płatniczymi jest wyzwaniem, przed którym stoją wszystkie nowoczesne kraje świata, w których nowoczesne technologie zmieniają pojęcie handlu, bankowości i płatności, przenosząc je do środowiska elektronicznego, rządzącego się nieco innymi regułami, nie znającego ograniczeń terytorialnych, w którym towary i pieniądze przemieszczają się z prędkością światła. Pieniądz dostrzega się z nigdy wcześniej nie występującej perspektywy, jako informację elektroniczną lub jako cały system powiązań pomiędzy wydawcą, posiadaczem i akceptantem, którego ta informacja jest rezultatem. Skuteczna kontrola i nadzór powinna zapewnić bezpieczeństwo i zaufanie wszystkich stron biorących udział w płatnościach z wykorzystaniem elektronicznych instrumentów płatniczych, powinna być również niezależna od przyjętych rozwiązań technologicznych.

Literature:

- Artur Borcuch, Pieniądz elektroniczny. Pieniądz przyszłości - analiza ekonomiczno-prawna, Warszawa: CeDeWu, 2007, , 184 strony, ISBN 978-83-60089-87-3.
- Anna Dobaczewska, Instytucja nadzoru bankowego w świetle prawa polskiego i prawa Wspólnoty Europejskiej, Gdańsk, 2004 r.
- Fojcik- Mastalska, Prawo bankowe Unii Europejskiej. Mechanizmy i zakres harmonizacji. UNIMEX, Warszawa 1995 r.
- Jolanta Gliniecka , Bydgoszcz-Gdańsk, Branta, 2004. System bankowy w regulacjach polskich i unijnych, 220 stron, ISBN 83-89073-58-7.
- Goleń P., Status prawny instytucji pieniądza elektronicznego, "Prawo Bankowe", nr 12, 2003 r.

- Rafa Janowicz, Robert Klepacz, Pieniądz elektroniczny na świecie. Istota i zastosowanie elektronicznej portmonetki, Warszawa, Oficyna Wydawnicza "Zarządzanie i Finanse", 2002, 140 stron, ISBN: 83-85776-62-1.
- Anna Maria Jurkowska, Prawo bankowe Unii Europejskiej, Bydgoszcz-Gdańsk, Branta, 2003, stron: 368, ISBN: 83-89073-14-5.
- Paweł Matuszczyk, Grzegorz Matuszczyk, Instrumenty bankowości elektronicznej, Warszawa, CeDeWu, 1006, 150 stron, ISBN 978-83-60089-14-9.
- Pisuliński J., Kilka uwag o ustawie o elektronicznych instrumentach płatniczych, „Prawo Bankowe” nr 1, 2003 r.

Contact – email

damian.cyman@gmail.com

VYMEZENÍ SPRÁVY DANÍ Z HLEDISKA ORGANIZAČNÍHO A FUNKČNÍHO

DAMIAN CZUDEK

Právnická fakulta Masarykovy univerzity, Česká republika

Abstrakt v rodném jazyce

Příspěvek se zabývá správou daní, kde základním předpisem je zákon č. 337/1992 Sb., o správě daní a poplatků, ve znění pozdějších předpisů, ale také dle zákonů upravujících správu daní, kterou jsou pověřeny jiné subjekty (obecní úřady, soudy) než orgány primárně se správou daní zabývající (finanční úřady). K lepšímu pohledu na celou problematiku bylo nutné přistoupit k výkladu pojmů jako jsou daň, správa daní. Hlavním tématem je však rozvrstvení a rozštěpení správy daní – stránka organizační, a také funkce a postupy subjektů spravujících daně – funkční hledisko.

Klíčová slova v rodném jazyce

Daň stricto sensu, daň sensu largo, správa daní, správce daně.

Abstract

This contribution deals with tax administration primarily determined by Act no. 337/1992 Coll., as amended, Tax and Fee Administration (that regulate tax administration by subjects primarily created to tax administration – tax offices mainly), but also by other Acts which regulate tax administration executed by different subjects not primarily designated to tax administration (courts, councils). Firstly, for better understanding, it's highly desirable to describe certain terms as a tax and tax administration. But the main topic is primarily focused on tax administration hierarchisation and fragmentation – material concept and also functions and proceedings of subject administrating taxes - functional concept.

Key words

Tax stricto sensu, tax sensu largo, tax administration, tax administrator.

1. POJEM „SPRÁVA DANÍ“

Abychom si mohli objasnit pojem správa daní, je třeba nejdříve přistoupit k výkladu tykajícího se ústředního pojmu správy daní a tím je „daň“. V minulosti se místo pojmu daň používal pojem berně. Pod tímto archaismem je třeba rozumět dnešní pojetí daně sensu largo. Berně byly chápány jako jakékoli povinné platby ve prospěch veřejných fondů. Zákon pak stanovil jejich objektivní, subjektivní stránku, velikost, platební dispozici a také odpovědností následky a sankce při nesplnění povinnosti vyplývajících ze zákona. Objektivní stránka vymezuje podmínky, kdy a za co je třeba berně odvést, správci příjmu, kdy mu vzniká nárok tyto berně vybrat od osoby povinné. Subjektivní stránka určuje povinný subjekt, který je povinen zaplatit berně v určité výši. Pojem výše, neboli velikost berně, označuje způsob stanovení základu a také výpočtu berně – její sazbu. Platební dispozice jsou zákonem stanovené způsoby platby – peněžní jednotka, splatnost berně a způsob převodu peněžních prostředků.¹ Berně tak mají nejčastěji charakter daní nebo poplatků. Zákonodárce tento pojem však nepřevzal a v zákoně o správě daní a poplatků operuje legislativní zkratkou „daň“. Pod

¹ Mrkývka, P., Finanční správa. Brno : Masarykova univerzita, 1997, s. 133

tímto pojmem je třeba rozumět daně (stricto sensu), poplatky (správní, místní, soudní), odvody, zálohy na tyto příjmy a odvody za porušení rozpočtové kázně². Tyto daně, ve smyslu legislativní zkratky, musí být příjmem státního rozpočtu, státních finančních aktiv nebo rezervních fondů organizačních složek státu, rozpočtů územních samosprávných celků, státních fondů nebo Národního fondu.³ S daní sensu largo je úzce spjat pojem příslušenství daně.⁴ Není ono ale daní, protože výčet, co se za daň stricto sensu dá považovat, je výčtem taxativním. O příslušenství daně bude tedy rozhodováno podle ZSDP a ne podle zákona č. 500/2004 Sb., správní řád, ve znění pozdějších předpisů (dále jen SŘ). Daň stricto sensu lze definovat jako povinnou a nenávratnou více méně pravidelnou platbu, kterou vybírají státní nebo jiné veřejné orgány od fyzických a právnických osob a je příjmem veřejného rozpočtu. Jedná se o platbu bez ekvivalentního protiplnění. Naproti tomu je poplatek platbou nepravidelnou, spíše nahodilou, protiplněním je zde úkon orgánu, který byl zpoplatněn. Důležité je upozornit na ústavní zásadu obsaženou v čl. 11 odst. 5 Listiny, že daně a poplatky lze ukládat jen na základě zákona.

2. FUNKČNÍ HLEDISKO SPRÁVY DANÍ

Správa daní je jedním z dílů veřejné správy, kterou se ve společnosti zorganizované ve stát rozumí správa veřejných záležitostí, realizovaná jako projev výkonné moci ve státě, přičemž správu daní od jiných dílů veřejné správy odlišuje zejména její předmět, kterým je především daň sensu largo.⁵ Správa daní se proto bude řídit obecnými principy veřejné správy vycházejícími ze správního řádu, doplněnými a upřesněnými o obecné principy správy daní podle zákona o správě daní a poplatků a zvláštní správou daní obsaženou v jednotlivých daňových zákonech. Základním předpisem regulujícím správu daní je zákon o správě daní a poplatků, který není však pouze normou práva procesního, jak by se na první pohled zdálo, ale obsahuje také prvky a ustanovení práva hmotného, která řídí rámcový model správy daní a jeho činnosti.⁶

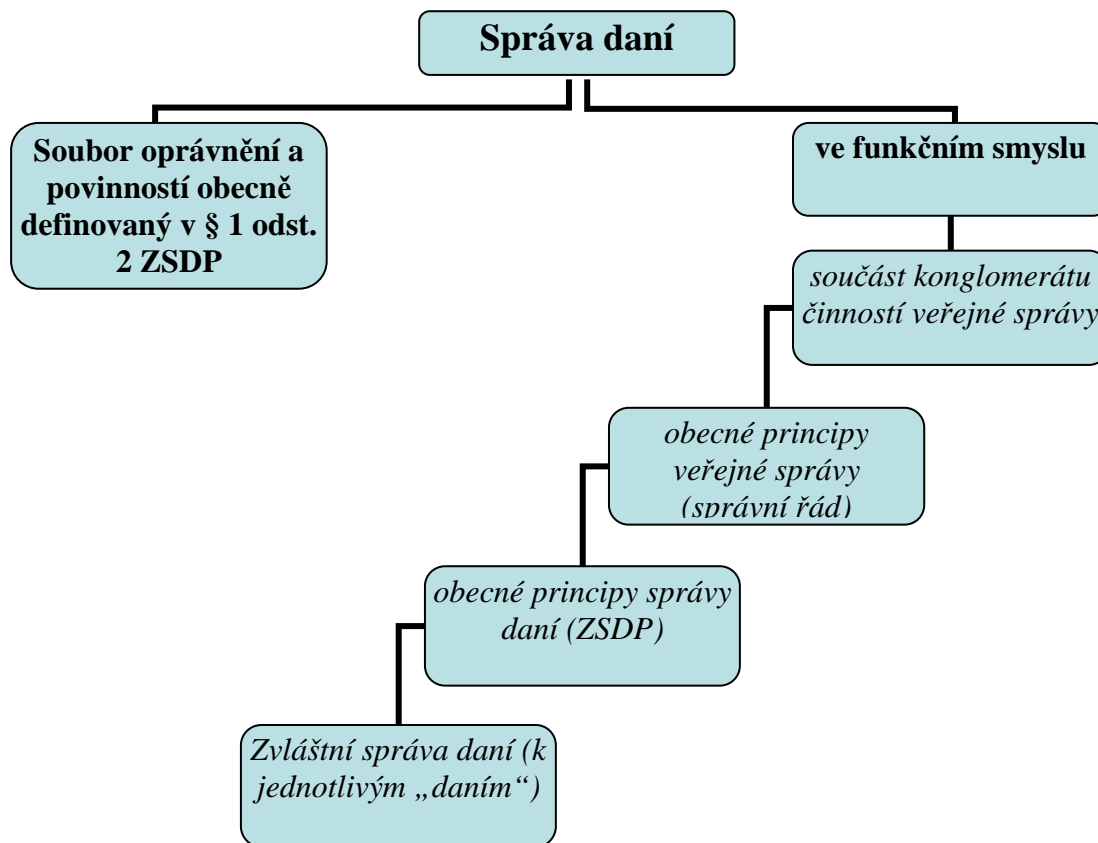
² § 44 zákona č. 218/2000 Sb., o rozpočtových pravidlech a o změně některých souvisejících zákonů (rozpočtová pravidla).

³ § 1 odst. 1 zákona č. 337/1992 Sb., o správě daní a poplatků, ve znění pozdějších předpisů (dále jen ZSDP).

⁴ „Příslušenstvím daně se rozumí penále, zvýšení daně, náklady daňového řízení, úroky a pokuty uložené podle tohoto nebo jiného daňového zákona. Příslušenství daně, s výjimkou pokut, sleduje osud daně, nestanoví-li správce daně svým rozhodnutím jinak. Zvláštní zákon může stanovit u příslušenství daně jeho rozpočtové určení odchylně od rozpočtového určení daně, k němuž bylo vyměřeno.“

⁵ Mrkývka, P. a kol. Finanční právo a finanční správa, 2.díl. Brno: Masarykova univerzita v Brně, 2004, s. 27-28.

⁶ Mrkývka, P., Urzędowe interpretacje prawa podatkowego w Republice Czeskiej, In sborník „Urzędowe interpretacje prawa podatkowego w Polsce i innych wybranych krajach Europy Środkowej i Wschodniej”, Białystok: Temida 2, 2006, s. 105.



Správu daní formuluje zákon a správě daní a poplatků jako právo činit opatření potřebná ke správnému a úplnému zjištění, stanovení a splnění daňových povinností, zejména právo vyhledávat daňové subjekty, daně vyměřit, vybrat, vyúčtovat, vymáhat nebo kontrolovat podle tohoto zákona jejich splnění ve stanovené výši a době.⁷ Pojem „právo“ je zde třeba rozumět jako soubor oprávnění a povinností – kompetence. Nelze jej považovat za subjektivní právo, jak je někdy nesprávně vykládáno. Správce daně nemá na výběr zda něco konat bude nebo nebude. Může, resp. musí „pouze“ konat v souladu se zákonem, v opačném případě bude nečinný. Výslovně to vyplývá ze zákona č. 531/1990 Sb., o územních finančních orgánech, ve znění pozdějších předpisů (dále jen ÚzFinOrg), avšak jen pro finanční úřady a finanční ředitelství.⁸

Správa daní je z funkčního hlediska uspořádána do několika etap procesu výkonu správy daně. Zákonodárce je v názvech jednotlivých částí ZSDP nazývá řízeními. Nadpis, tak jako poznámka pod čarou, nemá právní závaznost a pro nás je důležitý a směrodatný pouze obsah jednotlivých ustanovení. Toto označení je třeba považovat za nepřesné, a to z toho důvodu, že zde upravuje nejen procesní postupy daňového řízení, ale i jiné postupy, které daňovým řízením nejsou, a míchá zde i hmotněprávní regulaci, prakticky tak jako v celém ZSDP, které je třeba považovat za předpis na pomezí hmotného a procesního práva. Řazení jednotlivých institutů postrádá také logiku a je poněkud zmatené. Lze to jednoduše dovést už tím, že když

⁷ § 1 odst. 2 ZSDP, ve znění pozdějších předpisů

⁸ § 1 odst. 1 písm. a), ÚzFinOrg, ve znění pozdějších předpisů : „Územní finanční orgány jsou správní úřady, které vykonávají správu daní podle zvláštního právního předpisu...“

budeme chronologicky postupovat jednotlivými etapami řízení, budeme nuceni neustále v zákoně, sem a tam, listovat. Úprava v ZSDP je subsidiární k jiným zákonům, které regulují správu daně a řízení, myšleno konkrétní daň nebo poplatek.⁹ Nutno také poznamenat, že je vyloučeno subsidiární použití správního řádu, s výjimkou postupu podle §175 při vyřizování stížnosti.¹⁰ Správu daní tak lze rozdělit do následujících etap: registrace daňových subjektů, vyměřování daní, inkasní správa.

3. SPRÁVCE DANĚ

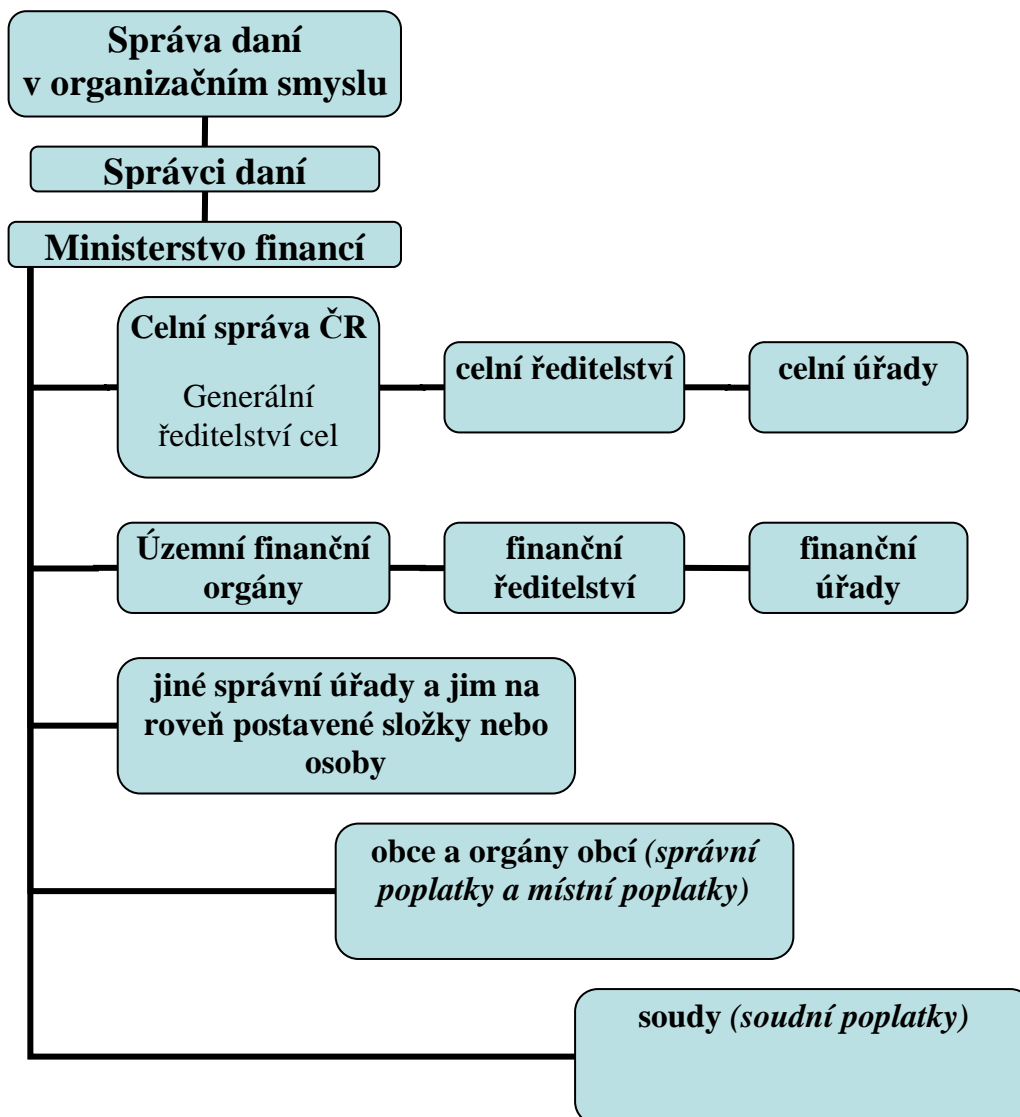
Tak jako pojem „daň“ definuje zákon a správě daní a poplatků i pojem „správce daně“. Jsou jimi územní finanční orgány¹¹ a další správní i jiné státní orgány České republiky, jakož i orgány územních samosprávných celků věcně příslušné podle zvláštních zákonů ke správě daní.¹²

⁹ Mrkývka, P. a kol., Finanční právo a finanční správa, 2. díl, Masarykova univerzita, 2004, str. 32 - 33.

¹⁰ § 99 ZSDP, ve znění pozdějších předpisů.

¹¹ § 2 z.č. 531/1990 Sb., ÚzFinOrg, - „Soustavu územních finančních orgánů tvoří finanční úřady a finanční ředitelství.“

¹² § 1 odst. 3 ZSDP, ve znění pozdějších předpisů.



Z dikce tohoto ustanovení vyplývá, že se nepředpokládá, že by správu daní měly provádět orgány krajů.

Ústředním orgánem státní správy pro daně, poplatky a clo, finanční hospodaření a finanční kontrolu je ministerstvo financí.¹³ Kromě jeho mnoha dalších úkolů, ministerstvo řídí finanční ředitelství a vykonává správu daní podle ZSDP. V oblasti cel mnohé pravomoci ministerstva přešly po reformě spojené se vstupem do Evropské unie na nově konstituovaný správní úřad, který je přímo podřízen ministerstvu, a tím je Generální ředitelství cel. Dalšími orgány správy daní, lze říci, že nejčastěji věcně příslušnými, jsou územní finanční orgány, a to, jak již vyplývá z výše citovaného ustanovení § 2 ÚzFinOrg, finanční ředitelství a finanční úřady. Jejich působnost stanovuje § 1 ÚzFinOrg. Náš systém správy daní není sestaven z jedné orgánů specializovaných výlučně na výkon správy daní, nýbrž je koncipován jako kombinace orgánů primárně na správu daní zaměřených a orgánů, které vykonávají jiné činnosti veřejné správy nebo se jedná o orgány soudní. Takovými specializovanými správními orgány s odvětvovou působností v oblasti cel jsou celní úřady, celní ředitelství a Generální ředitelství

¹³ § 4 odst. 1 zákona č. 2/1969 Sb., o zřízení ministerstev a jiných ústředních orgánů státní správy České republiky, ve znění pozdějších předpisů.

cel. Jejich pravomoc a působnost vyplývá především ze zákona o celní správě¹⁴, z dalších celních předpisů zejména celního zákona¹⁵, zákona o správě daní a poplatků, některých daňových zákonů a dalších předpisů. Věcnou příslušnost mají v případě daně z přidané hodnoty, spotřebních daní při dovozu a vývozu a silniční daně u poplatníků fyzických osob majících bydliště a právnických osob sídlo v zahraničí. Nově taky k 1.1.2008 zajišťují správu daní ekologických – daň ze zemního plynu, pevných paliv a elektřiny. Výběrem správních poplatků jsou zákonem č. 634/2004 Sb., o správních poplatcích, ve znění pozdějších předpisů, pověřeny orgány moci výkonné, orgány územních samosprávních celků a orgány právnických osob, pokud vykonávají působnost v oblasti státní správy. Věcnou příslušnost k výběru místních poplatků má obec.¹⁶ Soudní poplatky vybírají soudy, a to prvoinstanční, pokud není zákonem stanoveno jinak.¹⁷

Je třeba také upozornit na to, že správce daně není právnickou osobou. V případě, že je státním orgánem, platí § 3 odst. 2 zákona č. 219/2000 Sb., o majetku české republiky a jejím vystupování v právních vztazích, ve znění pozdějších předpisů, který říká, že organizační složky státu nejsou právnickými osobami. Totéž platí ohledně orgánu obcí.¹⁸ Správci daně je přiznána pouze procesní způsobilost. Jedná se ale o občanské soudní řízení.¹⁹ Odpovídající ustanovení nacházíme v občanském soudním řádu.²⁰ Zákon tuto způsobilost přiznává jen ve věcech správy daní.

Místní příslušnost je určena vztahem věcně příslušného správce daně k rozhodované věci z hlediska jeho prostorové působnosti a lze ji rozdělit na obecnou a zvláštní. Určení místní příslušnosti je důležité z toho důvodu, že akt vydaný místně nepříslušným orgánem bude nulitní. V ZSDP se místní příslušnost rozpadá do dvou kategorií, a to na obecnou, která se řídí § 4 odst. 1 - 4 ZSDP, a zvláštní, která je vymezena v následujících odstavcích téhož paragrafu nebo může vyplývat ze zvláštního zákona.

Místně příslušným je u právnické osoby ten úřad, v jehož obvodu má právnická osoba sídlo v České republice, u fyzické osoby ten, kde se nachází její bydliště v České republice, jinak v jehož obvodu se fyzická osoba převážně zdržuje, tj. v němž pobývá nejvíce dnů. Pod pojem „bydliště“ chápe ZSDP místo trvalého pobytu.²¹ Obsah tohoto pojmu není však v pojetí ZSDP a jiných procesních předpisů totožný s „trvalým pobytem“, tak jak jej užívají normy správního práva upravující evidenci obyvatel. Bydlištěm bude tedy místo, kde má fyzická osoba rodinu, zaměstnání, kde pracuje či studuje, pokud tam i bydlí. Z judikatury také vyplývá, že ve všech případech je třeba hledat úmysl osoby v daném místě se trvale

¹⁴ Zákon č. 185/2005 Sb., o celní správě, ve znění pozdějších předpisů.

¹⁵ Zákon č. 13/1993 Sb., celní zákon, ve znění pozdějších předpisů.

¹⁶ Zákon č. 565/1990 Sb., o místních poplatcích, ve znění pozdějších předpisů.

¹⁷ Zákon č. 549/1991 Sb., o soudních poplatcích, ve znění pozdějších předpisů.

¹⁸ Kindl, M., Telecký, D., Válková, H. Zákon o správě daní a poplatků, komentář, 1. vyd. – Praha: C.H.Beck, 2002, str. 15.

¹⁹ § 1 odst. 2 ZSDP, ve znění pozdějších předpisů.

²⁰ § 19 z. č. 99/1963 Sb., občanský soudní řád, ve znění pozdějších předpisů: „Způsobilost být účastníkem řízení má ten, kdo má způsobilost mít práva a povinnosti, jinak ten, komu ji zákon přiznává.“

²¹ § 4 odst. 1 ZSDP, ve znění pozdějších předpisů.

zdržovat.²² Nelze-li určit místně příslušný orgán správy daní, je třeba postupovat podle odst. 3 téhož paragrafu. Místní příslušnost se následně bude řídit místem, kde má subjekt stálou provozovnu,²³ nebo místem, kde je vykonávána hlavní část jeho činnosti na území České republiky, jež je předmětem zdanění, případně místem, kde se nachází převážná část jeho nemovitostí. Pokud nelze ani takto určit příslušnost, je příslušný Finanční úřad pro Prahu 1.²⁴ Jedná se převážně o tzv. nerezidenty.²⁵

Zvláštní místní příslušnost nastoupí v případě, že subjekt povinný k dani překročí státní hranice; u daní, kde je předmětem nemovitost, u daní transferových jakými jsou daň dědická, darovací a daň z převodu nemovitostí; u poplatků, když je určitý úkon zpoplatněn; u místních poplatků, když je zaveden orgánem obce.

Dále zákon upravuje i situaci, kdy místně příslušných úřadů k téže dani a téhož daňového subjektu může být více. Jedná se o tzv. kompetenční spory. Tyto spory řeší orgán jim nejbližší nadřízený a v nejvyšším stupni Ministerstvo financí. Místní příslušnost je možno za určitých podmínek prolomit institutem delegace. Na návrh daňového subjektu nebo z podnětu správce daně může správce daně vyššího stupně nadřízený oběma správčům daně delegovat místní příslušnost ke správě daně na jiného, pokud shledá důvody takového návrhu opodstatněnými.²⁶

Literatura:

- Bakoš, M. a kol. Finanční právo. 4.vyd. – Praha, C.H.Beck, 2006.
- Kindl, M., Telecký, D., Válková, H. Zákon o správě daní a poplatků, komentář, 1.vyd. – Praha, C.H.Beck, 2002.
- Kobík, J. Správa daní a poplatků s komentářem. Praha: Nakladatelství ANAG, 2001.
- Mrkývka, P., Finanční správa. Brno: Masarykova univerzita, 1997.
- Mrkývka, P. a kol. Finanční právo a finanční správa, 2.díl. Brno: Masarykova univerzita v Brně, 2004.
- Mrkývka, P., Urzędowe interpretacje prawa podatkowego w Republice Czeskiej, In sborník „Urzędowe interpretacje prawa podatkowego w Polsce i innych wybranych krajach Europy Środkowej i Wschodniej”, Białystok: Temida 2, 2006.
- LEGIS.CZ s.r.o. Vysvětlení hesla řízení vyměřovací [citováno 4. března]. Dostupný z: <http://www.pojmy.legis.cz/rizeni-vymerovaci.php>.
- zákon č. 337/1992 Sb., o správě daní a poplatků, ve znění pozdějších předpisů.

²² Kindl, M., Telecký, D., Válková, H. Zákon o správě daní a poplatků, komentář, 1.vyd. – Praha, C.H.Beck, 2002, str. 28.

²³ § 22 odst. 2 zákona č. 586/1992 Sb., o daních z příjmu, ve znění pozdějších předpisů.

²⁴ § 4 odst. 3,4 ZSDP, ve znění pozdějších předpisů.

²⁵ Fyzické osoby, které nemají v České republice bydliště nebo se zde ani nezdržují a právnické osoby, které zde nemají sídlo.

²⁶ § 5 odst. 3 ZSDP, ve znění pozdějších předpisů.

- zákon č. 500/2004 Sb., správní řád, ve znění pozdějších předpisů.
- zákon č. 218/2000 Sb., o rozpočtových pravidlech a o změně některých souvisejících zákonů.
- zákon č. 531/1990 Sb., o územních finančních orgánech, ve znění pozdějších předpisů.
- zákon č. 2/1969 Sb., o zřízení ministerstev a jiných ústředních orgánů státní správy České republiky, ve znění pozdějších předpisů.
- zákon č. 219/2000 Sb., o majetku české republiky a jejím vystupování v právních vztazích, ve znění pozdějších předpisů.
- zákon č. 185/2005 Sb., o celní správě, ve znění pozdějších předpisů.
- zákon č. 13/1993 Sb., celní zákon, ve znění pozdějších předpisů.
- zákon č. 565/1990 Sb., o místních poplatcích, ve znění pozdějších předpisů.
- zákon č. 549/1991 Sb., o soudních poplatcích, ve znění pozdějších předpisů.

Kontaktní údaje na autora – email:

damian.czudek@law.muni.cz

PRÁVNE ASPEKTY TRESTANIA NA FINANČNOM TRHU (NÁČRT VYBRANÝCH PROBLÉMOV)

EUBOMÍR ČUNDERLÍK

Právnická fakulta, Univerzita Komenského v Bratislave, Slovenská republika

Abstrakt v rodném jazyce

Článek pojednává o právních aspektech trestania na finančnom trhu. Autor prezentuje vybrané problémy regulácie finančného trhu v oblasti trestania orgánom štátu, zvlášť orgánom dohľadu nad finančným trhom v Slovenskej republike. Týchto problémov je niekoľko. Najpodstatnejším pre právnú vedu je povaha právnych sankcií a ich ustanovení. Všeobecne sú považované za časť finančného alebo správneho práva. Nemecká odborná literatúra pozná tiež tzv. trestné právo kapitálového trhu. V ostatnom texte článku sa pojednáva o konkrétnych problémoch v relevantnej slovenskej legislatíve.

Klíčová slova v rodném jazyce

Právne aspekty trestania, finančný trh, kapitálový trh, dohľad a regulácia finančného trhu, sankcie, nemecká právna úprava, správne právo, trestné právo, finančné právo.

Abstract

The article deals with legal aspects of penalization on financial market. Author presents chosen problems of the financial market regulation in the area of penalization by the state authority, especially by the financial market supervisory authority in the Slovak republic. There are several problems. The most significant for law theory is the nature of legal sanctions and its provisions. Generally are considered as a part of financial law or administrative law. German scientific literature also knows so called capital market criminal law. The rest of the article deals with concrete problems in the Slovak legislative.

Key words

Legal aspects of penalization, financial market, capital market, financial market supervision and regulation, sanctions, German law regulation, administrative law, criminal law, financial law.

1. ÚVOD ALEBO O FAKTOROCH NEDOSTATOČNOSTI PRÁVNEJ ÚPRAVY POSTIHU NA FINANČNOM TRHU

Problémom právnej úpravy trestania na finančnom trhu* je v súčasnosti venovaný skutočne pomerne malý priestor tak v akademickej právnickej literatúre ako aj v praxi, ktorá sa obmedzuje len na reštriktívnu aplikáciu sankčných ustanovení. Chýba skutočne detailnejšie prepracovanie, ktoré by napomohlo potrebám orgánov aplikácie tejto časti práva.

Domnievam sa, že ide o dôsledok viacerých faktorov, ktoré sa pokúsím pomenovať nasledovne:

* Príspevok bol vypracovaný v súvislosti s riešením grantu Univerzity Komenského č. 236/2008 s názvom „Regulácia finančného trhu a jeho administratívno-právna a trestnoprávna ochrana – teoreticko-praktické aspekty slovenskej právnej úpravy v nadväznosti na právo ES a EÚ a jej komparácia s nemeckou právnou úpravou.“

- relatívne **nový inštitút finančného trhu** a s tým spojená jeho „mladá“ právna úprava vrátane právneho postihu na finančnom trhu,¹
- s tým súvisí aj **problém interpretácie** niektorých, najmä európskym právom podmienených finančnoprávných ustanovení,
- **existencia malého a nediferencovaného finančného trhu**, medzi ktorého jednotlivými segmentmi stále dominuje bankovníctvo (komerčná banková sféra v Slovenskej republike spravuje cca. 80% všetkých finančných aktív²); kapitálový trh sa vyznačuje nízkym stupňom likvidity a nízkym počtom obchodovaných titulov, čo spôsobuje zriedkavý výskyt niektorých konaní (napr. manipulácií s kurzom akcií, zneužívania dôverných informácií),
- výsledkom toho sú tak **nedostatočné praktické skúsenosti** pri aplikácii niektorých inštitútov finančného trhu, a to jednak jeho účastníkmi, jednak subjektmi oprávnenými na postih možných protiprávných konaní na finančnom trhu,
- ďalším faktorom môže byť **nedostatočný stupeň vzdelania** účastníkov finančného trhu a zamestnancov orgánov oprávnených na postih.³

V predkladanom príspevku sa snažím predostrieť vybrané problémy právnej regulácie postihu subjektov na finančnom trhu, s ktorými musí právna veda na jednej strane a prax vyšetrovacích a rozhodovacích orgánov na strane druhej zápasiť. Podľa názoru autora príspevku sú tieto problémy podstatné a ich riešenie kvalifikujem ako kľúčovú výzvu pro futuro v tejto oblasti.

2. PRIMÁRNY PROBLÉM – PRÁVNE PRAMENE TRESTANIA NA FINANČNOM TRHU

Za **primárny**, hoci pre prax možno nie rozhodujúci, považujem v právnej vede problém zaradenia právnej úpravy trestania na finančnom trhu z hľadiska systematiky právnych odvetví. Možno jednoznačne tvrdiť, že účelom trestania na finančnom trhu je predovšetkým ochrana finančného trhu a jeho účastníkov un bloc, či už preventívnymi alebo represívnymi prostriedkami orgánov verejnej moci. Jej zabezpečenie sa realizuje paralelne na základe existencie trestnoprávných noriem a ostatných verejnoprávných sankčných noriem, ktoré nie sú normami trestnoprávnymi. Z hľadiska cieľa⁴ tak prichádzame k záveru, že ide

¹ Finančný trh v tomto podlieha veľmi dynamickým celosvetovým inováciám (napr. tendencia nárastu počtu finančných nástrojov, modifikácie manipulatívneho a špekulatívneho správania na regulovaných trhoch finančných nástrojov, zvyšovanie množstva povinností finančných sprostredkovateľov, najmä informačných, voči investorskej verejnosti). Právna úprava finančného trhu je navyše v našich právnych podmienkach do značnej miery závislá od európskej právnej úpravy. V Spolkovej republike Nemecko je približne 80% národnej právnej úpravy, a to len kapitálového trhu, založené na rozhodnutiach európskeho zákonodarcu (rozumej najmä smernice EÚ/ES). Pozri Buck-Heeb, P. Kapitalmarktrecht. 2. völlig neu bearbeitete Auflage. Heidelberg : C. F. Müller Verlag, 2007, s. 9. K európskemu právu ako právnomu prameňu práva kapitálového trhu pozri bližšie tamtiež, s. 10.

² Podľa Výročnej správy NBS za rok 2007.

³ Uvedený problém vzniká aj nevhodným funkčným zaradením osôb s neadekvátnym vzdelaním.

⁴ Ciele sankcionovania na finančnom trhu nie sú legislatívne vymedzené. Vyplývajú z cieľov a predmetov verejnoprávných inštitútov. Pozri napríklad cieľ dohľadu nad finančným trhom v § 1 ods. 1 zákona č. 747/2004 Z.z. o dohľade nad finančným trhom a o zmene a doplnení niektorých zákonov v znení neskorších predpisov (ďalej len „zákon o dohľade“).

o verejnoprávny postih, ktorý je predmetom regulácie **práva verejného**. Súkromnoprávny postih (ako napr. zmluvná pokuta) slúži naproti tomu ochrane individuálneho záujmu, a to nielen na trhu finančnom, preto jeho regulácia nevyhnutne nemusí zohľadňovať podmienky finančného trhu ako celku, ostáva v dispozitívnej rovine regulácie súkromného práva (obchodné právo, občianske právo) a predmetom tohto článku v ďalšom texte nie je.

Trestnoprávne normy týkajúce sa finančného trhu sú identifikovateľné v trestnom hmotnoprávnom kódexe, ktorým je zákon č. 300/2005 Z.z. Trestný zákon v znení neskorších predpisov, a to prostredníctvom jeho konkrétnych skutkových podstat trestných činov. V členení finančného trhu môžeme trestné činy (trestné alebo súdne delikty) klasifikovať na *trestné činy páchané na peňažnom trhu* (v oblasti platobného styku a úverových obchodov), *trestné činy páchané na kapitálovom trhu* (napr. sprenevera, podvod, kapitálový podvod, legalizácia príjmu z trestnej činnosti, neoprávnené podnikanie, zneužívanie informácií v obchodnom styku, falšovanie, pozmeňovanie a neoprávnená výroba cenných papierov), *trestné činy páchané na devízovom trhu* (neoprávnené obchodovanie s devízovými hodnotami a poskytovanie devízových služieb, ohrozenie devízového hospodárstva) a *trestné činy páchané na poisťovníctve* (poisťovací podvod, skrátenie dane a poistného, neodvedenie dane a poistného).⁵

Proces ukladania trestných sankcií je upravený v zákone č. 301/2005 Z.z. Trestný poriadok v znení neskorších predpisov a vzhľadom na súčasnú nepriečnosť trestnoprávnej zodpovednosti právnických osôb možný **len voči osobám fyzickým**.

Pokiaľ sa nám javí trestný postih jednoznačne zaraditeľný do predmetu právnej úpravy trestného práva, **druhá skupina verejnoprávnych postihov sa nevyznačuje takou homogénnosťou**.

Tieto sankčné právne normy nachádzame v právnych predpisoch regulujúcich finančný trh a jeho dohľad, najčastejšie v posledných ustanoveniach jednotlivých zákonov finančného trhu ako samostatná časť zákona označovaná pojmom „Dohľad“⁶. Súbor právnych predpisov regulujúcich finančný trh a dohľad nad finančným trhom spadá do predmetu právnej úpravy odvetvia **finančného práva**. Z takéhoto uhla pohľadu môžeme hovoriť o **finančnoprávných sankciách**, ktorých škála je pomerne rozsiahla a neobsahuje len sankcie finančné.

Svojou právnou povahou a právnou povahou subjektu, ktorý tieto sankcie udeľuje (t. j. orgán verejnej správy), možno postihované konania zaradiť medzi správne delikty, ktorých analýzu, členenie a právnú reguláciu priraduje právna veda do predmetu **správneho práva hmotného**, všeobecnej časti. Potom môžeme o takých ustanoveniach konštatovať, že ide o administratívno-právne trestanie na úseku finančného trhu, resp. užšie jeho dohľadu.

Keďže sa finančné právo vývojom emancipovalo z rámca správneho práva, je namieste otázka, ktorému z nich sankčné normy v oblasti finančného trhu (a vôbec finančného práva) priradiť.

⁵ Členenie podľa Šimonová, J. Trestnoprávne atribúty pôsobiace na úseku finančného trhu v Slovenskej republike. In Sborník z mezinárodní konference s názvem „Politika, právo, ekonomika a společnost – současnost a vize do roku 2025“. Kunovice : Evropský polytechnický institut, s.r.o., 2008, s. 269-274.

⁶ Pozri napr. štvrtú časť zákona č. 8/2008 Z.z. o poisťovníctve a o zmene a doplnení niektorých zákonov v znení zákona č. 270/2008, deviatu časť zákona č. 594/2003 Z.z. o kolektívnom investovaní a o zmene a doplnení niektorých zákonov v znení neskorších predpisov.

V zahraničnej právnickej literatúre a legislatíve finančného trhu sa však môžeme stretnúť s komplikovanejším a členitejším subsumovaním sankčných ustanovení na finančnom trhu. **Nemecká odborná právnická spisba** klasifikuje ako samostatné právne odvetvia bankové právo (das Bankrecht), poisťné právo (das Versicherungsrecht) a právo kapitálového trhu (das Kapitalmarktrecht)⁷. Osobitne pri práve kapitálového trhu niektorí nemeckí autori, ako napr. prof. Christian Schröder⁸, sú priekopníkmi teoretického prepracovania tzv. *trestného práva kapitálového trhu* (das Kapitalmarktstrafrecht).⁹ V tejto súvislosti sa nám potom môže zdať trestanie na finančnom trhu ako právne hybridné. Trestné právo kapitálového trhu predstavuje súhrn trestnoprávných noriem upravujúcich skutkové podstaty protiprávneho konania narušujúceho ochranu a zdravie kapitálového trhu a postih takéhoto konania. Je zaujímavé, že tieto normy nie sú upravené jednotne v jedinom právnom predpise, tak ako je to (hoci nedokonale) u nás v prípade Trestného zákona, ale súčasne sa vedľa nemeckého trestného zákona (das Strafgesetzbuch: napr. § 263 manipulácia trhu, § 264a kapitálový podvod) nachádzajú aj v právnych predpisoch regulujúcich obchodovanie na kapitálovom trhu v Spolkovej republike Nemecko (najmä § 38 zákona das Wertpapierhandelsgesetz/zákon o obchodovaní s cennými papiermi, ale aj § 54, 55a, 55b zákona das Kreditwesengesetz/zákon o bankovníctve). Potom možno povedať, že trestnoprávne ustanovenia nemeckého trestného zákona „dopĺňajú čiastočne trestnoprávne úpravy zákonov regulujúcich kapitálový trh.“¹⁰

Okrem trestnoprávných ustanovení sú v uvedených osobitných zákonoch kapitálového trhu aj tzv. predpisy, resp. ustanovenia o peňažných pokutách - die Bußgeldvorschriften (§ 39 zákona das Wertpapierhandelsgesetz), na ktorých ukládanie je príslušný správny orgán na úseku dohľadu nad finančným trhom (orgán dohľadu, ktorým je die Bundesanstalt für Finanzdienstleistungsaufsicht/BaFin¹¹) a ktoré postihujú správne delikty v nich uvedené na úseku kapitálového trhu. Trestné aj „pokutové“ ustanovenia sa v zákone das Wertpapierhandelsgesetz uvádzajú v spoločnom oddiele „Straf- und Bußgeldvorschriften“.

Za zmienku stojí aj prepojenie správnych deliktov s trestnými deliktmi. Konanie, ktoré je klasifikované ako správny delikt, totiž môže za podmienky splnenia určitých zákonných predpokladov naplniť skutkovú podstatu trestného činu. Príkladom je trhová manipulácia (die Marktmanipulation), postihovaná podľa § 39 ods. 1 zákona das Wertpapierhandelsgesetz ako správny delikt. Za splnenia zákonnej podmienky v § 38 ods. 2 zákona das Wertpapierhandelsgesetz môže byť určité manipulatívne konanie v § 39 odseku 1 niektorých

⁷ Napríklad Buck-Heeb, P. Kapitalmarktrecht. 2. völlig neu bearbeitete Auflage. Heidelberg : C. F. Müller Verlag, 2007. Sethe, R. Deutsches und Europäisches Bank- und Kapitalmarktrecht. Halle a. d. Saale : Juristische Fakultät/Martin-Luther Universität Halle-Wittenberg, 2005. Tiež Fahr, U. - Kaulbach, D. - Bähr, G. W. Versicherungsaufsichtsgesetz (VAG): Kommentar. 4. neu bearb. Auflage. München : C. H. Beck Verlag, 2007. K bližšiemu teoretickému rozboru zaradenia právnej regulácie finančného trhu pozri Čunderlík, E. Aktuálne otázky normotvorby v oblasti finančného trhu a jeho regulácie. Zborník z medzinárodnej vedeckej konferencie Olomoucké debaty mladých právnikov 2008, organizovanej Právnickou fakultou Univerzity Palackého v Olomouci v dňoch 8-10.9.2008 v Olomouci. V tlači.

⁸ Ďalej napr. D. Ziouvas v práci Das neue Kapitalmarktstrafrecht – Europäisierung und Legitimation. Berlin : Carl Heymanns Verlag, 2006.

⁹ Výučba tohto okruhu právnych noriem je zaradená aj do študijného programu na Právnickej fakulte Univerzity Martina Luthera v Halle, Spolková republika Nemecko.

¹⁰ Buck-Heeb, P. Kapitalmarktrecht. 2. völlig neu bearbeitete Auflage. Heidelberg : C. F. Müller Verlag, 2007, s. 9.

¹¹ Príslušnosť BaFin na postih je upravená osobitne v každom zákone, napr. v zákone das Wertpapierhandelsgesetz v ustanovení § 40 pre administratívno-právne deliktuálne konania zachytené v § 39.

jeho bodoch považované za trestný čin, osobitne trestnoprávne postihovaný v § 38 ods. 2 v spojení s odsekom 1, a za splnenia ďalších predpokladov trestnoprávne postihovaný podľa § 263 nemeckého trestného zákona). V nadväznosti na to nemecká právna úprava kapitálového trhu niektoré deliktuálne konania subsumuje pod trestnoprávne normy, niektoré pod administratívnoprávne normy. V našej právnej úprave kapitálového, prípadne širšie finančného trhu, však takéto osobité prepojenie medzi trestným právom a správnym trestaním nie je. Môžem preto dospieť k jednoznačnému záveru, podľa ktorého obsahuje len administratívnoprávne sankčné ustanovenia na úseku dohľadu nad finančným trhom.

V nasledujúcom texte sa pokúsim bližšie uviesť základné problémy regulácie správneho trestania na úseku dohľadu nad finančným trhom, ktoré má k ochrane finančného trhu najbližšie z dôvodu jeho systematického zaradenia do ustanovení všeobecne záväzných právnych predpisov regulujúcich finančný trh, a tak môže adekvátnejšie reagovať na protiprávne narušenia finančného trhu aj s ohľadom na jeho vývoj a potreby.

3. ZÁKLADNÉ PROBLÉMY REGULÁCIE ADMINISTRATÍVNOPRÁVNEHO POSTIHU NA ÚSEKU DOHĽADU NAD FINANČNÝM TRHOM

Sankcie, ktoré Národná banka Slovenska (ďalej len „NBS“) v rámci integrovaného výkonu dohľadu nad finančným trhom ukladá finančným sprostredkovateľom, prípadne iným osobám, majú administratívnoprávnú povahu. Pri určovaní tejto povahy môžeme vychádzať z toho, že NBS samotná je pri výkone dohliadacích právomocí orgánom verejnej správy, ktorý vedie osobitné správne konanie o uložení sankcií podľa zákonov regulujúcich finančný trh. Ešte v deväťdesiatych rokoch jej predchodcovia pri sankčných a licenčných konaniach vychádzali zo všeobecného správneho konania, upraveného v zákone č. 71/1967 Zb. zákon o správnom konaní (správny poriadok) v znení neskorších predpisov.

Je logické, že administratívnoprávny postih v oblasti finančného trhu (správne opatrenia alebo správne sankcie)¹² - za porušenie ustanovení zákonov regulujúcich finančný trh - môže prebiehať aj s trestnoprávnym súbežne (napr. trestný čin neoprávneného podnikania).

Pokiaľ ide o systematické zaradenie týchto protiprávných konaní do sústavy správnych deliktov, možno jednoznačne povedať, že ide o **správne delikty právnických osôb a správne delikty fyzických osôb postihované bez ohľadu na zavinenie** tak, ako ich vymedzuje teória správneho práva.¹³ Takými právnickými a fyzickými osobami sú dohliadané subjekty, najmä finanční sprostredkovatelia, ale aj iné osoby, ktoré porušujú zákony regulujúce finančný trh (napr. osoby vykonávajúce kvalifikované dohliadané podnikateľské činnosti bez príslušného povolenia NBS na výkon takej činnosti). Právnické osoby pritom vôbec nemusia byť podnikateľskými subjektmi, dôležité je, že patria medzi dohliadané subjekty (napr. Garančný fond investícií, Slovenská kancelária poisťovateľov, Fond ochrany vkladov). Z toho samozrejme vyplýva, že sankcionovanie sa týka porušení ustanovení o všetkých činnostiach zverených dohliadaným subjektom zákonom.

¹² Týmito dvoma pojmami administratívnoprávne trestanie v oblasti finančného trhu vymedzuje článok 14 ods. 1 európskej smernice č. 2003/6/ES o obchodovaní s využitím dôverných informácií a o manipulácii s trhom (zneužívanie trhu), bez toho, aby bolo dotknuté právo členských štátov ukladať trestnoprávne sankcie.

¹³ Škultéty, P. a kol. Správne právo hmotné. Všeobecná časť. Bratislava : VO PraF UK, 2004, s. 167.

Skutková podstata konania administratívne postihovaného zákonmi regulujúcimi finančný trh je *určená iba všeobecne* – ustanoveniami o porušení alebo nedodržiavaní príslušného právneho predpisu regulujúceho podnikanie na finančnom trhu alebo rozhodnutia NBS.

Sankčné ustanovenia sa javia miestami ako veľmi mätké. Aj keď ide o právnické osoby, niektoré zákony regulujúce finančný trh (napr. § 144 ods. 2 zákona č. 566/2001 Z.z. o cenných papieroch a investičných službách o zmene a doplnení niektorých zákonov v znení neskorších predpisov v prípade centrálného depozitára) požadujú pri voľbe ukladanej sankcie, prípadne jej výšky (u peňažnej pokuty) zohľadniť okrem iného aj *mieru zavinenia*, čo pri takýchto deliktach nie je možné z ich povahy. Totiž „zavinenie je vnútorný psychický vzťah páchatel'a k protiprávnemu konaniu a k jeho následkom“¹⁴. Podobne je to aj u sankcií pre fyzické osoby, pri ktorých ukladaní sa má, napriek ich povahe v súlade teóriou správneho práva trestného, obdobne zohľadniť miera zavinenia (napr. § 144 ods. 3 zákona č. 566/2001 Z.z. o cenných papieroch a investičných službách a o zmene a doplnení niektorých zákonov v znení neskorších predpisov v prípade sprostredkovateľa investičných služieb). *Ak by sme skúmali u fyzických osôb mieru zavinenia, diskriminovali by sme ich oproti právnickým osobám nerovnakým prístupom k trestaniu.* Možným riešením by bolo stanovenie odlišných sadzieb peňažných pokút pre právnické osoby a odlišných sadzieb pre fyzické osoby, čím by sme dosiahli značné obmedzenie voľnej úvahy pri rozhodovaní o ich výške.

V tom spočíva aj veľká právna neistota. NBS má totiž na zváženie zo širokej ponuky sankcií rôznej povahy, bez jednoznačného návodu, ktorú má kedy uplatniť. Pri peňažných pokutách sa táto neistota ešte viac prehľbuje, nakoľko niekedy je *peňažná sankcia stanovená v širokom rozpätí* (napr. do 20 miliónov Sk), a to aj bez stanovenia minimálnej sumy pre uloženie pokuty. To pochopiteľne vytvára významný problém pri zdôvodňovaní už konkrétnej peňažnej sumy. Je asi ťažké zdôvodniť, prečo je napr. pokuta vo výške 10 miliónov Sk účelnejšia ako pokuta vo výške 10,5 milióna Sk. Nemožno pritom zabúdať na skutočnosť, že *nedostatočne zdôvodnené rozhodnutie* orgánu verejnej správy môže byť zrušené z dôvodu jeho nepreskúmateľnosti v rámci správneho súdnictva.¹⁵ Nehovoriac o tom, že pri takto široko formulovaných rozpätiach vo všeobecnosti niektorí autori upozorňujú aj na nebezpečenstvo korupcie.¹⁶

S tým súvisí aj ďalší nedostatok u správnych deliktov tohto druhu, ktorým je *absencia jednotnej právnej úpravy kritérií, podľa ktorých sa má správne uváženie NBS pri ukladaní sankcií a ich výšky riadiť* (správnu úvahu centrálnej banke umožňuje všeobecný dohľadací zákon o dohľade v § 24 ods. 11, a to nielen v sankčnom konaní, ale aj napríklad v konaní o udelení predchádzajúceho súhlasu na voľbu člena dozornej rady pri posudzovaní odbornej praxe v rámci odbornej spôsobilosti). Niekde nachádzame pomerne široko koncipovanú škálu kritérií, ako skúmanie závažnosti, rozsahu, dĺžky trvania, následkov konania a povahy zistených nedostatkov, inde (dokonca často v ustanoveniach toho istého zákona) výpočet len niektorých z nich. Domnievam sa, že by bolo nanajvýš vhodné právnu úpravu posudzovacích pravidiel ukladania sankcií zjednotiť tak, aby nedošlo k diskriminácii jednotlivých skupín dohliadaných subjektov, a doplniť o ďalšie ako napríklad účelnosť sankcie a zákaz

¹⁴ Škultéty, P. a kol. Správne právo hmotné. Všeobecná časť. Bratislava : VO PraF UK, 2004, s. 150.

¹⁵ Podľa rozsudku Najvyššieho súdu Slovenskej republiky z 28. novembra 2001, sp. zn. 6 SŽ 75/01 je rozhodnutie o uložení pokuty za porušenie zákonných povinností, odôvodnené len konštatovaním, že bolo prihliadnuté na charakter protiprávného konania a na rozsah jeho následkov, v tejto časti nepreskúmateľné.

¹⁶ Na konferencii takéto názory prezentoval napr. doc. JUDr. Lubomír Grúň, CSc.

diskriminácie. Explicitným stanovením hraníc by sa zúžil rozsah správneho uváženia NBS a tým aj subjektivismu v sankčnom konaní. Oporu tu nachádzame aj v akademickej obci.¹⁷

Medzi problémy správnych deliktov na finančnom trhu možno zaradiť *nedostatočné teoretické rozpracovanie ich definície a v nadväznosti na to neexistujúcu legálnu definíciu*. Teória správneho práva sa pokúsila iba o ich systémové začlenenie, ktoré však len veľmi *stroho odkazuje na právne predpisy finančného trhu*¹⁸.

Neexistuje ani čiastočná kodifikácia systému ich sankcií, sankčné ustanovenia sa prevažne obmedzujú *len na výpočet sankcií* v jednotlivých zákonoch regulujúcich finančný trh. Ak by sa aj pristúpilo ku kodifikácii, otázkou naďalej zostáva, akým spôsobom ju zrealizovať. Vytvoriť nový zákon, na ktorý by zákony finančného trhu odkazovali, alebo kodifikáciu vykonať v rámci systematiky niektorého z nosných zákonov finančného trhu. Napokon by sme museli pri niektorých druhoch sankcií zohľadniť aj špecifiká právnej úpravy toho ktorého sektora finančného trhu (napr. nariadenie prevodu poisťného kmeňa alebo jeho časti je možné len v sektore poisťovníctva, a zakotviť by sa dalo len voči poisťovni, zaisťovni alebo pobočkám takýchto zahraničných subjektov).

Okrem toho dochádza v zákonnej úprave aj k *pojmovým nejasnostiam v skupinovom pomenúvaní postihov*. V niektorých zákonoch sa nápravné opatrenia spolu s pokutami subsumujú pod spoločný názov príslušného paragrafu „Sankcie“ (napr. § 144 zákona č. 566/2001 Z.z. o cenných papieroch a investičných službách a o zmene a doplnení niektorých zákonov v znení neskorších predpisov), v iných zákonoch sú odlišné pokuty a opatrenia na nápravu priamo v názve a vystupujú v ňom popri sebe (napr. § 50 zákona č. 483/2001 Z.z. o bankách a o zmene a doplnení niektorých zákonov v znení neskorších predpisov). Zákon o dohľade sám v § 1 ods. 3 písm. a) bod 3 rozlišuje medzi sankciami a opatreniami na nápravu. Vychádzajúc z niektorých názorov¹⁹ možno sankcie označiť ako represívne opatrenia, ktoré majú povahu administratívnoprávnych opatrení (zavedenie nútenej správy, odobratie bankového povolenia a pod., z ktorých nie každé má aj nápravny charakter, poznámka autora) a majetkových opatrení (peňažné pokuty). Podľa môjho názoru v zmysle uvedeného potom môžeme akceptovať zákonné súhrnné označenie „Sankcie“, „Administratívne opatrenia a pokuty“, resp. „Administratívne a majetkové opatrenia“, nakoľko nápravné opatrenia v sebe nezahŕňajú všetky správne opatrenia. Aj v tejto súvislosti nás preto opäť môže napadnúť nemecké označenie sankčných ustanovení súhrnne ako „Straf- und Bußgeldvorschriften“.

¹⁷ Autor názoru doc. JUDr. Ján Husár, CSc. zároveň zdôrazňuje, že pokuty by nemali byť vymedzené len v absolútnych číslach, ale výška by sa mala odvíjať od aktuálnych ekonomických parametrov dohliadaného subjektu, čím by sa brala do úvahy veľkosť konkrétneho dohliadaného subjektu určitého druhu dohliadaných subjektov. Podľa môjho názoru by sme takým riešením mohli zamedziť ukladaniu likvidačných peňažných pokút. V súčasnosti je výška konkrétnej pokuty v zásade závislá na správnej úvahe NBS, čo naráža aj na problém náležitého zdôvodnenia rozhodnutia o uložení sankcie. Pozri Husár, J. Dohľad nad podnikaním – podnikanie pod dohľadom na finančnom trhu. In Ingerencia orgánov verejnej moci do podnikania. Zborník z vedeckej konferencie. Košice : UPJŠ, 2006, s. 74. Zaujímavým je prístup Protimonopolného úradu Slovenskej republiky, ktorý na výpočet konkrétnej peňažnej pokuty v závislosti od objektívnych veličín vypracoval metodický pokyn o postupe pri určovaní pokút v prípadoch zneužívania dominantného postavenia a dohôd obmedzujúcich súťaž.

¹⁸ Pozri Hendrych, D. a kol. Správni právo. Obecná časť. 5. vydání. Praha : C. H. Beck, 2003. Ďalej Škultéty, P. a kol. Správne právo hmotné. Všeobecná časť. Bratislava : VO PraF UK, 2004, s. 150.

¹⁹ Balko, L. a kol. Právna úprava finančného trhu v slovenskom právnom systéme. Právo finančného trhu. Bratislava : EPOS, 2003, s. 27.

Vývoj sankcií bol v podmienkach samostatného štátu skutočne expanzívny. Napríklad v bankovom dohľade sankciou za porušenia boli pôvodne podľa § 36 ods. 4 zákona č. 566/1992 Zb. o Národnej banke Slovenska v znení neskorších predpisov len dva postihy: peňažná pokuta určená pevnou hornou hranicou a opatrenie smerujúce k náprave zistených nedostatkov. Časom sa paleta sankcií postupne rozrástla.

Sankcie sú ukladané v konaní podľa všeobecného dohľadacieho predpisu, pričom NBS môže uložiť iba sankciu, ktorú zákony regulujúce finančný trh poznajú. Správny poriadok sa neuplatní ani subsidiárne.

Uvedený typ administratívnych sankcií nie je však na finančnom trhu jediným spomedzi tzv. iných správnych deliktov.

Existujú tu aj **správne poriadkové delikty** (§ 38 ods. 1 písm. a) a b) zákona o dohľade), ktorých objektom je jednak ochrana nerušeného postupu a účelu správneho konania pred NBS, jednak dohľadacieho procesu na mieste alebo na diaľku. Ide o tzv. ohrozovacie delikty. Sankciou sú poriadkové pokuty: do 50 000 Sk, ak ide o fyzickú osobu a do 500 000 Sk, ak ide o právnickú osobu.

Osobitnú skupinu napokon predstavujú **iné správne delikty fyzických osôb, ktoré majú špecifické postavenie**²⁰. Ide napríklad o člena štatutárneho orgánu banky, správcu na výkon nútenej správy, vedúceho zamestnanca banky a pod. Ich sankcionovanie pozná iba peňažnú pokutu, ktorá sa odvíja od výšky ich príjmu od určeného finančného subjektu za stanovené obdobie (napr. § 106 ods. 2 zákona č. 594/2003 Z.z. o kolektívnom investovaní a o zmene a doplnení niektorých zákonov v znení neskorších predpisov, podľa ktorého NBS uloží členovi predstavenstva, členovi dozornej rady, prokuristovi správcovskej spoločnosti alebo vedúcemu pobočky zahraničnej správcovskej spoločnosti, alebo zahraničného subjektu kolektívneho investovania za porušenie povinností, ktoré im vyplývajú z tohto zákona alebo iných všeobecne záväzných právnych predpisov vzťahujúcich sa na výkon činnosti správcovskej spoločnosti, zo stanov správcovskej spoločnosti, štatútu, alebo za porušenie podmienok a povinností uložených rozhodnutím vydaným NBS pokutu podľa závažnosti a povahy porušenia až do výšky dvanásťnásobku mesačného priemeru jeho celkových príjmov od správcovskej spoločnosti, od zahraničného subjektu kolektívneho investovania, od zahraničnej správcovskej spoločnosti (...). Vedúcemu zamestnancovi v priamej riadiacej pôsobnosti predstavenstva zodpovednému za odborné činnosti podľa tohto zákona, zamestnancovi zodpovednému za výkon vnútornej kontroly alebo zástupcovi vedúceho pobočky zahraničnej správcovskej spoločnosti alebo zahraničného subjektu kolektívneho investovania možno uložiť pokutu z predchádzajúcich dôvodov až do výšky 50% spomenutého vymeriavacieho základu).

Literatura:

- Balko, L. a kol.: Právna úprava finančného trhu v slovenskom právnom systéme. Právo finančného trhu, Bratislava: EPOS, 2003.
- Buck-Heeb, P.: Kapitalmarktrecht. 2. völlig neu bearbeitete Auflage, Heidelberg: C. F. Müller Verlag, 2007, s. 267, 978-3-8114-8055-1.

²⁰ Machajová, J. a kol. Všeobecné správne právo. Žilina : Poradca podnikateľa, spol. s r.o., 2007, s. 226.

- Fahr, U. - Kaulbach, D. - Bähr, G. W.: *Versicherungsaufsichtsgesetz (VAG): Kommentar*. 4. neu bearb. Auflage, München: C. H. Beck Verlag, 2007, s. 1076, 978-3-406-52973-3.
- Husár, J.: *Dohľad nad podnikaním – podnikanie pod dohľadom na finančnom trhu*. In *Ingerencia orgánov verejnej moci do podnikania*. Zborník z vedeckej konferencie, Košice: UPJŠ, 2006, s. 144, 80-7097-665-9.
- Machajová, J. a kol.: *Všeobecné správne právo*, Žilina: Poradca podnikateľa, spol. s r.o., 2007.
- *Rozsudok Najvyššieho súdu Slovenskej republiky z 28. novembra 2001, sp. zn. 6 SŽ 75/01*.
- Sethe, R.: *Deutsches und Europäisches Bank- und Kapitalmarktrecht*, Halle a. d. Saale: Juristische Fakultät/Martin-Luther Universität Halle-Wittenberg, 2005.
- Šimonová, J.: *Trestnoprávne atribúty pôsobiace na úseku finančného trhu v Slovenskej republike*. In *Sborník z mezinárodnej konferencie s názvom „Politika, právo, ekonomika a spoločnosť – súčasnosť a vize do roku 2025“*. Kunovice: Evropský polytechnický institut, s.r.o., 2008, s. 310, 978-80-7314-144-8.
- Škultéty, P. a kol.: *Správne právo hmotné. Všeobecná časť*, Bratislava: VO PraF UK, 2004
- *Výročná správa NBS za rok 2007*.
- Ziouvas, D.: *Das neue Kapitalmarktstrafrecht – Europäisierung und Legitimation*, Berlin: Carl Heymanns Verlag, 2006, s. 352, 3-452-25991-9.

Kontaktní údaje na autora – email:

lubomir.cunderlik@flaw.uniba.sk

OBOWIĄZEK SPORZĄDZENIA SPRAWOZDANIA FINANSOWEGO PRZEZ ORGANIZACJE POŻYTKU PUBLICZNEGO W PRAWIE POLSKIM

ANNA DUK – MAJEWSKA

Akademia Podlaska w Siedlcach, Wydział Zarządzania, Instytut Administracji, Samorządu i Prawa, Polska

Abstract in original language

Przedmiotem opracowania jest omówienie obowiązku sporządzenia sprawozdania finansowego nałożonego na organizacje pożytku publicznego przez ustawę z dnia 24 kwietnia 2004 roku o działalności pożytku publicznego i o wolontariacie. Szczegółowo omówione zostały cechy jakościowe sprawozdania finansowego, jego treść, a także obowiązek publikacji. Zaznaczone została także faktyczna realizacja powyższego obowiązku.

Key words in original language

Organizacja pożytku publicznego, sprawozdanie finansowe.

Abstract

The main subject of this contribution is presentation of responsibility for making financial report for non-governmental organizations because of the act on public benefit activity and on volunteer work from 24th April 2003. A characteristic quality of financial report was described in details as well as its content and obligation of publication this document.

Key words

Non-governmental organization, financial report.

WSTĘP

Jednym z nielicznych obowiązków nałożonych przez ustawę z dnia 24 kwietnia 2003 roku o działalności pożytku publicznego i o wolontariacie na organizacje pożytku publicznego jest sporządzenie i ogłoszenie sprawozdania ze swojej działalności. Roczne sprawozdanie z działalności organizacji składa się ze sprawozdania merytorycznego i sprawozdania finansowego. Celem sporządzenia i prezentacji sprawozdania finansowego jest przedstawienie wiernego i rzetelnego obrazu sytuacji majątkowej, finansowej, ich zmian oraz wyników działalności które będą użyteczne dla szerokiego kręgu odbiorców przy podejmowaniu chociażby decyzji o przekazaniu 1% podatku, przekazaniu darowizny lub sporządzeniu oceny przez jednostki samorządu terytorialnego przy przyznawaniu dotacji i subwencji. Mimo, że ustawa obowiązuje już od przeszło 4 lat wiele organizacji nadal nie wypełnia powyższego obowiązku.

Sprawozdanie finansowe ze swej działalności organizacja pożytku publicznego ma obowiązek przekazać ministrowi właściwemu do spraw zabezpieczenia społecznego (obecnie Ministrowi Pracy i Polityki Społecznej) w terminie 3 miesiące do końca roku obrotowego przyjętego przez organizację w polityce rachunkowości. Podkreślić należy, że Ministrowi właściwemu do spraw zabezpieczenia społecznego nie muszą być przekazywane zatwierdzone przez właściwy organ sprawozdania finansowe. Zgodnie bowiem z art. 53 ust. 1 ustawy o rachunkowości roczne sprawozdanie finansowe jednostki podlega zatwierdzeniu przez organ zatwierdzający nie później niż 6 miesięcy od dnia bilansowego (końca roku obrotowego).

Sprawozdanie finansowe składa się ponadto sądowi rejestrowemu, jeżeli organizacja prowadzi działalność gospodarczą. Dla jednostek których rok obrotowy jest zrównany z rokiem kalendarzowym, ostatecznym terminem wypełnienia przedmiotowego obowiązku jest dzień 31 marca następnego roku kalendarzowego. W bieżącym roku zarówno organizacje, które uzyskały status organizacji pożytku publicznego do końca 2008r. jak i te które uzyskały go wcześniej mają obowiązek złożyć Ministrowi sprawozdanie merytoryczne i finansowe za 2008r. w analogicznym terminie tj. do 31 marca 2008r.

CECHY JAKOŚCIOWE SPRAWOZDANIA FINANSOWEGO

Zgodnie z założeniami koncepcyjnymi sporządzania i prezentacji sprawozdań finansowych zawartych w Międzynarodowych Standardach Rachunkowości (MSR) wyróżnia się cztery główne cechy jakościowe:

1. zrozumiałość
2. przydatność
3. wiarygodność
4. porównywalność

Zrozumiałość określa się, iż sprawozdanie powinno być ono sporządzone w sposób uniemożliwiający jego zrozumienia przez czytelników. Przy czym zakłada się, że czytelnicy posiadają wystarczającą wiedzę z zakresu biznesu, działalności gospodarczej i rachunkowości i wykazują ochotę do uważnego zapoznania się z prezentowanymi informacjami.

Przydatne z kolei jest sprawozdanie gdy organizacja ujmuje w nim wszystkie informacje które ze względu na swą naturę lub istotność muszą być użyteczne przy podejmowaniu przez czytelników decyzji.

Ponadto organizacja pożytku publicznego dąży do tego aby sprawozdanie przez nią sporządzone było także wiarygodne. Informacje są wiarygodne gdy nie zawierają istotnych błędów oraz gdy zostaną sporządzone w sposób bezstronny.

W celu zachowania porównywalności sprawozdań finansowych za kolejne okresy organizacja prezentuje finansowe skutki podobnych transakcji i innych zdarzeń w ten sam sposób. W celu zapewnienia porównywalności może dokonać przekształcenia niektórych pozycji sprawozdań oraz zaprezentować te zmiany w opisie do sprawozdania finansowego.

TREŚĆ SPRAWOZDANIA FINANSOWEGO ORGANIZACJI POŻYTKU PUBLICZNEGO PROWADZĄCYCH DZIAŁALNOŚĆ GOSPODARCZĄ

Zgodnie z art. 45 ust. 2 ustawy o rachunkowości sprawozdanie finansowe organizacji pożytku publicznego prowadzących działalność gospodarczą składa się z trzech elementów:

1. bilansu
2. rachunku zysków i strat
3. informacji dodatkowej obejmującej wprowadzenie do sprawozdania finansowego oraz dodatkowe informacje i objaśnienia.

W bilansie wykazuje się stany aktywów i pasywów na dzień kończący bieżący i poprzedni rok obrotowy. Wykazana w aktywach bilansu, wartość poszczególnych grup składników aktywów wynika z ich wartości księgowej, skorygowanej o:

1. dotychczas dokonane odpisy amortyzacyjne lub umorzeniowe oraz odpisy aktualizujące, w tym również z tytułu trwałej utraty wartości składników aktywów trwałych,
2. odpisy aktualizujące wartość rzeczowych składników aktywów obrotowych,
3. odpisy aktualizujące wartości należności.

Bilans powinien zawierać powyższe informacje w zakresie określonym w załączniku nr 1 do ustawy o rachunkowości, których szczegółowe wymienienie pominę z uwagi na ich objętość.

W rachunku zysków i strat wykazuje się z kolei oddzielnie przychody, koszty, zyski i straty oraz obowiązkowe obciążenia wyniku finansowego za bieżący i poprzedni rok obrotowy. Rachunek ten może być sporządzony w wariantach kalkulacyjnym lub porównawczym, zależnie od wyboru dokonanego przez kierownika jednostki. Zakres rachunku zysków i strat został szczegółowo określony w załączniku nr 1 do ustawy o rachunkowości.

Informacja dodatkowa powinna zawierać istotne dane i objaśnienia niezbędne do tego, aby sprawozdanie finansowe było rzetelne i jasne, a w szczególności obejmować:

1. wprowadzenie do sprawozdania finansowego, zawierające opis przyjętych zasad (polityki) rachunkowości, w tym metod wyceny i sporządzenia sprawozdania finansowego w zakresie, w jakim ustawa pozostawia jednostce prawo wyboru, oraz przedstawienie przyczyn i skutków ich ewentualnych zmian w stosunku do roku poprzedzającego,
2. dodatkowe informacje i objaśnienia:
 - a. do pozycji bilansu, rachunku zysków i strat, zestawienia zmian w kapitale (funduszu) własnym oraz rachunku przepływów pieniężnych za okresy sprawozdawcze objęte sprawozdaniem finansowym,
 - b. proponowany podział zysku lub pokrycia straty,
 - c. podstawowe informacje dotyczące pracowników i organów jednostki,
 - d. inne istotne informacje dla zrozumienia sprawozdania finansowego.

Zakres informacji szczegółowej określa podobnie w sposób wyczerpujący załącznik nr 1 do ustawy o rachunkowości.

Podkreślić należy, iż w przypadku gdy jednostka podejmuje działalność gospodarczą w ciągu roku obrotowego, wówczas z dniem podjęcia tej działalności stosuje przepisy ustawy o rachunkowości odnoszące się do jednostek prowadzących działalność gospodarczą.

Przypomnieć ponadto należy, że działalność pożytku publicznego może mieć charakter odpłatny lub nieodpłatny. W związku z treścią art. 10 ust. 1 ustawy o działalności pożytku publicznego i o wolontariacie prowadzenie nieodpłatnej i odpłatnej działalności pożytku publicznego wymaga rachunkowego wyodrębnienia tych form działalności w stopniu

umożliwiający określenie przychodów, kosztów i wyników z zastrzeżeniem przepisów o rachunkowości.

Taki obowiązek wynika z zasad prowadzenia rachunkowości, a służy rzetelnemu odzwierciedleniu poszczególnych rodzajów prowadzonej działalności. A ponadto „działalność pożytku publicznego nie jest z zastrzeżeniem art. 9 ust. 1 ustawy działalnością gospodarczą w rozumieniu przepisów ustawy z dnia 2 lipca 2004 r. o swobodzie działalności gospodarczej.

TREŚĆ SPRAWOZDANIA FINANSOWEGO ORGANIZACJI POŻYTKU PUBLICZNEGO NIEPROWADZĄCYCH DZIAŁALNOŚCI GOSPODARCZEJ

Zakres sprawozdania finansowego dla organizacji pożytku publicznego nieprowadzących działalności gospodarczej określa natomiast § 3 pkt 2 Rozporządzenia Ministra Finansów z dnia 15 listopada 2001r. w sprawie szczególnych zasad rachunkowości dla niektórych jednostek niebędących spółkami handlowymi, nieprowadzących działalności gospodarczej. Składa się ono podobnie z:

1. bilansu
2. rachunku wyników
3. informacji dodatkowej.

W bilansie tym wskazuje się stan aktywów i pasywów na dzień zamknięcia ksiąg rachunkowych, podane w kolejności w następujący sposób (określony w załączniku nr 1 do rozporządzenia):

Aktywa

1. Aktywa trwałe
 - a. Wartości niematerialne i prawne
 - b. Rzeczowe aktywa trwałe
 - c. Należności długoterminowe
 - d. Inwestycje długoterminowe
 - e. Długoterminowe rozliczenie międzyokresowe
2. Aktywa obrotowe
 - a. Zapasy rzeczowych aktywów obrotowych
 - b. Należności krótkoterminowe
 - c. Inwestycje krótkoterminowe
 - i. Środki pieniężne
 - ii. Pozostałe aktywa finansowe

3. Krótkoterminowe rozliczenia międzyokresowe

Suma aktywów

Pasywa

1. Fundusze własne

- a. Fundusz statutowy
- b. Fundusz z aktualizacji wyceny
- c. Wynik finansowy netto za rok obrotowy
 - i. Nadwyżka przychodów nad kosztami (wielkość dodatnia)
 - ii. Nadwyżka kosztów nad przychodami (wielkość ujemna)

2. Zobowiązania i rezerwy na zobowiązania

- i. Zobowiązania długoterminowe z tytułu kredytów i pożyczek
 - ii. Zobowiązania krótkoterminowe i fundusze socjalne
- a. Kredyty i pożyczki
 - b. Inne zobowiązania
 - c. Fundusze specjalne
 - i. Rezerwy na zobowiązania
 - ii. Rozliczenia międzyokresowe
 - d. Rozliczenia międzyokresowe przychodów
 - e. Inne rozliczenia międzyokresowe

Suma pasywów

W rachunku wyników wykazuje się oddzielnie przychody i koszty oraz zyski i straty za poprzedni i bieżący rok obrotowy, podane w następującej kolejności (określonej w załączniku nr 2 do rozporządzenia):

1. Przychody z działalności statutowej

- a. Składniki brutto określone statutem
- b. Inne przychody określone statutem

2. Koszty realizacji zadań statutowych
3. Wynik finansowy na działalności statutowej (wielkość dodatnia lub ujemna) (1 – 2)
4. Koszty Administracyjne
 - a. Zużycie materiałów i energii
 - b. Usługi obce
 - c. Podatki i opłaty
 - d. Wynagrodzenia oraz ubezpieczenia społeczne i inne świadczenia
 - e. Amortyzacje
 - f. Pozostałe
5. Pozostałe przychody (niewymienione w pozycji 1 i 7)
6. Pozostałe koszty (niewymienione w pozycji 2, 4 i 8)
7. Przychody finansowe
8. Koszty finansowe
9. Wynik Finansowy brutto na całokształcie działalności (wielkość dodatnia lub ujemna) (3-4+5-6+7-8)
10. straty nadzwyczajne
 - a. Zyski i Zyski nadzwyczajne – wielkość dodatnia
 - b. Straty nadzwyczajne – wielkość ujemna
11. Wynik finansowy ogółem (9+10)
 - a. Różnica zwiększająca koszty roku następnego (wielkość ujemna)
 - b. Różnica zwiększająca przychody roku następnego (wielkość dodatnia)

Natomiast informacja dodatkowa powinna zawierać nieobjęte bilansem oraz rachunkiem wyników informacje i wyjaśnienia niezbędne do oceny gospodarki finansowej jednostki, a w szczególności:

1. objaśnienia stosowanych metod wyceny aktywów i pasywów oraz przyczyn ewentualnych ich zmian w stosunku do roku poprzedniego,
2. uzupełniające dane o aktywach i pasywach,

3. informacje o strukturze zrealizowanych przychodów ze wskazaniem ich źródeł, w tym przychodów określonych statutem,
4. informacje o strukturze kosztów stanowiących świadczenia pieniężne i niepieniężne określone statutem oraz o strukturze kosztów administracyjnych,
5. dane o źródłach zwiększenia i sposobie wykorzystania funduszu statutowego,
6. dane dotyczące udzielonych gwarancji, poręczeń i innych zobowiązań związanych z działalnością statutową,
7. informacje o tendencjach zmian w przychodach i kosztach oraz składnikach majątku i źródłach ich finansowania.

UWAGI OGÓLNE DOTYCZĄCE SPORZĄDZANIA SPRAWOZDAŃ FINANSOWYCH PRZEZ ORGANIZACJE POŻYTKU PUBLICZNEGO

Stosownie do art. 50 ust. 1 ustawy, a także paragrafu 3 ust. 5 rozporządzenia, informacje zawarte w sprawozdaniu finansowym jednostki dotyczącej prowadzenia działalności statutowej mogą być wykazane ze szczególnością większą niż określona w załącznikach do ustawy lub rozporządzenia. Ponadto wymienione załączniki do rozporządzenia i ustawy nie zawierają obligatoryjnych wzorów składników sprawozdania finansowego przy jednoczesnym zachowaniu celu jego sporządzenia i zapewnienia cech jakościowych wymaganych od sprawozdania finansowego. Podejście takie nie upoważnia jednak jednostki do nieujawniania wymaganych w załączniku danych i informacji jeżeli w danej jednostce one występują i są istotne.

Łączne sprawozdanie finansowe powstaje drogą sumowania odpowiednich danych rocznych sprawozdań jednostki statutowej i jej jednostek organizacyjnych.

Z łącznej sumy wyłącza się:

1. aktywa i fundusze wydzielone,
2. wzajemne zależności i zobowiązania oraz podobne rozrachunki wewnątrzzakładowe np. amortyzację, jeżeli środki pochodzące z amortyzacji są ujmowane w jednostce statutowej, środki otrzymywane z zewnątrz: dotacje, subwencje, jeżeli środki te są przekazywane do dyspozycji zakładów.

Okoliczności, że jednostka wydzieliła jako samodzielnie bilansujące – wchodzące w jej skład jednostki, wynika z jej decyzji, która nie może jednak skutkować na zewnątrz, to znaczy nie może ona powodować zmiany treści poszczególnych pozycji sprawozdania finansowego.

Treść rocznych sprawozdań finansowych zarówno jednostek zarówno jedno jak i wielozakładowych powinna być identyczna.

Organizacje, które mają wyodrębnione jednostki nieposiadające osobowości prawnej sporządzają sprawozdanie łączne. Jeżeli organizacja taka posiada status pożytku publicznego wówczas jednostki które nie posiadają osobowości prawnej nabywają ten status automatycznie z chwilą uzyskania statusu organizacji pożytku publicznego przez jednostkę nadrzędną. Sprawozdanie finansowe i merytoryczne składa wówczas jednostka nadrzędna.

W przypadku gdy w skład organizacji wchodzi jednostki samobilansujące się, które nie posiadają osobowości prawnej oraz jednostki które posiadają osobowość prawną wówczas sytuacja jest inna. Jednostka główna sporządza bilans łączny z bilansu swojego i jednostek nieposiadających osobowości prawnej, a jednostki posiadające osobowość prawną sporządzają sprawozdania odrębne.

Sprawozdanie finansowe, a także wprowadzenie do sprawozdania finansowego oraz dodatkowe informacje i objaśnienia podpisuje osoba, której powierzono prowadzenie ksiąg rachunkowych jednostki oraz kierownik jednostki. W przypadku organu wieloosobowego np Zarządu – złożyć podpisy powinni wszyscy członkowie tego organu. Podaje się również datę podpisu, co jest istotne z uwagi na obowiązek uwzględnienia w sprawozdaniu finansowym tzw. zdarzeń po dniu bilansowym.

Za osobę której powierzono prowadzenie ksiąg rachunkowych, uważa się taką, której kierownik jednostki (np Zarząd) przekazał pisemne upoważnienie do jej prowadzenia. Może to nastąpić w formie zapisu w zakresie obowiązków przy umowie o pracę, przy porozumieniu wolontarystycznym oraz przy umowie na usługowe prowadzenie ksiąg rachunkowych zlecane do biura rachunkowego lub biegłemu rewidentowi.

Odmowa podpisania sprawozdania przez którąkolwiek ze zobowiązanych do tego osób wymaga uzasadnienia, które dołącza się do sprawozdania finansowego.

Podsumowując kierownik jednostki zobowiązany jest:

- nie później niż w ciągu 3 miesięcy od dnia bilansowego – zapewnić sporządzenie rocznego sprawozdania finansowego i przedstawić je właściwym organom jednostki,
- nie później niż w ciągu 15 dni od zatwierdzenia rocznego sprawozdania – złożyć je we właściwym rejestrze sądowym wraz z odpisem uchwały bądź postanowieniem o jego zatwierdzeniu i podziale zysku (pokryciu straty) oraz opinią biegłego, jeżeli sprawozdanie podlegało badaniu, a także wraz ze sprawozdaniem z działalności (merytorycznym), jeżeli jednostka ma obowiązek jego sporządzenia.
- w ciągu 15 dni od zatwierdzenia złożyć sprawozdanie do ogłoszenia w Monitorze Polskim B, jeżeli organizacja prowadzi działalność gospodarczą lub zamieścić na stronie internetowej www.pozytek.gov.pl (obowiązek jest w tej samej dacie).

OBOWIĄZEK OGŁASZANIA SPRAWOZDAŃ FINANSOWYCH

Do 2005 roku wszystkie organizacje pożytku publicznego miały obowiązek ogłaszania sprawozdania finansowego w Dzienniku Urzędowym Rzeczypospolitej Polskiej „Monitor polski B” w ciągu 15 dni od dnia jego zatwierdzenia.

W związku z ustaleniami powziętymi przez przedstawicieli Kancelarii Prezesa Rady Ministrów, Ministerstwa Finansów, Ministerstwa Pracy i Polityki Społecznej oraz Centrum Obsługi Kancelarii Prezesa Rady Ministrów na spotkaniu, które odbyło się w dniu 6 lipca 2005r. organizacje pożytku publicznego, które nie prowadzą działalności gospodarczej powinny ogłaszać sprawozdania finansowe na oficjalnych stronach internetowych

Ministerstwa Polityki Społecznej w części tematycznej "Organizacje pozarządowe, a nie w dzienniku urzędowym „Monitor Polski B”. Zamieszczanie plików sprawozdań w bazie internetowej jest nieodpłatne, czyli nie wiąże się z koniecznością ponoszenia przez organizację pożytku publicznego żadnych dodatkowych opłat. Ponadto organizacje pożytku publicznego mają możliwość umieszczania fakultatywnie również swoich sprawozdań merytorycznych za poszczególne lata.

Jednakże obowiązek publikacji sprawozdania finansowego w internetowej bazie dotyczy jedynie organizacji pożytku publicznego nieprowadzących działalności gospodarczej lub prowadzących działalność gospodarczą, ale nie spełniających warunków określonych w art. 64 ust. 1 pkt 4 ustawy z dnia 29 września 1994r. o rachunkowości.

Zgodnie z brzmieniem tego wspomnianego przepisu ogłaszaniu podlegają roczne sprawozdania finansowe jednostek, które w poprzednim roku obrotowym za który sporządzono sprawozdanie finansowe spełniły co najmniej dwa z następujących warunków.

1. średnioroczne zatrudnienie w przeliczeniu na pełne etaty wyniosło co najmniej 50 osób,
2. suma aktywów bilansu na koniec roku obrotowego stanowiła równowartość w walucie polskiej co najmniej 2.500.000 euro,
3. przychody netto ze sprzedaży towarów i produktów oraz operacji finansowych za rok obrotowy stanowiły w walucie polskiej co najmniej 5.000.000 euro.

W stosunku do organizacji pożytku publicznego prowadzących działalność gospodarczą i spełniających co najmniej 2 spośród trzech wymienionych w art. 64 pkt. 4 ustawy o rachunkowości warunków, spoczywa obowiązek ogłaszania sprawozdania finansowego w Monitorze Polskim B. Do tego obowiązku zastosowanie mają przepisy § 2 ust. 1 pkt 1 Rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 3 października 2001 roku w sprawie wysokości opłat za ogłaszanie obwieszczeń i ogłoszeń w Dzienniku Urzędowym Rzeczypospolitej Polskiej Monitor Polski B.

ZAKOŃCZENIE

Podsumowując powyższe rozważania, stwierdzić należy, że realizacja omówionego obowiązku jest dość skomplikowana dla takich podmiotów jak właśnie organizacje pożytku publicznego. Skutkuje to tym, iż nadal dość duża część podmiotów nie wywiązuje się z niego w ogóle, a część w zadowalający dla odbiorców sposób. Przyczyną tego zjawiska jest zbyt krótki okres obowiązywania ustawy, która obliuguje organizacje do sporządzenia sprawozdania finansowego, oraz to, że organizacje nie dysponują wystarczającymi środkami finansowymi, które miałyby zapewnić realizację przedmiotowego obowiązku.

Na zakończenie podkreślić należy istotną tezę, aby sprawozdanie finansowe organizacji pożytku publicznego spełniało swoje wspomniane na wstępie cele musi spełniać określone i nieskomplikowane, ale jak doniosłe (omówione w treści) wymogi jakościowe.

Literature:

- J. Paluch, Jak przygotować sprawozdanie finansowe organizacji pożytku publicznego, Ministerstwo Pracy i Polityki Społecznej, Warszawa 2007 r., s. 10-11.

- Ustawa z dnia 24 kwietnia 2003 roku o działalności pożytku publicznego i o wolontariacie (Dz. U. z 2003r. Nr 96 poz. 873 z późn. zm.).
- Ustawa z dnia 29 września 1994 roku o rachunkowości (tekst jednolity Dz. U. z 2002r. Nr 76 poz. 694 ze zm.).
- Wytoczne MF pismo z dnia 10 września 2004r. znak DR-1/031-280-1/AG/BB/04/11673.
- Rozporządzenie Prezesa Rady Ministrów z dnia 3 października 2001 roku w sprawie wysokości opłat za ogłaszanie obwieszczeń i ogłoszeń w Dzienniku Urzędowym Rzeczypospolitej Polskiej Monitor Polski B (Dz. U. z 2001r. Nr 114 poz. 1216 ze zm).
- Rozporządzenie Ministra Finansów z dnia 15 listopada 2001r. w sprawie szczególnych zasad rachunkowości dla niektórych jednostek niebędących spółkami handlowymi, nieprowadzących działalności gospodarczej (Dz. U. z 2004r. Nr 173 poz. 1807 z późn. zm.).
- Ustawa z dnia 2 lipca 2004 r. o swobodzie działalności gospodarczej (Dz. U. Nr 137 poz. 1539 z późn. zm.).

Contact – email

dukmajewska@poczta.onet.pl

POSTAVENÍ FINANČNÍHO ARBITRA MEZI JINÝMI ALTERNATIVNÍMI ZPŮSOBY ŘEŠENÍ SPORŮ¹

TOMÁŠ GONGOL

Obchodně podnikatelská fakulta v Karviné, Slezská univerzita v Opavě, Česká republika

Abstrakt v rodném jazyce

Finanční arbitr působí v České republice již od roku 2003. Jde o smírčí orgán řešící vybrané spory mezi finančními institucemi a jejich klienty. Je řazen mezi subjekty mimosoudních (alternativních) způsobů řešení sporů, pro které jsou typické vlastnosti, jako rychlost, menší nákladnost, neformálnost, apod. Článek se zabývá otázkou postavení finančního arbitra mezi jinými alternativními způsoby řešení sporů a to především ve vztahu k mediaci, conciliaci či rozhodčímu řízení. Posuzována je zejména otázka, jestli není možné najít jiný, efektivnější způsob, kterým by bylo možné stávajícího finančního arbitra nahradit.

Klíčová slova v rodném jazyce

Alternativní způsoby řešení sporů, finanční arbitr, conciliace, mediace.

Abstract

Czech Financial Arbitrator was established in the year of 2003. It is a conciliation body resolving chosen disputes between financial institutions and their clients. It can be listed among out-of-court dispute resolutions that are less time and money consuming, informal etc. than court procedures. The paper deals with the question of position of financial arbitrator among other alternative dispute resolutions, especially in relation to mediation, conciliation and arbitration. It is focusing on question, whether there can be any other more effective way of dispute resolution than financial arbitrator, as it is today.

Key words

Alternative dispute resolution, conciliation, financial arbitrator, mediation.

1. ÚVOD

Evropa a s ní téměř celý svět je silně ovlivněn překotným rozvojem informačních technologií, které se stávají součástí našeho každodenního života. Používání počítačů, Internetu či platebních karet se postupně stává stejně běžné jako se stalo používání aut nebo ledniček. Používání nových technologií však s sebou přináší nejen usnadnění našich aktivit, ale rovněž nové problémy, které vyžadují nové přístupy k řešení. Tato situace s sebou přináší rovněž nové postoje a přístupy k tradičním právním institutům typu nekalá soutěž (zejména v souvislosti s elektronickým obchodem), duševní vlastnictví (např. při definici doménových jmen) nebo při řešení sporů (např. ze vztahů s mezinárodním prvkem).

Předmětem úvah tohoto článku jsou přístupy k řešení sporů vyplývajících z používání elektronických informačních technologií, zejména pak řešení sporů týkajících se používání elektronických platebních prostředků a bezhotovostních platebních transakcí v Evropské unii a České republice. Středem úvah je proto postavení finančního arbitra v České republice,

¹ Příspěvek byl publikován s podporou Grantové agentury ČR v rámci projektu GAČR 402/08/0067 "Finanční integrace nových členských zemí EU s eurozónou".

zejména efektivita využití této funkce a komparace s jinými typy řízení podobného druhu. Za tímto účelem je nezbytně nutné definovat nejprve alespoň v základních rysech způsoby řešení sporů.

Způsoby řešení sporů mezi různými subjekty lze rozdělit do několika skupin:

- soudní řízení, tj. závazné řešení sporů před obecným soudem určitého státu,
- rozhodčí řízení, tj. závazné řešení sporů před nezávislými soukromoprávními subjekty,
- smírčí řízení typu konciliace, mediace, tj. řešení sporů před mediátory či konciliátory, kteří však nemají pravomoc věc závazně rozhodnout,
- cestou diskuse stran, bez účasti třetí strany, která může, ale nemusí končit smírem.

Jako příklad sekundárního práva akcentujícího mimosoudní způsoby řešení sporů v podmínkách „nového virtuálního prostoru“ lze uvést směrnici Evropského Parlamentu a Rady (ES) č. 31/2000 ze dne 8. 6. 2000 o některých právních aspektech služeb informační společnosti, zejména elektronického obchodu, na vnitřním trhu („směrnice o elektronickém obchodu“). Kromě procesních otázek kolizní povahy uvedená směrnice obsahuje v čl. 17 ustanovení dotýkající se mimosoudního urovnávání sporů. Podle něj členské státy především nesmí svými právními řády bránit využívání těchto postupů v případě neshod mezi poskytovatelem služby informační společnosti a jejím příjemcem a to včetně postupů využívajících elektronické prostředky. Členské státy mají rovněž za úkol zajistit odpovídající procesní záruky stranám využívajícím tyto mimosoudní prostředky řešení svých sporů.

Právní regulace sporů o doménová jména .eu v tomto směru zašla ještě dále. Právní základ pro zavedení domény .eu a regulace její registrace upravuje nařízení Evropského parlamentu a Rady (ES) č. 733/2002 ze dne 22. dubna 2002 o zavádění domény nejvyšší úrovně .eu. Konkrétnější právní úpravu pak lze nalézt v nařízení Komise (ES) č. 874/2004 ze dne 28. dubna 2004, kterým se stanoví obecná pravidla pro zavádění a funkce domény nejvyšší úrovně .eu a zásady, jimiž se řídí registrace. Komunitární právní úprava, prostřednictvím výše uvedeného nařízení (ES) č. 874/2004, blíže upravuje pravidla pro registraci doménových jmen a rovněž případné řešení sporů s tím souvisejících. Pro účely našich úvah jsou důležité ustanovení o řešení sporů o registrované jméno domény v čl. 21 až 23 uvedeného nařízení, ve kterém je stanovena možnost jak mimosoudního, tak i soudního řešení sporů. Posloupnost nejprve „mimosoudní“ a teprve posléze uvedené „soudní“ řešení sporů, je převzata z nařízení a naznačuje, čemu se v těchto případech dává přednost, i když to nařízení explicitně neuvádí. Mimo další je v nařízení uvedena povinnost držitele doménového jména účast na postupu mimosoudního řešení sporů, které bylo vyvoláno třetí osobou. V případě, že si tedy stěžovatel zvolí jako způsob řešení sporu mimosoudní cestu, je držitel příslušného doménového jména .eu povinen k účasti na této formě řízení.

2. FINANČNÍ ARBITR V ČESKÉ REPUBLICCE

Jak do tohoto všeho zapadá finanční arbitr? Finančního arbitra můžeme považovat v podmínkách České republiky a dalších členských států Evropské unie za další z příkladů mimosoudních řešení sporů zavedený v souvislosti s moderními technologiemi. Vnitrostátní právní úprava tohoto institutu vychází z požadavku Evropské unie implementovat směrnici Evropského parlamentu a Rady (ES) č. 5/1997 ze dne 27. ledna 1997 o přeshraničních převodech plateb. V ustanovení čl. 10 je stanovena povinnost členských států zajistit, aby

existovaly vhodné a účinné postupy vyřizování stížností a zjednávání nápravy při řešení sporů mezi příkazcem a jeho institucí nebo mezi příjemcem a jeho institucí, případně za použití stávajících postupů. Uvedena směrnice však blíže nestanoví podmínky vhodnosti a účinnosti implementovaných postupů, a bylo tedy na jednotlivých členských státech, jak bude do národních právních řádů vtělena.

Česká republika přijala v rámci předvstupní harmonizace právního řádu, zákon č. 229/2002 Sb., o finančním arbitrovi, ve znění pozdějších předpisů, čímž zavedla nový, dosud neexistující, dle slov zákona „smírčí orgán“, rozhodující spory podle tohoto zákona. V pravomoci finančního arbitra jsou spory vznikající mezi bankami či institucemi vydávajícími elektronické platební prostředky a klienty při provádění převodů peněžních prostředků, opravného zúčtování, inkasní formy placení či při užívání elektronických platebních prostředků.

Od ustanovení prvního finančního arbitra uplynulo již více než 5 let, což je doba dostatečně dlouhá k odpovědi na otázku, zdali byl vybrán vhodný nástroj pro uvedené typy řešení sporů. Shrňme si základní atributy řízení vedeného finančním arbitrem.

Především lze konstatovat, že jde o mimosoudní typ řešení sporů. Narozdíl od většiny jiných mimosoudních způsobů řešení sporů je však osoba finančního arbitra subjektem veřejného práva. Jde o orgán zvolený Poslaneckou sněmovnou ve veřejném hlasování a to na funkční období 5 let. Návrhy na volbu jsou oprávněny podávat jak finanční instituce či jejich profesní sdružení, tak i sdružení na ochranu spotřebitelů. Již v tom lze spatřovat zásadní rozdíl oproti obvyklým mimosoudním způsobům řešení soukromoprávních sporů, ve kterých je třetí osoba v řízení (rozhodce, conciliátor, mediátor apod.) osobou soukromého práva a „volba“ tohoto subjektu je především v dispozici účastníků sporu.

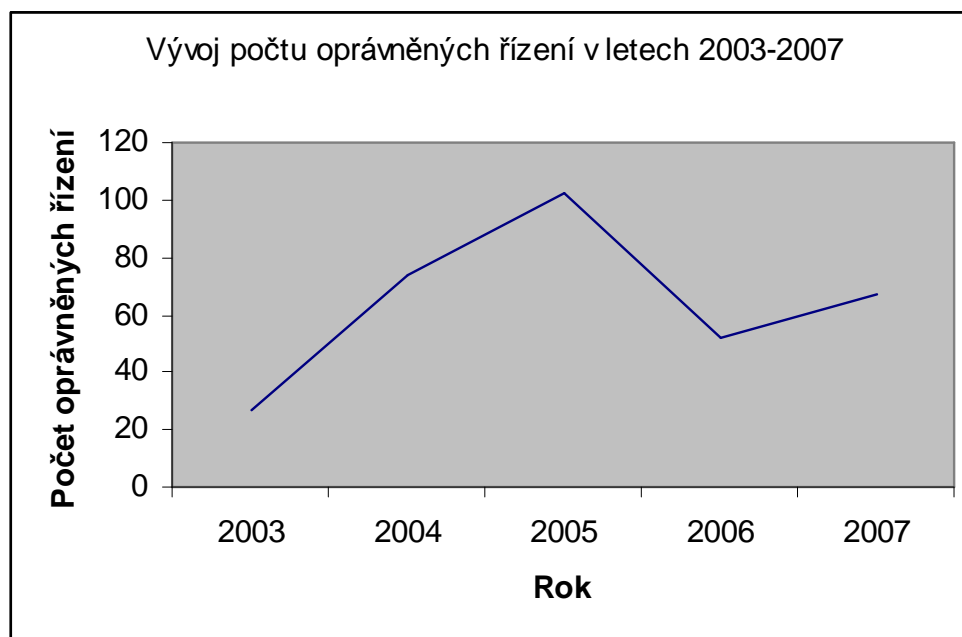
Průběh řízení před finančním arbitrem je upraven zákonem o finančním arbitrovi, kde jsou stanoveny jak postupy, tak i lhůty, případně náležitosti úkonů a pod. Subsidiárně lze v tomto řízení použít správní řád. I v tomto ohledu lze spatřovat rozdíl oproti typickým mimosoudním řešením, které jsou upraveny buď pouze dispozitivně (typicky rozhodčí řízení) nebo vůbec (ADR). Každopádně je v těchto typech mimosoudního řešení sporů dána velká možnost účastníkům disponovat s celým řízením.

Řízení před finančním arbitrem, pokud není v průběhu zastaveno, končí vydáním tzv. nálezu. Pro vydání nálezu má arbitr lhůtu 30 dnů ode dne zahájení řízení, ve zvlášť složitých případech rozhodne nejdéle do 60 dnů (ovšem není vázán ani touto lhůtou a může ji přiměřeně prodloužit). Vůči vydanému nálezu lze podat do 15 dnů od jeho doručení námitky. O námitkách rozhoduje opět arbitr, který může nález buď potvrdit nebo zrušit a to ve lhůtách, které jsou stejné jako v případě vydání nálezu. Průměrná doba řízení před finančním arbitrem je cca 100 dnů, což je poměrně hodně ve srovnání s dalšími možnostmi, jak bude poukázáno níže.

Z pohledu vztahu k soudnímu řízení je důležité, že vydání nálezu nezakládá překážku věci rozsouzené, tudíž nic nebrání účastníkovi řízení před arbitrem, aby v téže věci podal žalobu k příslušnému obecnému soudu. I v tom lze spatřit podstatný rozdíl oproti nálezu vydanému rozhodcem, který překážku věci rozsouzené zakládá. Z výročních zpráv finančního arbitra vyplývá, že v mnoha případech (konkrétní údaje o počtech ovšem chybí) byla ve stejné věci, a to zejména nespokojenými finančními institucemi, podána žaloba. Skutečnost, že v dané věci lze podat žalobu k soudu, oslabuje postavení finančního arbitra a řadí ho blíže ke smírčímu řízení typu conciliace, než k řízení rozhodčímu (pozn.: pojem arbitr přitom evokuje

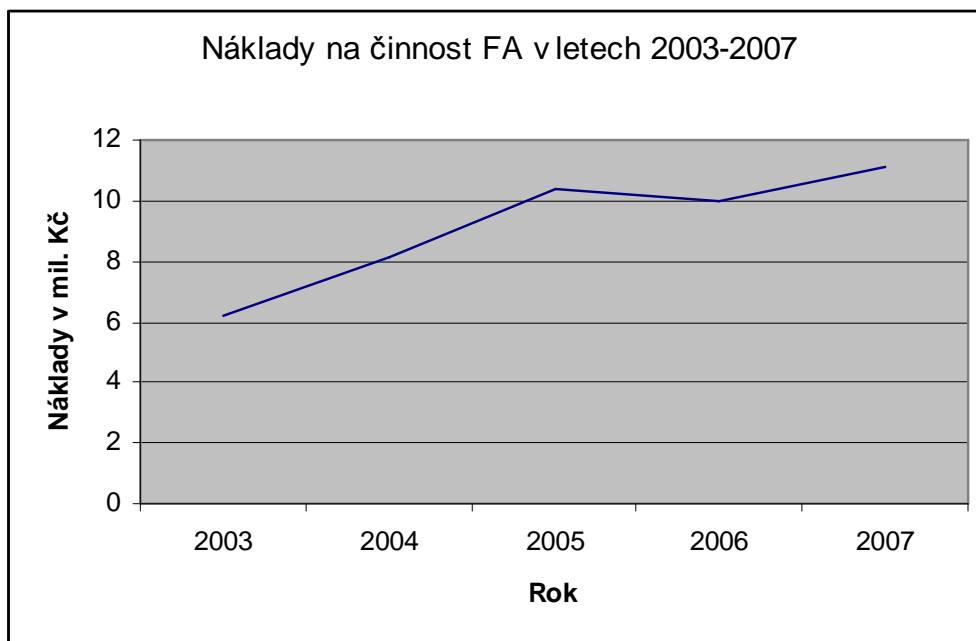
spíše formu arbitrážního, tedy rozhodčího řízení). Z pohledu závaznosti rozhodnutí je řešena podobně také úprava řízení a jeho výsledku ve sporech o doménová jména .eu. Rozhodnutí vydané v ADR řízení, které je možno označit jako quasi rozhodčí, je sice závazné a vykonatelné, pokud ovšem není v dané věci podána žaloba k obecnému soudu. Nutno ovšem dodat, že v praxi sporů o domény .eu k těmto případům dochází jen zřídka.

Jako jeden z důležitých atributů mimosoudních způsobů řešení sporů byly výše uvedeny také menší náklady na řízení. Podíváme-li se na finanční náklady provozu kanceláře finančního arbitra zjistíme, že se od roku 2003 do roku 2007 zvýšily téměř dvojnásobně. Abychom mohli považovat tento způsob řešení sporů za efektivní, měli bychom očekávat rapidní nárůst rozhodovací činnosti. K tomu však, jak je z následujících grafů zřejmé, v průběhu uvedeného období nedošlo.



Graf 1: Vývoj počtu oprávněných řízení v letech 2003 -2007. Zdroj: Výroční zprávy finančního arbitra.

Jak vidno z předchozího grafu, počet oprávněných případů, tedy těch, které spadají do kompetence finančního arbitra, nevykazuje výrazně rostoucí tendenci. V roce 2003 šlo o 23 oprávněných případů, v roce 2007 šlo o 67. Zatím nejvíce oprávněných případů bylo řešeno v roce 2005 a to 102. Následující graf popisuje rostoucí tendenci nákladů v letech 2003-2007.



Graf 2: Náklady na činnost FA v letech 2003 -2007. Zdroj: Výroční zprávy finančního arbitra.

Zatímco v roce 2003 činily náklady na činnost finančního arbitra cca 6,2 mil. Kč, v roce 2007 bylo dosaženo téměř dvojnásobku této hodnoty, náklady činily 11,1 mil. Kč. Graf vykazuje, kromě roku 2006 rostoucí tendenci. Náklady na činnost finančního arbitra jsou placeny z rozpočtu ČNB.

Jednoduchým výpočtem (poměr nákladů na činnost řízení vůči počtu oprávněných řízení) lze zjistit, že průměrné náklady na jeden oprávněný spor činily v roce 2007 cca 166 tisíc Kč. K tomuto číslu nyní přirovnáme průměrnou finanční výši požadavků u zahájených řízení, která činí v témže roce cca 36 tisíc Kč. Náklady na jeden zahájený spor jsou téměř pětinásobné oproti výši průměrné částky, o kterou ve sporu jde. A pětileté období činnosti finančního arbitra vykazuje tendenci k dalšímu rozevírání této propasti, jak vyplývá z vývoje křivek předchozích grafů.

3. DALŠÍ MIMOSOUDNÍ MOŽNOSTI ŘEŠENÍ SPORŮ

Vzhledem k výše uvedenému je na místě položit si otázku, jestli Česká republika zvolila skutečně efektivní naplnění směrnice evropských společenství, když měla v daném okruhu sporů na výběr celou řadu dalších možností mimosoudních způsobů jejich řešení. A nutno dodat, že možností, kterých bylo užito i v jiných zemích Evropské unie. Nabízí se hned několik modelů jak daný okruh sporů řešit. Obecně je možno rozlišit je do tří skupin:

1. smířčí řízení typu mediace nebo konciliace bez závazného výsledku,
2. rozhodčí řízení s konečným a vykonatelným rozhodčím nálezem,
3. quasi rozhodčí řízení s vykonatelným nálezem, ovšem napadnutelným v opravném soudním řízení.

Smířčí řízení typu mediace je uplatňováno například ve Francii, kde takových mediátorů je hned několik a banky mají povinnost své klienty na bankovních výpisech informovat o možnosti řešit spory před nimi. Náklady spojené s činností těchto mediátorů platí banky.

Stranám samozřejmě nic nebrání tomu, aby spornou věc předložily k vyřešení soudu. Velkou výhodou tohoto způsobu řešení sporů je rychlost Průměrná doba řízení před mediátorem ve Francii je 19 dnů a jen pro srovnání, v České republice trvá řízení před finančním arbitrem v průměru 100 dnů.

Smírčí řízení typu konciliace je uplatňováno například ve Španělsku, kde působí zvláštní orgán čítající cca 30 pracovníků. Výsledkem konciliačního řízení je nezávazné doporučení vydané do 60 dnů. Podobně také rozhodnutí úřadu poradců pro spotřebitele na bankovním trhu ve Finsku, které není právně závazné, ale bankovními institucemi dobrovolně dodržované.

Spory mezi spotřebiteli a finančními institucemi lze řešit také formou rozhodčího řízení. Výhodou tohoto způsobu řešení je rozhodnutí v podobě rozhodčího nálezu, který je konečný a vykonatelný. V případě české právní úpravy zakládá překážku věci rozhodnuté a není tudíž možno podat ve stejné věci návrh na zahájení soudního řízení. Formu rozhodčího řízení ve věcech platebního styku mezi spotřebiteli a bankami zvolilo Slovensko. Za tímto účelem byl zřízen Stály Rozhodcovský súd Slovenskej bankovej asociácie, v rámci kterého působí dvě desítky rozhodců. Nutno poznamenat, že Slovenská republika vedle rozhodčího řízení zavedla od roku 2008 také dobrovolné smírčí řízení před ombudsmanem.

Třetí model byl označen jako quasi rozhodčí řízení a to z toho důvodu, že sice vede k závaznému rozhodnutí avšak pouze do té chvíle, než je podán ve stejné věci návrh na zahájení soudního řízení. Takové řízení je v současné době aplikováno v České republice, ale také v Německu, Rakousku nebo Irsku. Doba trvání takového řízení je např. v ČR cca 3 měsíce, v Německu 3-6 měsíců. Skutečnost, že jde výsledkem řízení je nález napadnutelný u soudu devalvuje tuto formu řešení sporů na úroveň smírčího řízení. Vůči smírčím řízením však ztrácí další body při srovnávání průměrné doby trvání těchto řízení. Model quasi rozhodčího řízení je aplikován v Evropské unii také v jiné věcné příslušnosti a to u již zmíněných doménových jmen .eu. V těchto případech jde ovšem o mimosoudní řízení mezi dvěma subjekty, z nichž jeden je z velké pravděpodobnosti spekulantem, který se v případě prohry neobrací na soud, neboť si je vědom svého spekulativního jednání a ví, že neuspěje. Banky se ovšem na rozdíl od toho často cítí rozhodnutím finančního arbitra poškozeny a podávají proto žalobu k soudu.

4. ZÁVĚR

Autor tohoto článku se domnívá, že Česká republika nezvolila nejvhodnější formu řešení sporů vyplývajících z některých vztahů mezi finančními institucemi a jejich klienty. Je na místě zamyslet se nad otázkou, jakou formu řešení sporů zvolit, aby byla dostatečně hospodárná a efektivní. Autorovi se jeví vhodné rozhodnout se mezi dvěma modely a to mediací, jejíž nejsilnější zbraní je rychlost a rozhodčím řízením v jehož prospěch hovoří konečnost a vykonatelnost rozhodčího nálezu. Současný model, tzv. quasi rozhodčího řízení, pokulhává, a to jak co do rychlosti, tak co do konečnosti rozhodnutí a nevyužívá předností obou uvedených typů řízení. K tomu lze připočítat skutečnost průměrných nákladů na jedno řízení, které téměř pětinašobně převyšují částku, o kterou v řízení jde.

Pro inspiraci směřování dalšího vývoje mimosoudních řešení sporů mezi finančními institucemi a jejich klienty lze využít již existující zkušenosti stávajících a mnohdy velice dobře funkčních modelů. Pro úpravu mimosoudního řešení sporů v České republice bude možné využít také zkušenosti se zaváděním mimosoudních řešení spotřebitelských sporů (podnikatel vs. spotřebitel) společným projektem Ministerstva průmyslu a obchodu

a Hospodářské komory České republiky a aplikovat je v různých oblastech života. V tomto případě však bude potřeba ještě nějaký čas s hodnocením vyčkat, neboť systém byl zaveden teprve nedávno. Pokud by se Česká republika rozhodla vydat spíše cestou rozhodčího řízení, bude nutné zajistit souhlas s rozhodčím řízením na straně finančních institucí. Při tom lze použít zkušenost s tzv. povinnou nabídkou rozhodčího řízení tak, jak je tomu například v případě řešení sporů o doménová jména .cz. Banky by v tomto případě měly povinnost do smluv zahrnout povinně i závazek podřídit se rozhodčímu řízení v případě, že si to její klienti budou přát. Pokud jde o náklady takových řízení, lze se inspirovat úpravou jiných států, např. Německa, Finska, Francie, Itálie, Dánska či Irsko, kde jsou náklady na provoz příslušných rozhodovacích autorit placeny z příspěvků finančních institucí.

Literatura:

- GONGOL, T. Aplikace logického čtverce na způsoby řešení sporu. In MEKON 2008. Ostrava: EkF TU VŠB, 2008. ISBN 978-80-248-1704-0.
- JOPEK D.: Finanční arbitr – mimosoudní alternativa řešení sporů. Bankovníctví 2007.
- LISSE, L.: Finanční arbitr de lege ferenda. Právní rozhledy č. 7/2008.
- PROCHÁZKOVÁ B.: Finanční arbitr – ochrana spotřebitele při užívání elektronických platebních prostředků, 2003. Dostupné na www: <http://www.epravo.cz/top/clanky/financi-arbitr-ochrana-spotrebitel-pri-uzivani-elektronickych-platebnich-prostredku-21478.html>.
- Doporučení Komise (ES) č. 257/1998 o zásadách pro orgány příslušné pro mimosoudní urovnávání spotřebitelských sporů.
- Doporučení Komise (ES) č. 310/2001 o zásadách, jež se týkají mimosoudních orgánů při konsensuálním řešení spotřebitelských sporů.
- Nařízení Komise (ES) č. 874/2004 ze dne 28. dubna 2004, kterým se stanoví obecná pravidla pro zavádění a funkce domény nejvyšší úrovně .eu a zásady, jimiž se řídí registrace.
- Směrnice Evropského Parlamentu a Rady (ES) č. 2000/31 ze dne 8. 6. 2000 o některých právních aspektech služeb informační společnosti, zejména elektronického obchodu, na vnitřním trhu.
- Výroční zpráva Finančního arbitra za rok 2003.
- Výroční zpráva Finančního arbitra za rok 2004.
- Výroční zpráva Finančního arbitra za rok 2005.
- Výroční zpráva Finančního arbitra za rok 2006.
- Výroční zpráva Finančního arbitra za rok 2007.
- Zákon č. 229/2002 Sb., o finančním arbitrovi, ve znění pozdějších předpisů.
- Zákon č. 124/2002 Sb., o převodech peněžních prostředků, elektronických platebních prostředcích a platebních systémech (zákon o platebním styku), ve znění pozdějších předpisů.

- Zelená kniha Komise (ES) z 16. listopadu 1993 o přístupu spotřebitelů k právní ochraně a o urovnávání spotřebitelských sporů v rámci jednotného trhu.

Kontaktní údaje na autora – email:

gongol@opf.slu.cz

SANKCE V NORMÁCH FINANČNÍHO PRÁVA

LUBOMÍR GRÚŇ

Právnická fakulta Univerzity Palackého v Olomouci, Česká republika

Abstrakt v rodném jazyce

Finanční vztahy a jejich právní úprava byly a jsou natolik významné, že finanční právo zcela zákonitě obsahuje mnohá sankční ustanovení pro případ porušení povinností ukládaných normami finančního práva. Příspěvek obsahuje vybrané pasáže z nejdůležitějších pododvětví finančního práva, které obsahují sankční řešení takových případů. Nutno přitom diferencovat mezi finančními sankcemi, které představují širší okruh, a sankcemi ukládanými normami finančního práva.

Klíčová slova v rodném jazyce

Finanční právo, sankce, peníze, pokuta, penále, zvýšení daně, odnětí licence.

Abstract

Financial relationships and regulation thereof have been and still are so significant the finance law logically governs many sanction provisions for case of breach of obligations imposed under the finance law standards. The report illustrates selected passages of the most important finance law sub-branches governing sanction solutions to such cases. Nevertheless, we have to distinguish therein between the financial penalties of a broader scope and the penalties imposed under the finance law standards.

Key words

Finance law, sanctions, money, fine, penalty, tax increase, licence withdrawal.

1. ÚVOD

Jedním z témat dnešních dnů je otázka vynutitelnosti práva. Téma mediálně vcelku vděčné, nejširší veřejnost však na další a další výstupy tohoto druhu začíná podle mého soudu reagovat napůl podrážděně a napůl rezignovaně, neboť její naprosto dominantní část, jak napovídají nejrůznější průzkumy, má v tomto směru nepříliš valné mínění o celé plejádě institucí, jejichž vějíř se stále více rozevívá. Situace prostě není dobrá a návrhy na řešení jsou k uzoufaní tytéž. Co s tím?

Tento příspěvek není tím generálním, všespasitelným návodem. Není jisto, zda takovým návodem vůbec může je a zda jím tato forma outputu vysokoškolského pedagoga vůbec může být. Záměrem je však na několika stranách uchopit svůj chlebobárný předmět – chlebobárný již osmnáct let a snad i něco navíc – a synteticky předložit jeho sankční možnosti. Jisté formě řešerše se sice není možno vyhnout, přesto však chci předeslat, že cílem je spíše naznačit, kam ještě by podle mého soudu bylo záhodno napřít pozornost jak legislativy, tak i všech institucí, které platné právo aplikují ve své každodenní praxi.

2. FINANČNÍ PRÁVO A JEHO SANKCE

Finanční právo jako samostatné a klasické právní odvětví je natolik různorodé a rozsáhlé, že se dodnes vede diskuse o jeho optimálním systému. Někdy zde v této souvislosti zazní i otázka postavení norem procesního charakteru a s tím se vynoří i jejich sankční složka. Není zřejmě sporu v tom, že je-li finanční právo o penězích, tak zasahuje nutně všechny oblasti

celospolečenského spektra, všechny subjekty ... a jejich zájmy. Tyto zájmy jsou v tržním prostředí především zájmy hospodářskými, tedy zájmy, kde peníze jako cíl a někdy i nástroj vystupují někdy přímo a bezprostředně, někdy skrytě a pod závojem špatně skrývaných ekonomických zájmů jednotlivce nebo skupin. Buď jak buď, peníze činily a činí člověka vynalézavým pokud jde o jejich získávání. Nežádka se stane, že tato snaha přesáhne rámec společenské, normované tolerance, a pak nastupuje – měla by nastoupit – ona již zmíněná sankční složka norem finančního práva. Jedním ze specifíků této právní disciplíny je ovšem také skutečnost, že právě zde vystupuje zákonodárce nežádka velice alibisticky. Často se ve finančním právu setkáme s odkazem na řešení situace na bázi zodpovědnosti disciplinární, majetkové nebo také trestněprávní. Tedy: nabízí se zde možnost řešení případů porušení norem finančního práva podle Zákoníku práce nebo ve smyslu odpovědnosti za škodu, jak ji upravuje Občanský zákoník. Tou třetí možností je pak uplatnění trestněprávní odpovědnosti, pokud výše způsobené škody a společenská nebezpečnost protiprávního jednání přesáhne hranici, kterou vnímáme jako rozhodující pro uplatnění kvalifikování konkrétního nedovoleného jednání podle Trestního zákona.

A co tedy zůstává v sankčních možnostech norem finančního práva? Nahlédněme nyní velice syntetickým způsobem do vybraných finančněprávních norem, které obsahují sankční ustanovení. Nutno již předem předeslat, že v tomto směru postrádáme patřičnou invenci a vyšší stupeň ingerence; ovšem na druhé straně není chyba, pokud takto nahlížíme, jen na úseku finančního práva. Již nyní avizujeme myšlenku, ke které se dále dostaneme, že totiž i jiná právní odvětví jako by nevykazovala dosti vůle a rozhodnosti k uplatnění postihu kromě jiného i finanční či peněžní formou ... v konečném důsledku však právní normy všech právních odvětví nesou více či méně pečeť skutečnosti, že pocházejí všechny z jednoho kadlubu, tedy z parlamentní dílny, jejíž svrchovaným oprávněním je nenechat kámen na kameni tam, kde tak společenství ctihodných otců a matek vlasti uzná za vhodné a žádoucí. To ovšem není kritika parlamentarismu jako takového, ale jeho nedokonalosti, pokud v daných historicko společenských podmínkách nabude vrchu ...

Pragmaticky se vrátíme k finančnímu právu. Již jsme konstatovali, nikoli první a nikoli převratně, že jde o právní odvětví. Tedy o tak rozsáhlý soubor obecně závazných právních předpisů postihujících natolik rozsáhlou oblast společenských vztahů jako předmětu úpravy, že bylo shledáno nutným dopracovat se v zájmu přehlednosti k systematice jejich uspořádání podle určitého klíče. Vycházejme z toho, že finanční právo se člení na jednotlivá pododvětví podle věcné a systémové homogenity takto tříděných právních norem, resp. předpisů.

Na prvním místě je to finanční právo rozpočtové. Také proto, že jej na prvním místě uvádí většina autorů, včetně mne. Ponechme nyní stranou odborné půtky, co všechno vlastně do tohoto pododvětví patří, v každém případě budeme nyní abstrahovat od extenzivní teorie, podle které vlastně finanční právo je pouze rozpočtové právo a možná ještě něco navíc – sdílím jisté sympatie ke zdůraznění veřejnoprávního charakteru finančního práva jako takového, zaměření tohoto příspěvku a jeho směřování je však jiné. Tak tedy ve zkratce: jak je to se sankcemi v tomto pododvětví? Dlužno říci, že to není nijak slavné, a prosím, aby toto konstatování bylo chápáno tak, jak bylo myšleno: tedy že rozpočtové právo finanční sankčními možnostmi příliš neoplývá.

Rozpočtové právo finanční především ve svých základních pramenech odráží skutečnost, že zde existují dvě základní větve veřejné správy, a to státní správa a samospráva; v této chvíli nemám na mysli profesní samosprávu a její orgány, ale samosprávu územně personální. S tím korespondují dva základní prameny rozpočtového práva – zákon č. 218/2000 Sb. o rozpočtových pravidlech (rozpočtová pravidla) a zákon č. 250/2000 Sb. o rozpočtových

pravidlech územních rozpočtů, oba ve znění pozdějších předpisů. V prvním případě se sankční prvek projevuje především v § 6 (k příjmům státního rozpočtu patří kromě jiného i sankce za porušení rozpočtové kázně, penále za neoprávněně použité nebo zadržené prostředky poskytnuté z Národního fondu a pokuty), § 38 (důsledky porušení kázně při hospodaření s peněžními prostředky Národního fondu; jako sankční opatření je zde uvedena i možnost uplatnění penále) a § 44 a 44a (sankčním opatřením při porušení rozpočtové kázně se rozumí odvod a penále).

Podle našeho názoru ovšem odvod určité části neoprávněně získaných nebo neoprávněně použitých prostředků nelze považovat za sankci v pravém slova smyslu, analogicky tak není sankcí použití některého z rozpočtových opatření. Jde spíše o akt restitutio in integrum nebo in natura.

Ve druhém případě jsou sankční možnosti obce nebo samosprávného kraje právě tak skoupé. Sankční prvek najdeme jedině v § 7 /k příjmům rozpočtu obce patří i příjmy z vlastní správní činnosti a také příjmy z vybraných pokut a odvodů uložených v pravomoci obce podle tohoto zákona nebo podle zvláštních zákonů), § 7 (obdobně jako u obcí je tomu tak i v případě kraje) a § 22 (předpokládá se možnost uplatnění odvodu nebo penále). I v tomto případě jsme toho názoru pokud jde o institut odvodu nebo jeho části jako v předcházejícím odstavci.

Druhým významným pododvětším je daňové právo finanční. Toto konstatování zde nečiním bez jisté výhrady. Již asi deset let lze evidovat snahy o ještě významnější a samostatnější profilaci daňového práva, a to nikoli pouze jako jednoho z pododvětví finančního práva, ale jako samostatného, svébytného celku. Za sebe mohu jen říci, že tento přístup nepovažuji za systémový, neboť nerespektuje jinak známou skutečnost, že daň jako povinná zákonem uložená peněžní povinnost znamená konfirmaci daní sice jako nejvýznamnějšího, ale nikoli jediného zdroje některého z veřejných rozpočtů. Tato stať však není o polemice na toto téma; jak je tomu tedy se sankcemi upravenými v normách daňového práva finančního?

Zde je situace poněkud odlišná oproti situaci, jakou jsme načrtli v případě rozpočtového práva finančního. Zde – v daňovém pododvětví finančního práva – lze zaznamenat existenci procesního daňového předpisu, který v sobě konzumuje další okruh vztahů, při jejichž realizaci se předpokládá vznik situací postižitelných některou ze zde uvedených sankcí. Dejme však přednost tomu okruhu daňových předpisů, které lze subsumovat pod pomyslné označení jako daňové právo hmotné. Pokud vycházíme z převládající daňové kategorizace – abstrahujeme nyní od klasifikace daní podle metodiky OECD – dospějeme k tomuto základnímu členění na daně:

- důchodové
- majetkové
- spotřební.

Do první kategorie patří daně z příjmů fyzických a právnických osob; syntetickou právní úpravou je zde již letitý zákon č. 586/1992 Sb. o daních z příjmů ve znění pozdějších předpisů. Tento zákon neobsahuje typická sankční ustanovení, na několika místech však vyjadřuje záměr zákonodárce omezit daňový subjekt v jeho nárocích, pokud nedodrží podmínky zde stanovené. Jde např. o § 35b (zánik nároku na slevu na dani) nebo o § 38e, podle kterého bude plátcí daně předepsána a jako dluh vymáhána k placení částka zajištění daně, nebude-li včas odvedena včetně úroků z prodlení.

Majetkové daně jako druhou kategorii daní podle obvyklé daňové klasifikace tvoří ještě tři její podsystemy: daně z majetku, daně z nabytí majetku a daně z používání majetku. První podsystemovou úpravou je zákon č. 338/1992 Sb. o dani z nemovitosti ve znění pozdějších předpisů. Tuto daň tvoří daň z pozemků a daň ze staveb; jde o daň místní, neboť její správu vykonává obec. Zákon neobsahuje žádná sankční ustanovení; možnost případného zvýšení daňového koeficientu nelze vnímat jako formu postihu, neboť takový krok se neváže na předchozí porušení ustanovení tohoto zákona. Druhou podsystemovou právní úpravou je zákon č. 357/1992 Sb. o dani dědické, dani darovací a dani z převodu nemovitostí ve znění pozdějších předpisů. Především v případě prvních dvou daní došlo k zásadní redukci daňových povinností, sankční ustanovení zákon neobsahuje. Třetí podsystemová skupina je zastoupena vlastně jen jednou daní – jde o daň silniční podle zákona č. 16/1993 Sb. o dani silniční ve znění pozdějších předpisů. Správa a řízení ve věcech daně a sankce za nesplnění daňových povinností se řídí zvláštním předpisem, nestanoví-li tento zákon jinak. Jelikož tomu tak není, je zde prostor pro tento zvláštní předpis, kterým je zákon č. 337/1992 Sb.

Jak vidíme, u majetkových daní postrádáme zvláštní sankční ustanovení v jednotlivých hmotněprávních předpisech. U daní spotřebního charakteru je tomu jinak. Všeobecný typ spotřební daně je v české daňové soustavě zastoupen daní z přidané hodnoty podle zákona č. 235/2004 Sb. o dani z přidané hodnoty ve znění pozdějších předpisů. Nikoli jako typická sankce, přesto však s obdobným působením je koncipován § 23 pojednávající o dovozu zboží. Daňová povinnost zde kromě jiného vzniká i jako následek nezákonného dovozu zboží nebo porušení podmínek dočasného uskladnění zboží. Poněkud jednoznačněji působí v tomto smyslu § 98, podle kterého nesplní-li osoba povinná k dani povinnost se registrovat, je povinna uhradit správci daně částku až ve výši 10 % z celkových příjmů nebo výnosů za zdanitelná plnění jako náhradu za zdanitelná plnění, která uskutečnila bez daně. Podobně nesplní-li osoba identifikovaná k dani, která pořizuje zboží z jiného členského státu, povinnost se registrovat, je povinna ke stejné náhradě. Pojem sankce je však výslovně uveden v § 104 v souvislosti s nesprávným uvedením daňové povinnosti za jiné zdaňovací období – zde představuje 0,1 % z částky daně uvedené v daňovém přiznání za nesprávné zdaňovací období za každý den krácení státního rozpočtu. Jde tedy vlastně o formu penále. Oprávněné správce daně zrušit registraci plátce, pokud tento neplní své povinnosti podle tohoto zákona, vyplývá z ustanovení § 106 zákona a jde nesporně o sankční opatření.

Selektivní spotřební daně upravuje zákon č. 353/2003 Sb. o spotřebních daních ve znění pozdějších předpisů. Zde vykonávají správu těchto daní celní orgány. Sankční účinek má nesporně oprávnění celního ředitelství odejmout zvláštní povolení (§ 13 odst. 21) nebo povolení k provozování daňového skladu (§ 20 odst. 18) nebo povolení daňovému zástupci (§ 23 odst. 16). Jednoznačně sankční obsah má § 42 zákona; jde o oprávnění celního úřadu nebo celního ředitelství rozhodnout o zajištění, propadnutí a zabránění vybraných výrobků a dopravních prostředků. A následně podle § 43 zákona celní úřad uloží pokutu ve výši 10 % z částky zajištění daně použité na úhradu daně, bylo-li zajištění použito na úhradu daně. Celá čtvrtá část zákona pak pojednává poměrně rozsáhlým způsobem o přestupcích a správních deliktech, kde výše pokuty může dosáhnout až 50 mil. Kč.

Postavení zvláštního, procesního předpisu zde má již zmíněný zákon č. 337/1992 Sb. o správě daní a poplatků ve znění pozdějších předpisů. Tento zákon upravuje správu daní, poplatků, odvodů, záloh na tyto příjmy a odvodů za porušení rozpočtové kázně, které jsou příjmem veřejného rozpočtu (tedy státního rozpočtu, státních finančních aktiv nebo rezervních fondů organizačních složek státu, rozpočtů územních samosprávných celků a státních fondů, případně Národního fondu). Na tomto místě dlužno podotknout, že pojem „veřejný rozpočet“

zde prezentuji v jeho extenzivní podobě, konzumuje tedy i územní rozpočet, což je ovšem jen legislativní zkratka pro rozpočty samosprávných územních celků.

Tomu odpovídají i možnosti příslušných orgánů při uplatňování sankcí. Prvou z nich je sankce za porušení povinnosti zachovávat mlčenlivost, která u pracovníka správce daně může představovat pokutu až do výše 500 000 Kč. Jako určitou formu sankce lze považovat i zrušení registrace správcem daně (§ 33 odst. 15), nesplní-li daňový subjekt povinnost oznámit změny některých, zákonem předpokládaných skutečností. Samostatný § 37 řeší problematiku ukládání pokut za nesplnění peněžitých povinností nepeněžité povahy, jejíž výše může dosáhnout až 2 mil. Kč. Následný § 37a upravuje blokové řízení, kde pokuta nepřesahuje 5 000 Kč, a § 38 upravuje penále ve výši od 5 % do 20 % z částky dodatečně vyměřené daně nebo daňové ztráty, popřípadě daně stanovené k přímému placení. Sankcí je podle § 38 zákona i pozastavení činnosti – jde o podnikatelskou činnost, jejíž výsledky jsou předmětem zdanění a již se porušení povinnosti týká. Tyto sankce lze uplatnit v řízení přípravném. Pokud jde o stadium placení již vyměřené daně, zákon upravuje úrok z prodlení, považují však za sporné, zda tento institut vykazuje všechny znaky sankce, i když znamená ekonomický postih v případě, že daň nebyla zaplacená včas. Zato zvýšení daně podle § 68 takovou sankcí je – správce daně může zvýšit daň až o 10 %, nebylo-li daňové přiznání nebo hlášení nebo dodatečné daňové přiznání nebo hlášení o dani podáno včas. Vymáhání daňových nedoplatků formou exekuce pak již představuje samostatný daňově právní institut, který sice je v určitém smyslu sankcí sui generis, vykazuje však i znaky samostatného stadia daňového řízení; sankce je zde spíš v morální rovině, event. i v povinnosti snášet náklady daňové exekuce.

Tolik k sankcím v daňovém podpodvětví finančního práva. Následuje poplatkové právo, co do rozsahu skromnější, ovšem jen zdánlivě – snad ještě nikdo neudělal kvantifikaci všech obecně závazných právních předpisů, v nichž se ukládá povinnost platit poplatek. Věc se má tak, že jako poplatek se stále označuje velice široká plejáda platebních povinností nedaňového charakteru, v nichž lze promítnout princip ekvivalentnosti a princip jednorázové platby, což patří mezi charakteristické znaky poplatku jako takového. Zůstaneme-li u poplatků, jak je představují učebnice finančního práva, lze se soustředit na poplatky:

- státní, k nimž patří poplatky správní a poplatky soudní,
- místní, tedy poplatky vybírané orgány územní samosprávy na základě zvláštního zákona,
- specifické, kam patří vlastně všechny ostatní (nejznámější jsou tzv. poplatky ekologické).

Zákon o správních poplatcích č. 634/2004 Sb. ve znění pozdějších předpisů má poměrně skromnou (co do rozsahu) textovou část, zato sazebník je rozsáhlý víc než dost. Nutno poukázat na § 5 odst. 6, podle kterého zvýšení, penále, úrok z prodlení ani úrok za dobu posečkání s placením poplatku, stanovení zvláštním předpisem o správě daní, se neuplatňují. Jiná ustanovení se sankčním obsahem zákon neobsahuje.

Soudní poplatky se vybírají na základě zákona č. 549/1991 Sb. o soudních poplatcích ve znění pozdějších předpisů. V § 9 se uvádějí následky nezaplacení poplatku, soud řízení prostě zastaví, pokud zákon nestanoví jinak. Obdobně jako u správních poplatků i zde se neuplatňují některé sankce stanovené zákonem o správě daní a poplatků.

Místní poplatky jsou předmětem úpravy zákona č. 565/1990 Sb. o místních poplatcích, který neobsahuje samostatná sankční ustanovení. V případě vzniku poplatkové povinnosti a jejího

nezaplacení obec může využít všechny klasické možnosti, jaké má věřitel, na prvním místě žalobu na soudě.

Pokud jde o další, kdysi významné pododvětví finančního práva – celní právo, zde došlo vstupem do Evropské unie ze tří čtvrtin k zániku tohoto pododvětví, což koresponduje se značně omezenou možností české celní správy clo vyměřovat, vybírat a vymáhat. Clo mělo vždy blízko k poplatku celou řadou společných znaků, zákon o správě daní a poplatků se však již nezmiňuje o možnosti jeho uplatnění i v celních vztazích.

Zmíněná pododvětví finančního práva vyjadřují především jeho vyhraněný veřejně právní charakter, cestu „od financí k veřejným financím, od veřejných financí k finančnímu právu“. Koncepce finančního práva v našich podmínkách však již tradičně vychází z jeho širšího chápání, proto sem patří další pododvětví – měnové právo. Rozsahem nevelké, jinak však mimořádně důležité. Ústředním právním předpisem je zde zákon č. 6/1993 Sb. o České národní bance ve znění pozdějších předpisů. Česká národní banka je ústřední bankou České republiky a orgánem vykonávajícím dohled nad finančním trhem – k této druhé stránce právního postavení České národní banky se ještě vrátíme. V pozici emisního centra nedisponuje zvláštními sankčními nástroji, zákon však obsahuje několik ustanovení o správních deliktech. Jde především o správní delikt při reprodukci symbolů peněz a jejich napodobenin (§ 46c a pokuta do 500 000 Kč), správní delikt proti peněžnímu oběhu (§ 46d a pokuta do 1 mil. Kč), ale také správní delikt v platebním styku (§ 46e a pokuta do výše 5 mil. Kč) a správní delikt při plnění informační povinnosti (§ 46b a pokuta do 1 mil. Kč).

S měnovým právem bezprostředně souvisí a v mnoha směrech se s ním i prolíná devizové právo, které je stále tradičním pododvětvím finančního práva. Zákon č. 219/1995 Sb. devizový zákon ve znění pozdějších předpisů je ústředním právním předpisem tohoto pododvětví. Předmětem jeho úpravy je především nakládání s devizovými hodnotami, kterými jsou peněžní prostředky v cizí měně, zahraniční cenné papíry a finanční deriváty. Upravuje dále postavení subjektů devizově právních vztahů – tuzemců a cizozemců. Devizovými orgány pro tuto oblast jsou ministerstvo financí (rozpočtová sféra) a Česká národní banka (vůči ostatním subjektům). Kromě legislativní aktivity a povolovací agendy jde i o zakotvení možností případného postihu pro porušení devizových předpisů. Sankční ustanovení jsou obsaženy ve třetí části tohoto zákona. Vychází se z institutu devizové kontroly a z povinností kontrolovaných osob; za porušení devizových předpisů se považuje i překročení rozsahu povolení a nedodržení podmínek stanovených v devizové licenci, koncesní listině ke směnárenské činnosti nebo ve zvláštním povolení. Podle závažnosti a povahy porušení devizových předpisů pak devizový orgán ve správním řízení: a) omezí, pozastaví či odejme devizovou licenci, b) uloží peněžitou pokutu, která může dosáhnout až 50 mil. Kč a jejíž vymáhání zajišťuje celní úřad.

Poměrně novou součástí, i když ne všeobecně z hlediska metodiky akceptovanou, je finanční trh, konkrétně jeho právní úprava. Nutno říci, že se zde do jisté míry nesystémově infiltruje veřejné finanční právo soukroměprávními instituty; nejde o požadavek laboratorní čistoty, ale prostě o to, že je někdy obtížné stanovit přesně hranici mezi trhem jako takovým a okruhem oprávnění některých institucí. Buď jak buď, i zde je dominantní postavení České národní banky, které vyplývá nejen ze zákona o České národní bance, ale i z několika dalších obecně závazných právních předpisů, ke kterým patří například zákon č. 21/1992 Sb. o bankách ve znění pozdějších předpisů a zákon č. 256/2004 Sb. o podnikání na kapitálovém trhu ve znění pozdějších předpisů. Pokud jde o námi sledovanou oblast sankčních ustanovení ve finančním právu, tak lze upozornit hlavně na § 46a zákona o České národní bance (za správní delikty při podnikání a obchodování na peněžním trhu se uloží pokuta do 1 mil. Kč). Zmíněný zákon

o bankách má v celé své sedmé části zakotvena opatření k nápravě a pokuty, která uplatní Česká národní banka tehdy, když zjistí nedostatky v činnosti banky nebo pobočky zahraniční banky. Kromě pokuty do výše 50 mil. Kč. jde o zavedení nucené správy, omezení licence, snížení základního kapitálu nebo i zákaz či omezení provádět operace a osobami, které jsou spjaty úzkým propojením s bankou nebo k ní mají zvláštní vztah. Také podle zákona č. 377/2005 Sb. o finančních konglomerátech lze vůči fyzickým osobám a právnickým osobám uložit za přestupky nebo správní delikty pokutu do 50 mil. Kč. Také zákon o podnikání na kapitálovém trhu dává České národní bance celou řadu oprávnění na základě výsledků vykonaného dohledu uložit některé sankce. Podle § 136 zákona může jít hlavně o zákaz činnosti podléhající dohledu, pozastavení obchodování s cennými papíry, zavedení nucené správy, odnětí povolení uděleného podle tohoto zákona a některé další formy sankčních opatření.

Finanční kontrola představuje další okruh vztahů upravených normami finančního práva jako relativně homogenní celek a tak se i při výuce prezentuje. Stěžejním právním předpisem je zde zákon č. 320/2001 Sb. o finanční kontrole ve veřejné správě ve znění pozdějších předpisů. Tento zákon vymezuje uspořádání a rozsah finanční kontroly vykonávané vždy, kdy jednou ze stran je orgán veřejné správy; stanoví i předmět a zásady finanční kontroly. Z povahy věci je zřejmé, že nebude absentovat ustanovení sankčního charakteru. Jde o pokuty ukládané za maření veřejnosprávní kontroly vykonávané na místě (§ 17) a pokuty za nepřijetí nebo neplnění přijatých opatření k nápravě nedostatků (§ 20); v obou případech mohou být uloženy až do výšky 1 mil. Kč.

3. ZÁVĚR

Uvedené příklady právního zakotvení sankcí ve finančním právu nepředstavují vyčerpávající přehled; jde o účelovou rešerš, která měla dát prostor k diskusi na téma: představuje sankční složka norem finančního práva v současné době optimální model, který by svou koncepcí mohl být životaschopný i v dalších letech, v období pokračující europeizace právní úpravy finančních vztahů? Jaký je zde prostor pro legislativní řešení situace, kdy se značná část případů porušení norem finančního práva přesouvá de facto mimo finanční sféru? Jaká je v tomto směru vlastně společenská objednávka a jak v tomto směru vyznívají reflexe z množství nejrozsáhlejších vědecko teoretických setkání na tuzemské i mezinárodní úrovni? Chceme vlastně změnu? A proč a v jakém směru?

I z těchto důvodů tento příspěvek vlastně neobsahuje závěry v obvyklém slova smyslu, je však jeho (a jejich) vizí.

Literatura:

- Bakeš, M. a kol: Finanční právo. 4. vydání. C.H.Beck, Praha 2006. ISBN: 80-7179-431-7.
- Grůň, L.: Finanční právo a jeho instituty. 2. vydání. LINDE, Praha 2006. ISBN: 80-7201-620-2.

Kontaktní údaje na autora – email:

renata.balutova@upol.cz

VYBRANÉ ASPEKTY OCEŇOVÁNÍ MAJETKU PRO POTŘEBY SOUDNÍHO ŘÍZENÍ

RENÁTA HÓTOVÁ, MICHAL KRČ

Obchodně podnikatelská fakulta Slezské univerzity (R. Hótová), ALFA znalecká s.r.o. (M. Krč), Česká republika

Abstrakt v rodném jazyce

Příspěvek se zabývá některými dílčími aspekty oceňování majetku pro potřeby soudního řízení z pohledu praktických zkušeností autorů.

Cílem příspěvku je posouzení akceptovatelnosti využití majetkové metody ocenění na bázi historických cen při diagnostice úpadku ekonomického subjektu.

Klíčová slova v rodném jazyce

Znalecký posudek, oceňování majetku, předlužení, insolvence.

Abstract

The paper deals with some aspects of sub-valuation of property for the purposes of judicial proceedings in view of the practical experience of the authors. The aim of the assessment is accepted methods of valuation of property on the basis of historical cost in the diagnosis of the economic decline of the body.

Key words

Expert opinion, the valuation of assets, over-insolvency.

1. ÚVOD

Znalci a znalecké ústavy (dále jen znalci) působící v oboru ekonomika (oceňování majetku) jsou soudem ustanovováni z důvodů vymezených zejména zákonem č. 513/1991 Sb., obchodním zákoníkem a v současnosti (s účinností od 1. 7. 2008) i zákonem 125/2008 Sb., o přeměnách obchodních společností a družstev:

a) Stanovení hodnoty nepeněžitého vkladu při vzniku a při zvýšení základního kapitálu společnosti

Nepeněžitým vkladem může být jen majetek, jehož hospodářská hodnota je zjistitelná a který může společnost hospodářsky využít ve vztahu k předmětu podnikání. V praxi bývá předmětem nepeněžitého vkladu zejména podnik či jeho část, nemovitosti, pohledávky, hmotný movitý majetek, obchodní podíly aj.

b) Ocenění jmění společnosti při fúzích a ostatních přeměnách

Přeměnami společností jsou:

- Fúze sloučením
- Fúze splynutím
- Převod jmění na společníka

- Rozdělení

- rozdělení se založením nových společností
- rozdělení sloučením
- kombinací obou forem

c) Znalecké zprávy při fúzích a ostatních přeměnách společností

d) Stanovení hodnoty majetku posudkem znalce podle § 196a (resp. § 135) ObchZ

e) Ocenění a posudky znalce v ostatních případech

- ocenění vypořádacího podílu (§ 61 ObchZ)
- přezkoumání vztahů mezi propojenými osobami (§ 66a, § 182 ObchZ)
- ocenění obchodního podílu společnosti s ručením omezeným (§ 117a ObchZ)

Znalecké posudky zpracováváné za těmito účely mají jeden společný prvek, a tím je zpravidla neomezený přístup oceňovatelů k veškerým relevantním podkladům potřebných pro ocenění.

V našem příspěvku se však dále budeme zabývat pouze případy, kdy tomu tak není a znalec musí pracovat s podklady, které významně omezují možnost využití nejvhodnějších oceňovacích metod.

2. PROBLEMATIKA DIAGNÓZY ÚPADKU Z POHLEDU ZMĚN V TRESTNÍM A ÚPADKOVÉM PRÁVU

Znalci působící v oboru ekonomika jsou poměrně často pověřováni zpracováním znaleckých posudků, které souvisejí s objasňováním hospodářské trestné činnosti v oblasti tzv. úpadkových deliktů. Pokud hovoříme o úpadkových deliktech, zpravidla se těmito míní trestné činy poškozování věřitele podle § 256 TrZ, zvýhodňování věřitele podle § 256a TrZ, pletichy při řízení konkursním a vyrovnacím podle § 256b TrZ a předlužení podle § 256c TrZ, tedy trestné činy vymezené v hlavě deváté zvláštní části trestního zákona pojednávající o trestných činech proti majetku. V hlavě druhé zvláštní části o trestných činech hospodářských je však vymezen další trestný čin, který se vztahuje ke konkursnímu řízení, a to porušování povinnosti v řízení o konkursu podle § 126 TrZ, kterého se dopustí pachatel, jenž

a) po prohlášení konkursu maří nebo hrubě ztěžuje výkon funkce správce konkursní podstaty a tím ohroží úplné a správné zjištění majetku patřícího do konkursní podstaty nebo zpeněžení tohoto majetku (odstavec 1) nebo

b) nesplní svou zákonnou povinnost podat návrh na prohlášení konkursu (odstavec 2).

Zde je nutné zdůraznit, že § 126 odst. 2 TrZ byl zrušen s účinností od 1. 1. 2008.

Neznamená to ovšem, že na sankcionování zákonné povinnosti podat návrh na prohlášení konkursu zákonodárce rezignoval.

Zákonná povinnost podat návrh na prohlášení konkurzu byla ustanovena v § 3 zákona č. 328/1991 Sb., o konkurzu a vyrovnání. Od 1. 1. 2008 vstoupil v platnost zákon č. 182/2006 Sb., insolvenční zákon, který vymezuje tuto povinnost v § 98:

(1) Dlužník, který je právnickou osobou nebo fyzickou osobou - podnikatelem, je povinen podat insolvenční návrh bez zbytečného odkladu poté, co se dozvěděl nebo při náležité pečlivosti měl dozvědět o svém úpadku. Tuto povinnost má i tehdy, byl-li pravomocně zastaven výkon rozhodnutí prodejem jeho podniku nebo exekuce podle zvláštního právního předpisu proto, že cena majetku náležejícího k podniku nepřevyšuje výši závazků náležejících k podniku; to neplatí, má-li dlužník ještě jiný podnik.

(2) Povinnost podle odstavce 1 mají i zákonní zástupci dlužníka a jeho statutární orgán a likvidátor dlužníka, který je právnickou osobou v likvidaci. Je-li těchto osob více a jsou-li oprávněny jednat jménem dlužníka samostatně, má tuto povinnost každá z nich. Insolvenční návrh podávají jménem dlužníka.

(3) Povinnost podat insolvenční návrh podle odstavců 1 a 2 není splněna, bylo-li řízení o insolvenčním návrhu vinou navrhovatele zastaveno nebo byl-li jeho insolvenční návrh odmítnut.

Postih za nesplnění zákonné povinnosti podat návrh na prohlášení konkurzu pak byl plně transferován z působnosti práva trestního do oblasti práva civilního.

V § 99 insolvenčního zákona jsou sankce vymezeny takto:

(1) Osoba, která v rozporu s ustanovením § 98 nepodala insolvenční návrh, odpovídá věřiteli za škodu nebo jinou újmu, kterou způsobí porušením této povinnosti.

(2) Škoda nebo jiná újma podle odstavce 1 spočívá v rozdílu mezi v insolvenčním řízení zjištěnou výší pohledávky přihlášené věřitelem k uspokojení a částkou, kterou věřitel v insolvenčním řízení na uspokojení této pohledávky obdržel.

(3) Osoba uvedená v odstavci 1 se odpovědnosti za škodu nebo jinou újmu podle odstavce 2 zproští, jen prokáže-li, že porušení povinnosti podat insolvenční návrh nemělo vliv na rozsah částky určené k uspokojení pohledávky přihlášené věřitelem v insolvenčním řízení, nebo že tuto povinnost nesplnila vzhledem ke skutečnostem, které nastaly nezávisle na její vůli a které nemohla odvrátit ani při vynaložení veškerého úsilí, které lze po ní spravedlivě požadovat.

V návaznosti na první větu § 98 odst. 1 insolvenčního zákona („Dlužník ... je povinen podat insolvenční návrh bez zbytečného odkladu poté, co se dozvěděl nebo při náležité pečlivosti měl dozvědět o svém úpadku“) bude opět zcela zásadní úlohu sehrávat diagnóza případného úpadku provozovaného podniku. Za pozornost stojí, že zákonodárce tím, že vypustil z TrZ § 126 odst. 2 (nesplnění své zákonné povinnosti podat návrh na prohlášení konkurzu) spojil definici úpadku i sankci za nesplnění této zákonné povinnosti do jediné právní normy – insolvenčního zákona a tak sjednotil možnosti znalecké interpretace úpadku.

V tento okamžik nelze než vycházet z definice úpadku, tak jak jej předkládá v § 3 insolvenční zákon:

(1) Dlužník je v úpadku, jestliže má

- a) více věřitelů a
- b) peněžité závazky po dobu delší 30 dnů po lhůtě splatnosti a
- c) tyto závazky není schopen plnit

(dále jen "platební neschopnost").

(2) Má se za to, že dlužník není schopen plnit své peněžité závazky, jestliže

- a) zastavil platby podstatné části svých peněžitých závazků, nebo
- b) je neplní po dobu delší 3 měsíců po lhůtě splatnosti, nebo
- c) není možné dosáhnout uspokojení některé ze splatných peněžitých pohledávek vůči dlužníku výkonem rozhodnutí nebo exekucí, nebo
- d) nesplnil povinnost předložit seznamy uvedené v § 104 odst. 1, kterou mu uložil insolvenční soud.

(3) Dlužník, který je právnickou osobou nebo fyzickou osobou - podnikatelem, je v úpadku i tehdy, je-li předlužen. O předlužení jde tehdy, má-li dlužník více věřitelů a souhrn jeho závazků převyšuje hodnotu jeho majetku. Při stanovení hodnoty dlužníkovy majetku se přihlíží také k další správě jeho majetku, případně k dalšímu provozování jeho podniku, lze-li se zřetelem ke všem okolnostem důvodně předpokládat, že dlužník bude moci ve správě majetku nebo v provozu podniku pokračovat.

(4) O hrozící úpadek jde tehdy, lze-li se zřetelem ke všem okolnostem důvodně předpokládat, že dlužník nebude schopen řádně a včas splnit podstatnou část svých peněžitých závazků.

3. ZÁKLADNÍ POSTUP PŘI HODNOCENÍ NAPLŇOVÁNÍ JEDNOTLIVÝCH KRITÉRIÍ ÚPADKU

Kritérium platební neschopnosti (insolvence)

Na rozdíl od zákona o konkurzu a vyrovnání, který pojem platební neschopnost či insolvence výslovně neuváděl (pouze vymezoval), insolvenční zákon již přesně definuje termín platební neschopnost a současně definitivně odstraňuje výkladový prostor pro posuzování skutečnosti, že dlužník není schopen po delší dobu plnit své splatné závazky, resp. co znamená po delší dobu (viz zákon o konkurzu a vyrovnání).

Kritérium "více věřitelů"

V praxi jsou zcela neobvyklé případy, kdy by podnikatelský subjekt, u něhož je přezkoumáván úpadek, měl pouze jednoho věřitele (lze však např. připustit teoretickou možnost, že podnikatelský subjekt zcela zastaví svou činnost a veškeré jeho závazky odkoupí od věřitelů jediná třetí osoba). Existence více věřitelů je pak zcela standardní i u tzv. živých subjektů, které se nepohybují v úpadkové zóně. V praxi to však znamená, že toto kritérium naplňují v podstatě veškeré zkoumané subjekty.

Kritérium předlužení

Z výše uvedeného vyplývá, že „o předlužení jde tehdy, má-li dlužník více věřitelů a souhrn jeho závazků převyšuje hodnotu jeho majetku“. Vezmeme-li v úvahu, že kritérium více věřitelů naplňují v podstatě všechny subjekty, pak zbývá pouze zkoumání, zda jsou závazky vyšší než majetek zkoumaného subjektu a toto zjišťování je základem práce ekonomů při posuzování úpadku (rovněž je nutné upozornit na skutečnost, že na rozdíl od minulé úpravy zákona o konkurzu a vyrovnání již insolvenční zákon nerozlišuje splatné a nesplacené závazky, kdy docházelo k požadavkům soudů na vypracování dodatků ke znaleckým posudkům neboť dlužník se s významnými věřiteli dohodl na odložení termínu splatnosti a tím si vylepšil tzv. konkurzní bilanci).

V tento okamžik lze formulovat následující tezi:

Zkoumání předlužení ekonomického subjektu je specifickou formou ocenění podniku, resp. zjišťování, zda je hodnota podniku stanovená některou z oceňovacích metod kladná či záporná (nulová).

4. OCENĚNÍ PODNIKU JAKO METODA DIAGNÓZY ÚPADKU

Podnik lze v zásadě oceňovat jednou z těchto oceňovacích metod:

1. Metody založené na analýze trhu (údaje kapitálového trhu, ceny porovnatelných transakcí apod).
2. Výnosové metody (založené na analýzách minulých a předpokládatelných ekonomických parametrů).
3. Majetkové metody (metoda na bázi likvidačního zůstatku a za předpokladu pokračování podniku metoda na bázi historických účetních cen nebo na bázi substanční).

A nyní se dostáváme k podstatě věci.

V našem případě hledáme odpověď na otázku zda je podnikatelský subjekt schopen uhradit své veškeré závazky prostřednictvím prodeje svého majetku.

Jak již bylo výše uvedeno, existují dva základní přístupy k majetkovému ocenění podniku:

- a) Ocenění likvidační metodou (metoda tzv. likvidačního zůstatku).
- b) Ocenění za předpokladu pokračování podniku (going concern).

V našem případě by tedy ocenění likvidační metodou odpovídalo na otázku, zda je zkoumaný subjekt schopen uhradit své závazky prostřednictvím prodeje aktiv a ocenění za předpokladu pokračování podniku by v podstatě odpovídalo na otázku, zda by byl předmětný podnik vůbec prodejný na trhu (včetně závazků) byť za symbolickou cenu.

Z hlediska zkoumání předlužení podniku však toto členění není plně relevantní neboť plně určující determinantou rozhodování o volbě metody je v tomto případě zpravidla omezená dostupnost nezbytných informací a podkladů.

Oceňovatel provádějící šetření je ve většině posuzovaných případů u malých podniků a často u středních omezen těmito faktory:

1. K dispozici jsou pouze účetní závěrky.
2. Hodnocení je téměř vždy prováděno s časovým odstupem.
3. V důsledku časového odstupe je zpravidla nemožné zpětně zjistit reálnou hodnotu aktiv.

V důsledku tohoto je tedy ve většině případů nemožné použití substanční metody na principu reprodukčních cen a rovněž nelze použít metodu likvidační na bázi přecenění aktiv a cizích zdrojů. V tento okamžik je tedy možnost volby metody redukována na využití principu historických cen, tedy za kolik byl majetek původně pořízen po účetních korekcích v rozvaze.

Konkrétní podobou tohoto ocenění je pak ocenění podle zásad platných v účetnictví. Na jejich základě je sestavena rozvaha, která je souhrnným vyjádřením účetního ocenění podniku. Jako hodnota netto zde slouží vlastní kapitál chápaný jako účetní vlastní kapitál.

Tento princip se zpravidla odchyluje od ekonomické reality. Při přeceňování aktiv a cizích zdrojů (tam, kde to je možné) pak v praxi zjišťujeme zpravidla tyto rozdíly mezi účetní a tržní hodnotou:

Aktiva

1. Dlouhodobý nehmotný majetek (software a ocenitelná práva)

- v naprosté většině případů je tržní hodnota nižší než účetní, často i nulová (morální zastarávání, omezení převoditelnosti v důsledku licencí apod.)

2. Nemovitosti (pozemky a stavby)

- v těchto případech velmi individuální přecenění, kdy tržní hodnota nemovitostí může být výrazně vyšší nebo nižší než účetní (např. tržní hodnota účetně odepsané historické nemovitosti v centru Prahy versus tržní hodnota velkokapacitního kravínu zkolaudovaného v roce 1991 na Bruntálsku).

3. Samostatné movité věci

- tržní hodnota je zpravidla nižší než účetní, v řadě podniků však inventárně figuruje velký objem drobného hmotného majetku (v pořizovací ceně do 40 000,- Kč), který není součástí rozvahy, avšak téměř vždy má vyšší než nulovou tržní hodnotu a v konečném součtu tak může tržní hodnota hmotného movitého majetku často převýšit hodnotu účetní.

4. Dlouhodobý finanční majetek (zejména obchodní podíly a cenné papíry)

- vedle nemovitostí jedna z nejvíce volatilních položek aktiv, lze zde nalézt majetkově významné podíly (z pohledu pořizovacích cen) v bezcenných a nečinných akciových společnostech stejně jako podíly ve společnostech s ručením omezeným v pořizovací hodnotě 100 000,- Kč, které mají tržní hodnotu v desítkách i stovkách milionů korun.

5. Zásoby

- neeviduje-li podnik tzv. neprodejné zásoby, pak se jejich tržní hodnota může blížit účetní v pořizovacích cenách.

6. Pohledávky z obchodních vztahů

- v této kategorii je v optimálním, málo četném případě, tržní hodnota rovna účetní, zpravidla je však (často výrazně) nižší.

7. Daňové pohledávky vůči státu

- nepřeceňují se.

8. Peníze a účty v bankách

- nepřeceňují se.

Závazky

- zpravidla nejsou přeceňovány, není-li k tomu důvodu.

Na tomto místě je nutno konstatovat, že z výše uvedených položek lze zpravidla zpětně rekonstruovat pouze tržní hodnotu nemovitostí (pokud nedošlo k významnému nezdokumentovatelnému technickému zhodnocení), případně obchodních podílů ve společnostech, které předkládají soudu v souladu se zákonem účetní závěrky (a to opět pouze na bázi historických účetních hodnot) nebo akcie veřejně obchodovatelných společností (výjimečná položka aktiv malých a středních podniků).

Pokud však při diagnóze zkoumaného ekonomického subjektu absentují (s výjimkou výše uvedených) relevantní údaje, nezbyvá, než využít k ocenění majetkové metody na bázi historických účetních cen. Na rozdíl od některých oceňovatelů se nedomníváme, že tato metoda je pro ocenění „zcela nepřijatelná“.

Podle našeho názoru existují dvě výjimky s vědomím nepřesností, které tato metoda přináší:

1. Použití této metody je s výhradou nižší vypovídací schopnosti akceptovatelné, pokud neexistují podklady k využití jiné metody s vyšší vypovídací schopností.
2. Pokud oceňovatel usoudí, že použití metody s obecně vyšší vypovídací schopností není pro posouzení konkrétního ekonomického jevu, majetku či transakce v jejich souvislostech vhodné, může se přiklonit k použití majetkové metody na bázi historických cen.

Souběžně uvádíme stanovisko autority v oceňování majetku prof. M. Maříka k principu používání historických cen: „tento princip často vede zejména u dlouhodobého majetku ke značné odchylce od ekonomické reality. Jeho výhodou je však velká průkaznost získaného ocenění“¹.

¹ Mařík, M. a kol.: Metody oceňování podniku, Praha: EKOPRESS, 2003, str. 284, ISBN 80-86119-57-2.

V každém případě je však oceňovatel povinen v posudku uvést limity vypovídací schopnosti a jejich příčiny a v případě, že je po zpracování seznámen s dalšími relevantními skutečnostmi a podklady, je povinen tyto zpracovat v rámci dodatku k posudku.

Na závěr našeho příspěvku poznamenáváme dvě skutečnosti, které podle našeho názoru mohou mít vliv na diagnostiku úpadku ekonomických subjektů z pohledu právní úpravy v insolvenčním zákoně:

1. Zákon o konkurzu a vyrovnání v § 1 odst. 3: „Fyzická osoba, je-li podnikatelem, a právnická osoba je v úpadku i tehdy, je-li předlužena. O předlužení jde tehdy, má-li tato osoba více věřitelů a její splatné závazky jsou vyšší než její majetek. *Do ocenění dlužníkovy majetku se zahrne i očekávaný výnos z podnikatelské činnosti, lze - li příjem převyšující náklady při pokračování činnosti důvodně předpokládat.*“

Tento výnos byl zpravidla ve znalecké činnosti akceptován za předpokladu, že oceňovateli byly předloženy relevantní podklady (např. kontrakty) jejichž kalkulace umožňovala budoucí hospodářský výsledek predikovat. V současném pojetí insolvenčního zákona (§ 3 odst. 3):

„ ... *Při stanovení hodnoty dlužníkovy majetku se přihlíží také k další správě jeho majetku, případně k dalšímu provozování jeho podniku, lze-li se zřetelem ke všem okolnostem důvodně předpokládat, že dlužník bude moci ve správě majetku nebo v provozu podniku pokračovat*“,

Lze toto ustanovení považovat za poměrně otevřenější, umožňující vícero výkladů a přístupů (přihlédnutí k další, přesněji nespecifikované správě majetku a provozování podniku), kdy zákonodárci opuštěnou definici bylo možné považovat alespoň z hlediska odborné terminologie za jednoznačnější. V každém případě nové ustanovení minimálně umožňuje oceňovateli zohlednit při ocenění např. smlouvu o smlouvě budoucí, ve které se věřitel zaváže při splnění dohodnutých podmínek odpustit zkoumanému subjektu dluhy apod.

2. Další významnou změnou je již výše popsané vypuštění podmínky neschopnosti plnění pouze splatných závazků pro diagnózu předlužení (§ 1 odst. 3 zákona o konkurzu a vyrovnání): „Fyzická osoba, je-li podnikatelem, a právnická osoba je v úpadku i tehdy, je-li předlužena. O předlužení jde tehdy, má-li tato osoba více věřitelů a její *splatné* závazky jsou vyšší než její majetek. ...“

Oproti tomu insolvenční zákon (§ 3 odst. 3): „Dlužník, který je právnickou osobou nebo fyzickou osobou - podnikatelem, je v úpadku i tehdy, je-li předlužen. O předlužení jde tehdy, má-li dlužník více věřitelů a souhrn jeho závazků převyšuje hodnotu jeho majetku“.

Na rozdíl od § 1 odst. 1 a 2 insolvenčního zákona se zde již nehovoří o peněžitých závazcích a je tedy otázkou, jak budou v tomto smyslu posuzovat znalci v oboru ekonomika existenci tzv. mimobilančních (podrozvahových) závazků, vyplývajících např. z dosud neuplatnitelného (ke dni zpracování posudku) ručení třetím osobám apod., když existence takového závazku je způsobilá přemístit bilančně pozitivní podnik v rámci ocenění hluboko do úpadkové zóny.

Literatura:

- Mařík, M. a kol.: Metody oceňování podniku, Praha: EKOPRESS, 2003, str. 402, ISBN 80-86119-57-2.
- Zákon č. 125/2008 Sb., insolvenční zákon.
- Zákon č. 140/1961 Sb., trestní zákoník, ve znění pozdějších předpisů.

- Zákon č. 328/1991 Sb., zákon o konkursu a vyrovnání, ve znění pozdějších předpisů.
- Zákon č. 513/1991 Sb., obchodní zákoník, ve znění pozdějších předpisů.

Kontaktní údaje na autora – email:

hotova@opf.slu.cz, krc.michal@seznam.cz

RACHUNKOWOŚĆ I AUDYT FINANSOWY W POLSCE W LATACH 1945 - 2008

MARIA JANKOWSKA

The Faculty of Economic Sciences and Management of the Nicolas Copernicus University,
Toruń, Poland

Abstract in original language

Artykuł poświęcony jest historii ewolucji rozwiązań w zakresie rachunkowości finansowej oraz audytu finansowego w Polsce w latach 1945-2008. Regulacje prawne w powyższym okresie ulegały znacznym zmianom – Polska bowiem po drugiej wojnie światowej miała gospodarkę centralnie sterowaną, a począwszy od 1990 r. przechodziła do gospodarki rynkowej. W okresie transformacji systemu społeczno-gospodarczego podmioty zainteresowane inwestowaniem w polskie przedsiębiorstwa napotykały na bariery, wśród których były: odmienne zasady ewidencji zdarzeń gospodarczych - a w konsekwencji inna sprawozdawczość finansowa, a także brak niezależnego weryfikatora – audytora finansowego, sprawdzającego podane w sprawozdaniach dane. Stąd zaistniała pilna potrzeba zmian stanu prawnego w tych obszarach prawa i dostosowanie przez Polskę regulacji do Międzynarodowych Standardów Sprawozdawczości Finansowej i regulacji audytu do funkcjonującego w rozwiniętych gospodarczo krajach.

Key words in original language

Rachunkowość finansowa, audyt finansowy.

Abstract

The paper deals with the history in the evolution of both the financial accounting solutions and financial audit in Poland between 1945 and 2008. At this period of time, the legal regulations have been significantly changing as after the World War II, Poland had a State-controlled economy and starting from 1990, it has been transforming into the market economy. In the period of transformation of the social and economic system, the units interested in investing into Polish companies encountered barriers such as: other principles for recording the economic events, and in consequence different financial reporting as well as no independent verifier, financial auditor to review the data given in the reports. That is why it was necessary to amend the legal status in these fields of law and harmonize the legislation to the International Standards of Financial Reporting and the regulation of audit to that functioning in economically developed countries.

Key words

Financial accounting, financial audit.

WSTĘP

Podmioty prowadząc działalność gospodarczą dążą do osiągnięcia zaplanowanych korzyści ekonomicznych. Miernikiem tych korzyści najczęściej jest wynik finansowy ustalany na podstawie prowadzonych przez jednostki ksiąg rachunkowych.

Artykuł poświęcony jest zmianom, jakie zachodziły w Polsce w regulacjach prawnych dotyczących rachunkowości i audytu finansowego w latach 1945- 2008, w którym to okresie miała też miejsce transformacja systemu społeczno-gospodarczego.

RACHUNKOWOŚĆ FINANSOWA W LATACH 1945 – 2008

W latach 1945-1990 obowiązywał w Polsce nakazowo – rozdzielczy system zarządzania. Nie sprzyjał on rozwojowi rachunkowości i jej stosowaniu w praktyce.

Początek transformacji związany był ze zmianami społeczno-ekonomicznymi i wprowadzaniem gospodarki rynkowej. Zwiastunem tych zmian było uchwalenie jeszcze przez sejm Polskiej Rzeczypospolitej Ludowej w dniu 23 grudnia 1988 roku ustawy o działalności gospodarczej¹. Jej artykuł 1 – przynajmniej jak na czasy w których ją uchwalano - był niezwykle nowatorski. Stwierdzał, że „podejmowanie i prowadzenie działalności gospodarczej jest wolne i dozwolone każdemu na równych prawach. Prawne wymogi legalnego podjęcia takiej działalności przez osobę fizyczną zostały maksymalnie uproszczone - wystarczyło zwykłe zgłoszenie takiej działalności do ewidencji prowadzonej przez organ administracji państwowej najniższego szczebla. Jedynie jedenaście rodzajów działalności gospodarczej podlegało koncesji. Ustawa ta godziła w najbardziej podstawowe założenie komunistycznej gospodarki stanowiący, że środki produkcji powinny być własnością państwową – w najgorszym przypadku spółdzielczą.

W 1989 roku został wprowadzony ustawą z dnia 12 grudnia 1989 roku podatek dochodowy od osób prawnych², który zakończył trwający od 1950 roku na gruncie podatków podział na jednostki spodarki uspołecznionej i nieuspołecznionej. Następna forma – z 1991 roku – dotyczyła podatków i opłat lokalnych. Później, w latach 1991 – 1992 podatkiem objęto dochody osób fizycznych oraz jednostek niemających osobowości prawnej³. Ostatnia istotna zmiana prawa podatkowego nastąpiła w 1993 roku wraz z wprowadzeniem podatku od towarów i usług oraz podatku akcyzowego⁴, które zastąpiły wcześniej istniejące podatki obrotowe. W 1995 r. uchwalono ustawę o ewidencji i identyfikacji podatników⁵.

Proces harmonizacji polskiej rachunkowości z przepisami obowiązującymi w Unii Europejskiej rozpoczął się w 1991 roku wydaniem przez Ministra Finansów rozporządzenia o zasadach prowadzenia rachunkowości⁶. Rozporządzenie uwzględniało regulacje polskiego Kodeksu Handlowego z 1934r⁷ i dokonywało inkorporacji szeregu rozwiązań z Czwartej Dyrektywy EWG⁸. Z momentem jego wejścia w życie przestały obowiązywać typowe plany kont dla przedsiębiorstw różnych branż. Nowy akt prawny z dnia 15 stycznia 1991 roku zawierał ogólne reguły obowiązujące w zakresie dokumentacji, prowadzenia ksiąg rachunkowych, wyceny aktywów i pasywów oraz ustalania wyniku finansowego. Zmieniał

¹ Dz. U. Nr 41, poz.324.

² Dz. U. Nr 21, poz.86.

³ Dz. U. Nr 80, poz.350.

⁴ Dz. U. Nr 11, poz.50.

⁵ Dz. U. Nr 142, poz.702.

⁶ Dz. U. Nr 10, poz.35.

⁷ Dz. U. Nr 57, poz.302.

⁸A. Jaruga, *Dyrektywy Unii Europejskiej i ich wpływ na harmonizację krajowych regulacji rachunkowości* [w:] *Procesy dostosowawcze w gospodarce polskiej w kontekście integracji z Unią Europejską cz.I* pod redakcją naukową W. Kwiatkowskiej, Społeczna Wyższa Szkoła Przedsiębiorczości i Zarządzania, Łódź 2002, s.22.

układ bilansu, wprowadzał też dwa warianty ustalania wyniku finansowego jednostki – porównawczy i kalkulacyjny⁹.

Kolejne zmiany nastąpiły w 1994 r. i były związane z wejściem w życie z dniem 1 stycznia 1995 ustawy o rachunkowości¹⁰, która zaczęła obowiązywać od 1 stycznia 1995 roku, stając się podstawowym dokumentem regulującym zasady prowadzenia rachunkowości oraz tryb badania sprawozdań finansowych na terytorium Polski. Równocześnie nadano po raz pierwszy rachunkowości rangę ustawową, upoważniającą do używania określenia „polskie prawo bilansowe”¹¹.

Opublikowanie tego aktu prawnego było następnym etapem dostosowywania polskiej rachunkowości do standardów międzynarodowych, ale przyczyniło się także do podniesienia bezpieczeństwa obrotu towarowego i funkcjonowania rynku kapitałowego. Spowodowało też ostateczne unormowanie i ustabilizowanie w skali gospodarki narodowej podstawowych warunków prowadzenia księgowości¹². Ustawa określiła ponadto szczegółowe reguły prowadzenia rachunkowości w jednostkach gospodarczych, biorąc przy tym pod uwagę specyfikę banków i ubezpieczycieli. W pełni ujmowała nadrzędną zasadę wiernego i rzetelnego obrazu (true and fair value). Pierwszy raz wprowadziła w Polsce obowiązek sporządzania pełnego sprawozdania finansowego (bilans, rachunek zysków i strat oraz informacja dodatkowa)¹³. Jedną z najważniejszych zmian, jaką wówczas wprowadzono, było dołączenie do sprawozdania finansowego rachunku przepływów pieniężnych. Do sporządzania tego rachunku zobowiązane zostały podmioty, które powinny corocznie poddawać swoje sprawozdania badaniu przeprowadzanego przez biegłego rewidenta. W ustawie z dnia 29 września 1994 roku pierwszy raz unormowano również tematykę zagadnień związanych z konsolidacją sprawozdań finansowych oraz rozwinięto zasady dotyczące prowadzenia ksiąg rachunkowych przy użyciu komputera. Zakres podmiotów, objętych obowiązkiem przestrzegania ustawy odpowiadał wymaganiom czwartej Dyrektywy. Obydwa akty prawne zwalniały z obowiązku stosowania przepisów ustawy małe przedsiębiorstwa, których obroty roczne za sprzedaży i operacji finansowych nie przekraczały równowartości w walucie polskiej 800 000 euro¹⁴. Natomiast zakres przedmiotowy polskich przepisów okazał się znacznie szerszy, ponieważ zarówno zasady prowadzenia ksiąg rachunkowych (także komputerowo), jak i kwestia rachunku przepływów pieniężnych nie zostały omówione w Dyrektywach unijnych.

⁹ K.Winiarska, *Rachunkowość przedsiębiorstw w procesie integracji z Unią Europejską*, Wyższa Szkoła Integracji Europejskiej, Szczecin 2000, s.5.

¹⁰ Dz. U. Nr 121, poz. 591.

¹¹ *Rachunkowość. Zasady prowadzenia po przystąpieniu do Unii Europejskiej cz.I*, praca zbiorowa pod redakcją T. Kiziukiewicza, Ekspert, Wrocław 2007, s.24.

¹² J. Gierusz, *Zmiany w ustawie o rachunkowości 2001/2002*, ODDK, Gdańsk 2001, s.6.

¹³ M. Giedroyc, E. Jezińska, Harmonizacja Rachunkowości w Polsce,(w:) *Ewolucja polskiej rachunkowości na tle rozwiązań światowych: Materiały Ogólnopolskiej Konferencji Katedr Rachunkowości zorganizowanej przez Katedrę Rachunkowości Finansowej Akademii Ekonomicznej w Krakowie (Kraków 12-14 września 2001 r.)*, AE Kraków 2001, s.63-64.

¹⁴ Zgodnie z wersją ustawy o rachunkowości na dzień 1 stycznia 2008 r.

Dalsze zmiany w rachunkowości polskiej związane były z radykalną nowelizacją polskiego prawa bilansowego. Zmiany uchwalono 9 listopada 2000 roku. Zaczęły obowiązywać od 1 stycznia 2002¹⁵.

Główną przyczyną tych nowelizacji był rozwój współpracy międzynarodowej i coraz bardziej swobodny przepływ kapitału, konieczność uwzględniania w sprawozdaniach finansowych skutków nowych ryzykownych transakcji związanych z rozwijającymi się formami rynku finansowego, a także konieczność harmonizacji zasad sporządzania sprawozdań w skali międzynarodowej¹⁶.

W nowelizacji ustawodawca odwołał się bezpośrednio do Międzynarodowych Standardów Rachunkowości, a w artykule 10 ust.3 ustawy określił, iż w sprawach nieuregulowanych przepisami ustawy, przyjmując zasady (politykę) rachunkowości, jednostki mogą stosować krajowe standardy rachunkowości wydane przez Komitet Standardów Rachunkowości. W przypadku braku odpowiedniego standardu krajowego, jednostki mogą wykorzystywać MSR.

Ustawa z dnia 9 listopada 2000 roku o zmianie ustawy o rachunkowości nie była ostatnim etapem zmian prawa rachunkowego. Wskutek ogłoszenia przez Unię Europejską rozporządzenia nr 1606/2002, wszystkie polskie spółki dopuszczone do obrotu na regulowanym rynku w obrębie Europejskiego Obszaru Gospodarczego zobowiązane zostały do sporządzania skonsolidowanych sprawozdań finansowych zgodnie z Międzynarodowymi Standardami Rachunkowości najpóźniej od początku 2005 roku. Ponadto:

- od 2005 roku wprowadzono obowiązek sporządzania skonsolidowanych sprawozdań finansowych zgodnie z MSSF dla emitentów papierów wartościowych dopuszczonych do publicznego obrotu oraz banków (art. 55 ust. 6a),
- ustalono prawo do sporządzania skonsolidowanych sprawozdań finansowych zgodnych z MSSF począwszy od 2005 roku dla emitentów papierów wartościowych ubiegających się o ich dopuszczenie do publicznego obrotu lub do obrotu na jednym z rynków regulowanych krajów Europejskiego Obszaru Gospodarczego (art. 55 ust. 6b) oraz dla jednostek wchodzących w skład grupy kapitałowej, w której jednostka dominująca wyższego szczebla sporządza sprawozdania zgodne z MSR (art. 55 ust. 6c),
- ustalono również prawo (także od 2005 roku) do sporządzania sprawozdań finansowych dla emitentów papierów wartościowych dopuszczonych do publicznego obrotu lub obrotu na jednym z rynków regulowanych krajów Europejskiego Obszaru Gospodarczego i emitentów papierów wartościowych ubiegających się o ich dopuszczenie do publicznego obrotu lub obrotu na jednym z rynków regulowanych krajów Europejskiego Obszaru Gospodarczego (art.45 ust. 1a), a także dla jednostek wchodzących w skład grupy kapitałowej, w której jednostka dominująca sporządza skonsolidowane sprawozdanie finansowe zgodne z MSR (art. 45 ust. 1b).

¹⁵ Dz. U. Nr 76, poz. 694.

¹⁶ D. Misińska, *Miejsce IV Dyrektywy UE w polskiej Ustawie o rachunkowości* [w:]

Rachunkowość, audyting i podatki u progu wejścia do Unii Europejskiej pod redakcją T. Cebrowskiej, D. Misińskiej, J. Szafraniec, Prace Naukowe Akademii Ekonomicznej we Wrocławiu, Wydawnictwo Akademii Ekonomicznej, Wrocław 2004, s.43.

Decyzję o ewentualnym sporządzaniu sprawozdań finansowych, zgodnych z MSR/MSSF w przypadku jednostek wspomnianych w art.45 ust.1a i 1b pozostawiono organowi odpowiedzialnemu za zatwierdzenie sprawozdania finansowego. W art.2 ust.1 ustawy obowiązek sporządzania skonsolidowanych sprawozdań finansowych przez emitentów wyłącznie dłużnych papierów wartościowych dopuszczonych do obrotu publicznego lub do obrotu na jednym z rynków regulowanych krajów Europejskiego obszaru Gospodarczego odroczone zostały do roku obrotowego rozpoczynającego się w 2007 roku. Natomiast począwszy od roku obrachunkowego rozpoczynającego się w 2005 roku, pozostawiono spółkom.

EWOLUCJA ROZWIĄZAŃ W ZAKRESIE AUDYTU FINANSOWEGO

Po drugiej wojnie światowej dopiero zmiany społeczno-polityczne, które zaszły w 1956 roku pozwoliły na swobodne działanie Stowarzyszenia Księgowych w Polsce. Dzięki wnioskowi tego Stowarzyszenia i w wyniku tego, że system nadzoru administracyjnego nad rachunkowością nie sprawdził się Rada Ministrów wydała w dniu 16 sierpnia 1957 r. uchwałę nr 332 dotyczącą badań sprawozdań finansowych przedsiębiorstw państwowych działających według zasad rozrachunku gospodarczego¹⁷. Zgodnie z uchwałą celem badania sprawozdań finansowych było zweryfikowanie pozycji bilansowych, wyniku finansowego oraz wydanie opinii o proponowanym podziale zysku i wysokości odpisów na fundusze specjalnego przeznaczenia. Badanie było dokumentowane protokołem stwierdzającym prawidłowość sporządzenia sprawozdania finansowego. Biegły przeprowadzający badanie był powoływany na czas nieokreślony przez organ sprawujący bezpośredni nadzór nad działalnością przedsiębiorstwa.

Ważne zmiany w pozycji biegłego rewidenta wprowadziła uchwała Rady Ministrów nr 187 z dnia 12 maja 1959 r.¹⁸ dotycząca rewizji finansowo-księgowej państwowych jednostek organizacyjnych. Ustanowiono nią dyplomowanego biegłego księgowego, którym mogły zostać osoby:

- posiadające wyższe wykształcenie ekonomiczne lub prawnicze i co najmniej 5 lat praktyki w zakresie rachunkowości w jednostkach gospodarki uspołecznionej, w tym co najmniej 2 lata na stanowisku głównego księgowego (lub innym samodzielnym stanowisku w służbie finansowo-księgowej), lub będące samodzielnymi pracownikami nauki w zakresie rachunkowości, albo posiadające średnie wykształcenie i 8 lat praktyki w rachunkowości, a w tym co najmniej 3 lata na stanowisku głównego księgowego (lub innym samodzielnym stanowisku w służbie finansowo-księgowej),
- mające nienaganną opinię moralną i zawodową,
- które zdały egzamin państwowy na dyplomowanego biegłego księgowego (egzamin składał się z 2 etapów i obejmował 10 przedmiotów specjalistycznych),
- które złożyły przyrzeczenie.

Wprowadzono także specjalizację branżową z podziałem na przemysł, budownictwo, handel, rolnictwo i budżet. Obok szeregu obowiązków biegły księgowy przyznano dodatkowe

¹⁷ M.P. Nr 73 z 1957 r., poz. 438.

¹⁸ M.P. Nr 58 z 1959 r., poz. 278.

uprawnienia, w tym: wolne od zajęć służbowych w wymiarze 21 dni roboczych przeznaczonych na badanie sprawozdań finansowych i prawo do dodatkowego wynagrodzenia z tytułu wykonywanych prac.

W 1960 roku Minister Finansów wydał zarządzenie, które zawierało wskazania cech etycznych biegłych oraz tryb przeprowadzania egzaminów na dyplomowanych biegłych księgowych. Etyka zawodowa zobowiązywała biegłego do wykonywania swego zawodu z bezstronnie i starannie, przy przestrzeganiu obowiązujących przepisów prawa. Biegły został zobowiązany do zachowania tajemnicy zawodowej, a w przypadku ujawnienia w trakcie badania przestępstw - do zabezpieczenia dowodów i zawiadomienia w formie pisemnej kierownika jednostki, a także do prezentacji stwierdzonych faktów w orzeczeniu.

Dnia 24 sierpnia 1973 r. Rada Ministrów podjęła uchwałę nr 210¹⁹ w sprawie głównych księgowych i dyplomowanych biegłych księgowych oraz badania i zatwierdzania rocznych sprawozdań finansowych państwowych jednostek organizacyjnych oraz ustanowiła tytuł dyplomowanego biegłego księgowego. Unormowała ponadto zasady działania głównych księgowych państwowych jednostek organizacyjnych .

Zmiany gospodarki centralnie planowanej na gospodarkę rynkową skutkowały zmianami także w instytucji biegłego księgowego.

Przepisy ustawy z 19 października 1991 roku o badaniu i ogłaszaniu sprawozdań finansowych oraz biegłych rewidentach i ich samorządzie²⁰ wprowadziły obowiązek badania sprawozdań finansowych przez niezależnych biegłych, a nazwa biegły księgowy została zmieniona na biegły rewident. Ustawa, podobnie jak w przypadku uchwalonej także w 1991 r. ustawy o rachunkowości, nawiązywała do rozwiązań stosowanych w Unii Europejskiej. Rozszerzała zakres badania sprawozdań finansowych. Obok przedsiębiorstw państwowych obowiązkowi badania poddano sprawozdania spółek akcyjnych, spółek z ograniczoną odpowiedzialnością, spółek komandytowych, spółek cywilnych, fundacji a także osób fizycznych prowadzących działalność gospodarczą spełniających określone warunki. Odbiorcami opinii oraz raportu z badania sprawozdania finansowego zostali akcjonariusze, udziałowcy, właściciele czy inwestorzy zlecający biegłemu badanie wiarygodności sytuacji majątkowo-finansowej oraz wyniku firmy. Biegli rewidentenci od tego momentu ponoszą odpowiedzialność cywilną jak i odpowiedzialność karną za sporządzenie nierzetelnej opinii o badanych sprawozdaniach finansowych..

Biegły rewident jest zobowiązany być członkiem samorządu zawodowego, którym jest Krajowa Izba Biegłych Rewidentów (KIBR, a rewizja ksiąg może być wykonywana przez zarejestrowany w Izbie podmiot uprawniony do badania. Organami samorządu zawodowego w ramach KIBR zostały Krajowy Zjazd Biegłych Rewidentów (obradujący co 4 lata) oraz pochodzące z wyboru: Krajowa Rada Biegłych Rewidentów, Krajowa Komisja Rewizyjna oraz Krajowy Sąd i Rzecznik Dyscyplinarny. Do zadań KIBR-u należy dbanie o rozwój i doskonalenie zawodowe biegłych rewidentów oraz promocja rozwiązań stosowanych w rozwiniętych gospodarkach rynkowych. Ponadto Krajowa Izba Biegłych Rewidentów ustanawia kodeks etyki oraz normy wykonywania zawodu biegłego rewidenta po zasięgnięciu opinii ministra właściwego do spraw finansów publicznych i Komisji Nadzoru Finansowego.

¹⁹ M.P. Nr 37 z 1973 r., poz. 226.

²⁰ Dz.U. Nr 111 z 1991 r., poz. 480.

W 2000 roku uchwalono nowelizację ustaw: w dniu 21 września - ustawę o zmianie ustawy o biegłych rewidentach i ich samorządzie²¹, a dnia 9 listopada - ustawę o zmianie ustawy o rachunkowości²².

W znowelizowanej ustawie o rachunkowości podniesiono problematykę badania i ogłaszania sprawozdań finansowych w tym także jednostek powiązanych. Jak uregulowano w ustawie celem badania sprawozdania finansowego jest wyrażenie przez biegłego rewidenta pisemnej opinii wraz z raportem o tym, czy sprawozdanie finansowe jest prawidłowe oraz rzetelnie i jasno przedstawia sytuację majątkową i finansową, jak też wynik finansowy badanej jednostki.

ZAKOŃCZENIE

Reasumując, można zauważyć, że Polska na przestrzeni ostatnich trzynastu lat dokonała nie tylko radykalnej zmiany systemu społeczno – gospodarczego, ale także dostosowała w wyniku harmonizacji krajowych przepisów z Dyrektywami Unii Europejskiej i z Międzynarodowymi Standardami Rachunkowości stan prawny dotyczący rachunkowości i audytu finansowego do rozwiązań światowych.

W rezultacie dokonywanych zmian rachunkowość i audyt w 2008 roku w sposób znaczący różni się nie tylko od rozwiązań obowiązujących po drugiej wojnie światowej ale i od obowiązujących jeszcze w latach dziewięćdziesiątych ubiegłego wieku.

Literatura:

- M. Giedroyc, E. Jezierska, Harmonizacja Rachunkowości w Polsce, (w:) Ewolucja polskiej rachunkowości na tle rozwiązań światowych. Materiały Ogólnopolskiej Konferencji Katedr Rachunkowości zorganizowanej przez Katedrę Rachunkowości Finansowej Akademii Ekonomicznej w Krakowie (Kraków 12-14 września 2001 r.), AE Kraków.
- J. Gierusz, Zmiany w ustawie o rachunkowości 2001/2002, ODDK, Gdańsk 2001, ISBN: 83-71874-50-2.
- A. Jaruga, Dyrektywy Unii Europejskiej i ich wpływ na harmonizację krajowych regulacji rachunkowości [w:] Procesy dostosowawcze w gospodarce polskiej w kontekście integracji z Unią Europejską, cz.I pod redakcją naukową W. Kwiatkowskiej, Społeczna Wyższa Szkoła Przedsiębiorczości i Zarządzania, Łódź 2002.
- D. Misińska, Miejsce IV Dyrektywy UE w polskiej ustawie o rachunkowości [w:] Rachunkowość, audyting i podatki u progu wejścia do Unii Europejskiej pod red.T. Cebrowskiej, D. Misińskiej, J. Szafraniec, Prace Naukowe Akademii Ekonomicznej we Wrocławiu, 2004, ISSN 0324-8445)nr 1048.

²¹ Dz. U. Nr 89 z 2000 r., poz. 992

²² Dz. U. Nr 113 z 2000 r., poz. 1186

- Rachunkowość. Zasady prowadzenia po przystąpieniu do Unii Europejskiej, praca zbiorowa pod redakcją T. Kiziukiewicz, cz. I, Ekspert, Wrocław 2007, ISBN: 978-83-89179-34-0.
- K. Winiarska, Rachunkowość przedsiębiorstw w procesie integracji z Unią Europejską, Wyższa Szkoła Integracji Europejskiej, Szczecin 2000, ISBN: 83-914-0-X.
- Rozporządzenie Prezydenta Rzeczypospolitej z dnia 27 czerwca 1934 r. Kodeks Handlowy, Dz. U. Nr 57 z 1934 r., poz. 321.
- Ustawa z dnia 23 grudnia 1988 r. o działalności gospodarczej, Dz. U. Nr 41, poz. 324.
- Ustawa z dnia 26 lipca 1991 r. o podatku dochodowym od osób fizycznych, Dz. U. Nr 80, poz. 350.
- Ustawa z dnia 15 lutego 1992 r. o podatku dochodowym od osób prawnych, Dz. U. Nr 21, poz. 86.
- Ustawa z dnia 8 stycznia 1993 roku o podatku od towarów i usług oraz o podatku akcyzowym, Dz. U. Nr 11, poz. 50.
- Ustawa z dnia 29 września 1994 r. o rachunkowości, Dz. U. Nr 121, poz. 591.
- Ustawa z dnia 13 października 1995 r. o zasadach ewidencji i identyfikacji podatników i płatników, Dz. U. Nr 142, poz. 702.
- Rozporządzenie Ministra Finansów z dnia 15 stycznia 1991 r. w sprawie zasad prowadzenia rachunkowości, Dz. U. Nr 10, poz. 35.
- Uchwała Nr 332 Rady Ministrów z dnia 16 sierpnia 1957 r. dotycząca badań sprawozdań finansowych przedsiębiorstw państwowych działających według zasad rozrachunku gospodarczego, M. P. Nr 73 z 1957 r., poz. 438.
- Uchwała Nr 187 Rady Ministrów z dnia 12 maja 1959 r. w sprawie rewizji finansowo – księgowej państwowych jednostek organizacyjnych, M. P. Nr 58 z 1959 r., poz. 278.
- Uchwała nr 210 Rady Ministrów z dnia 24 sierpnia 1973 r. w sprawie głównych księgowych i dyplomowanych biegłych księgowych oraz badania i zatwierdzania rocznych sprawozdań finansowych państwowych jednostek organizacyjnych, M. P. Nr 37 z 1973 r., poz. 226.

Kontaktні údaje na autora – email:

frycekl@econ.uni.torun.pl

ANALÝZA NAVRHOVANÉ PRÁVNÍ ÚPRAVY PPP PROJEKTŮ A JEJÍ SROVNÁNÍ S PRÁVNÍ ÚPRAVOU DE LEGE LATA

RADEK JURČÍK

Provozně ekonomická fakulta, MZLU v Brně, Česká republika

Abstrakt v rodném jazyce

Příspěvek se zabývá pojetím a obsahem právní úpravy Partnerství mezi veřejným a soukromým sektorem (kvazikoncesemi, koncesemi) a některými jejich aspekty.

Klíčová slova v rodném jazyce

PPP projekty a jejich druhy, finanční, právní a ekonomické aspekty PPP.

Abstract

This article deals with content legal regulation of Public Private Partnerships (quasiconcession, concession) and some aspects of PPPs.

Key words

PPP projects, types of PPPs, financial, legal and economic aspects of PPP.

1. ÚVOD

Ministerstvo pro místní rozvoj (MMR) vypracovalo nové znění zákona č. 139/2006 Sb. (pracovní verze ze dne 11.8.2008). Na první pohled nešlo s určitostí zjistit, zda jde o znění se zapracováním rozsáhlé novely tohoto zákona či o zcela nový zákon. Dne 31. října 2008 rozeslalo MMR do vnějšího připomínkového řízení zákon o veřejných koncesních zakázkách, který dosavadní koncesní zákon (zákon č. 139/2006 Sb., v platném znění) nahrazuje. Analýza tohoto návrh je předmětem zkoumání v tomto příspěvku.

2. PRÁVNÍ ÚPRAVA DE LEGE LATA

Právní úprava veřejných zakázek širším slova smyslu zahrnuje i právní úpravu veřejně soukromých partnerství, alespoň v té podobě partnerství, jak je pojímáno v ČR. Partnerství mezi veřejným a soukromým sektorem (Public Private Partnerships, zkráceně označované jako PPPs či PPP projekty) existuje více formách. V širším slova smyslu existují tyto druhy partnerství:

- klasické veřejné zakázky,
- koncese na služby a na stavební práce,
- nadlimitní veřejné zakázky s přenesenými riziky podle § 156 zákona č. 137/2006 Sb., o veřejných zakázkách, ve znění pozdějších předpisů (dále jen ZVZ) a § 1 odst. 2 zákona č. 139/2006 Sb., o koncesních smlouvách a koncesním řízení (dále jen KZ), označovaná rovněž jako kvazikoncese či kvazikoncesní veřejné zakázky.

Za účelem položení právního základu PPP projektů byl přijat koncesní zákon, který však pojímá PPPs úžeji, a to tak, že jde o Partnerství ve formě:

- koncese na služby a na stavební práce,

- nadlimitní veřejné zakázky s přenesenými riziky podle § 156 ZVZ a § 1 odst. 2 KZ.

Je nutno mít na paměti, že PPPs se vztahují toliko na veřejné zadavatele.

Pro úplnost termín public private partnership je obecným označením pro vztahy „spolupráce“ mezi veřejnou správou a soukromým sektorem. V různých státech bývá chápán různě – od privatizace státem vlastněných podniků, přes veřejné zakázky a koncesní smlouvy až po „soukromoprávní“ nakládání s majetkem veřejných korporací. V rámci tohoto dokumentu bude termín PPP v užším slova smyslu chápán jako ekvivalent koncesí, resp. koncesních smluv, a kvazikoncesních veřejných zakázek, v širším slova smyslu zahrnující i klasické veřejné zakázky.

2.1 VZTAH ZÁKONA O VEŘEJNÝCH ZAKÁZKÁCH A KONCESNÍHO ZÁKONA

Nejprve nutno uvést, že osobně se domnívám, že existence koncesního zákona jako samostatného zákona není opodstatněná a de lege ferenda by jej bylo vhodné zařadit do zákona o veřejných zakázkách. Ostatně právní úprava udělování koncesí, což je těžištěm i koncesního zákona, byla i v předchozí právní úpravě, tvořené zákonem č. 40/2004 Sb. součástí tohoto zákona a rovněž je upravena zahrnuta v zadávací směrnici EU pro veřejné zadavatele společně s klasickými veřejnými zakázkami.

Zákon o veřejných zakázkách upravuje postup k zavření smlouvy na předmět veřejné zakázky. Koncesní zákon upravuje udělování koncesí s tím, že zákonodárce předpokládá, že některá ustanovení koncesního zákona se použijí i na veřejné zakázky v případech, kdy by smlouva na daný předmět veřejné zakázky naplňovala definici koncesní smlouvy, což je jeden z klíčových pojmů koncesního zákona. Jinak řečeno koncesní zákon upravuje podmínky a postup veřejného zadavatele při uzavírání koncesních smluv v rámci spolupráce mezi veřejnými zadavateli a jinými subjekty (PPP projekty, Partnerství mezi veřejným a soukromým sektorem) a dále zapracovává příslušné předpisy Evropských společenství, úpravu koncesí na služby a stavební práce.¹

2.2 KONCEPCE PPP V ČESKÉ REPUBLICCE

Jak již bylo naznačeno, v ČR existují Partnerství založená na koncesních smlouvách a kvazikoncesních veřejných zakázkách.

Koncesní smlouvy (obdoba koncesí v pojetí evropské směrnice 2004/18/ES). Vztahuje se na ně pouze koncesní zákon v plném rozsahu. Koncesní zákon upravuje koncesní řízení (výběr koncesionáře), náležitosti koncesních smluv, dohled nad dodržováním zákona, přípravu koncesních projektů pro významné koncesní smlouvy, schvalování významných koncesních smluv, rozpočtový dozor nad zadavateli – samosprávnými celky, kde je nutná předchozí konzultace MF s uzavřením koncesní smlouvy, uveřejňování výzev a koncesních smluv.

Koncesní smlouvu lze uzavřít pouze na dobu určitou. Koncesní smlouva se dále řídí příslušnými ustanoveními obchodního zákoníku. Nejde tedy o samostatný smluvní typ, koncesní smlouvou může být i kupní smlouva, smlouva o dílo, pokud splňuje uvedené obsahové náležitosti. Koncesní smlouva je tedy zvláštním druhem smlouvy vyznačujícím se tím, že musí obsahovat výše uvedené nezbytné náležitosti a která je dále charakteristická tím,

¹ K povaze koncesí srov. Interpretační sdělení Komise o koncesích podle práva společenství (2000/C 121/02).

že se uzavírá na předmět koncese na služby či stavební práce, tedy postupem podle koncesního zákona.²

Koncese mají udělovat pouze veřejní zadavatelé, kteří jsou vymezeni stejně jako v zákoně o veřejných zakázkách. Veřejný zadavatel má povinnost udělit koncesní smlouvu v koncesním řízení podle koncesního zákona jen pokud je předpokládána hodnota koncesní smlouvy větší než 20 mil. Kč (do 20 mil. Kč jde o bagatelní koncese).

Zadávací směrnice pro veřejné zadavatele obsahuje a zmiňuje se o udělování koncesí. Koncese na stavební práce je veřejnou zakázkou obdobného typu jako veřejná zakázka na stavební práce. Koncese na stavební práce a veřejná zakázka mají stejný nebo velmi podobný předmět plnění. Veřejná zakázka na stavební práce se za splnění dalších podmínek stává koncesí na stavební práce. Rozdílem mezi koncesí na stavební práce a veřejnou zakázkou na stavební práce je platba. U koncese na stavební práce se jedná o platbu právem využívat předmět plnění po určitou dobu nebo o klasické peněžní protiplnění spojené s právem na užívání. U veřejné zakázky na stavební práce se jedná pouze o klasické peněžní protiplnění. Zadavatel, který hodlá kromě zaplacení nabídkové ceny navíc převést na vybraného dodavatele právo užívat stavbu po určitou dobu, zadává koncesi na stavební práce nikoli veřejnou zakázku na stavební práce.

Koncese na služby je obdobnou veřejnou zakázkou jako veřejná zakázka na služby s tím, že protiplnění za poskytnutí služeb, které jsou předmětem této koncese, spočívá v právu tyto služby po stanovenou dobu provozovat. Toto právo může být spojeno s poskytnutím peněžitého plnění veřejným zadavatelem.“

Pojem koncese ve smyslu práva veřejných zakázek a koncesí není v právních předpisech upraven. Při vymezení koncese je třeba vycházet především z § 16 KoncZ, které nepřímo definuje znaky koncesní smlouvy, kterými jsou

- poskytnutí služby nebo stavebních prací zadavateli dodavatelem (koncesionářem)
- žádná nebo jen částečná peněžní úhrada ze strany zadavatele za poskytnuté plnění (např. tzv. sociální platba)
- zadavatel umožňuje koncesionáři brát užitky vyplývající z poskytování služeb nebo z využívání provedeného díla (např. tím, že v případě zhotovené dálnice dává koncesionáři právo vybírat úhrady od třetích osob za užívání dálnice) společně s přenosem ekonomického rizika (podstatné části rizik) souvisejícího s poskytováním služeb nebo s využíváním provozovaného díla (v konkrétním případě je na koncesionáři, zda budou úhrady za užívání dálnice dostatečně vysoké, aby zajistily zisk koncesionáře, přičemž odpovědnost za správu a údržbu dálnice bude zpravidla rovněž přenesena na koncesionáře).

Praktickým a dosud nevyjasněným problémem je otázka vymezení podstatných ekonomických rizik spojených s braním užitků³, v důsledku kterých má veřejná zakázka charakter

² Nejde však o zvláštní smluvní typ, jako je kupř. kupní smlouva či smlouva o dílo. Vzhledem ke svému charakteru a předmětu právní úpravy bude koncesní smlouva mít charakter smíšené smlouvy, tzn. že bude sestávat z více smluvních typů dle obchodního zákoníku a občanskoprávních předpisů, kupř. smlouvy kupní, smlouvy o nájmu, smlouvy o dílo, apod.

kvazikoncese. Běžná ekonomická rizika vyplývající ze smlouvy mezi taková ekonomická rizika počítat nelze (riziko související s dokončení předmětu veřejné zakázky, vzniku škody, vad díla, smluvní pokuty, apod.), neboť tyto souvisí s realizací každé veřejné zakázky. Rizika s braním užitků by měly mít charakter (alespoň nepřímo vyjádřený) takový, že zisk vítězného uchazeče bude v určité míře závislý na efektivním provozování PPP projektu.

3. PŘIPRAVOVANÁ PRÁVNÍ ÚPRAVA

3.1 K NÁVRHU ZÁKONA

Působnost zákona je upravena v § 1 tak, že zapracovává příslušné předpisy Evropského společenství a upravuje:

- postupy při zadávání veřejných koncesních zakázek
- dohled nad dodržováním tohoto zákona.

Klíčovým pojmem návrhu je institut veřejné koncesní zakázky, což vyplývá i z názvu návrhu. Veřejná koncesní zakázka je definována jako právní vztah mezi jedním nebo více dodavateli (koncesionáři) a jedním nebo více veřejnými zadavateli, jehož předmětem je provedení stavebních prací, poskytnutí dodávek nebo služeb, přičemž protiplnění veřejného zadavatele spočívá buď výhradně v poskytnutí koncese, nebo v poskytnutí koncese společně s platbou. Jde tedy o definiční vymezení jak koncese, tak kvazikoncese v současném pojetí v jednom institutu.

Koncesí se pro účely tohoto zákona rozumí jedno nebo více oprávnění, které přímo souvisí s využíváním zhotovené stavby, dodané věci či s poskytováním služeb nebo s nimi souvisí funkčně či hospodářsky. Koncesí je zejména právo brát užitky ze zhotovené stavby, dodané věci či poskytovaných služeb nebo jejich části, popř. právo využívat i jiný majetek zadavatele, který funkčně nebo hospodářsky souvisí s předmětem veřejné koncesní zakázky. V rámci veřejné koncesní zakázky může poskytovat finanční plnění i koncesionář zadavateli.

Veřejné koncesní zakázky se podle předmětu dělí na veřejné koncesní zakázky na dodávky, veřejné koncesní zakázky na služby a veřejné koncesní zakázky na stavební práce.

3.2 KONCESNÍ ŘÍZENÍ

Návrh zákona upravuje tyto druhy koncesního řízení:

- koncesní řízení s jednáním o nabídkách (§ 7)
- koncesní řízení bez jednání o nabídkách (§ 8)
- koncesní řízení bez uveřejnění (§ 9).

Koncesní řízení se zahajuje

- uveřejněním oznámení o zahájení koncesního řízení s jednáním o nabídkách

³ Braním užitků nutno vymezit a stanovit v koncesní smlouvě. Braní užitků může mít charakter výběru poplatků (kupř. za parkovné), nájemného (u administrativních budov), apod.

- uveřejněním oznámení o zahájení koncesního řízení bez jednání o nabídkách
- odesláním výzvy k jednání v koncesním řízení bez uveřejnění.

Koncesní řízení bez uveřejnění může zadavatel použít za těchto podmínek, a to, jestliže:

- v předchozím koncesním řízení s jednáním o nabídkách či koncesním řízení bez jednání o nabídkách nebyly podány žádné nabídky,
- v předchozím koncesním řízení s jednáním o nabídkách či koncesním řízení bez jednání o nabídkách byly podány pouze nevhodné nabídky, které nesplňovaly požadavky zadavatele na předmět plnění veřejné koncesní zakázky, nebo
- nebyly podány žádné žádosti o účast v koncesním řízení s jednáním o nabídkách či v koncesním řízení bez jednání o nabídkách.
- veřejná koncesní zakázka může být splněna z technických či uměleckých důvodů, z důvodu ochrany výhradních práv nebo z důvodů vyplývajících ze zvláštního právního předpisu pouze určitým dodavatelem, nebo
- veřejnou koncesní zakázku je nezbytné zadat v krajně naléhavém případě, který zadavatel svým jednáním nezpůsobil a ani jej nemohl předvídat, a z časových důvodů není možné zadat veřejnou koncesní zakázku v jiném druhu koncesního řízení.
- dodávané zboží je vyráběno pouze pro účely výzkumu nebo vývoje, vyjma případů, kdy je zboží vyráběno ve větším množství za účelem dosažení zisku zadavatele nebo za účelem pokrytí nákladů zadavatele spojených s výzkumem nebo vývojem,
- jde o dodatečné dodávky od téhož dodavatele, s nímž již byla uzavřena koncesní smlouva, které jsou určeny jako částečná náhrada původní dodávky nebo jako rozšíření stávajícího rozsahu dodávky, a to za předpokladu, že by změna dodavatele nutila zadavatele pořizovat zboží odlišných technických parametrů, které by měly za následek neslučitelnost s původní dodávkou nebo by znamenaly nepřiměřené technické obtíže při provozu a údržbě původní dodávky; celková doba trvání původní koncesní smlouvy, včetně doby trvání koncesní smlouvy na dodatečné dodávky podle tohoto ustanovení, nesmí v případě zadavatele přesáhnout dobu 5 let, pokud to není odůvodněno zvláštními okolnostmi,
- jde o dodávky nabízené a kupované na komoditních burzách,
- jde o zboží pořizované za cenu podstatně nižší, než je obvyklá tržní cena, a podstatně nižší cena je dodavatelem nabízena jen po velmi krátkou dobu; zadavatel je oprávněn zadat veřejnou koncesní zakázku v koncesním řízení bez uveřejnění podle tohoto písmene pouze ve vztahu k základní veřejné koncesní zakázce.
- veřejná koncesní zakázka na služby je zadávána v návaznosti na soutěž o návrh podle zákona o veřejných zakázkách, podle jejíchž pravidel musí být veřejná koncesní zakázka zadána vybranému účastníkovi nebo jednomu z vybraných účastníků této soutěže. V případě více vybraných účastníků soutěže o návrh je zadavatel povinen vyzvat k jednání v koncesním řízení bez uveřejnění všechny vybrané účastníky.

- jde o dodatečné stavební práce nebo dodatečné služby, které nebyly obsaženy v původních zadávacích podmínkách, jejichž potřeba vznikla v důsledku objektivně nepředvídaných okolností a tyto dodatečné stavební práce nebo dodatečné služby jsou nezbytné pro provedení původních stavebních prací nebo pro poskytnutí původních služeb, a to za předpokladu, že dodatečné stavební práce nebo dodatečné služby budou zadány témuž dodavateli a dodatečné stavební práce nebo dodatečné služby nemohou být technicky nebo ekonomicky odděleny od původní veřejné koncesní zakázky, pokud by toto oddělení způsobilo závažnou újmu zadavateli, nebo ačkoliv je toto oddělení technicky či ekonomicky možné, jsou dodatečné stavební práce nebo dodatečné služby zcela nezbytné pro dokončení předmětu původní veřejné koncesní zakázky, a v případě zadavatele celkový rozsah dodatečných stavebních prací nebo dodatečných služeb nepřekročí 20 % hodnoty původní veřejné koncesní zakázky.

V koncesním řízení bez uveřejnění nelze zadat nadlimitní veřejnou koncesní zakázku na stavební práce.

Jde o období jednacího řízení bez uveřejnění dle zákona o veřejných zakázkách.

Koncesní řízení s jednáním o nabídkách

Oznámení o zahájení koncesního řízení s jednáním o nabídkách je výzvou neomezenému počtu dodavatelů k podání žádostí o účast v koncesním řízení a k prokázání splnění požadované kvalifikace.

Dodavatelé podávají písemnou žádost účast a prokazují splnění kvalifikace ve stanovené lhůtě. Po posouzení kvalifikace zájemců zadavatel vyzve zájemce, kteří prokázali splnění kvalifikace, k podání nabídky s tím, že o těchto nabídkách bude dále jednat. Pokud zadavatel v oznámení koncesního řízení s jednáním o nabídkách omezil počet zájemců pro účast v koncesním řízení s jednáním o nabídkách, vyzve k podání nabídky pouze zájemce.

Zadavatel je povinen vyzvat k podání nabídky nejméně 3 zájemce. Pokud byly zadavateli podány méně než 3 žádosti o účast v koncesním řízení s jednáním o nabídkách nebo méně než 3 žádostí o účast, než zadavatel uvedl v oznámení o zahájení koncesního řízení s jednáním o nabídkách, může vyzvat k podání nabídek všechny zájemce, kteří podali žádost o účast a prokázali splnění kvalifikace v požadovaném rozsahu. To platí i v případě, pokud splnění kvalifikace prokázali méně než 3 zájemci.

Jde o období jednacího řízení s uveřejněním dle zákona o veřejných zakázkách.

Koncesní řízení bez jednání o nabídkách

Oznámení o zahájení koncesního řízení bez jednání o nabídkách je výzvou neomezenému počtu dodavatelů k podání žádostí o účast v koncesním řízení a k prokázání splnění požadované kvalifikace. Dodavatelé podávají písemnou žádost o účast a prokazují splnění kvalifikace ve stanovené lhůtě. Po posouzení kvalifikace zadavatel vyzve zájemce, kteří prokázali splnění kvalifikace, k podání nabídky. Pokud zadavatel v oznámení koncesního řízení bez jednání o nabídkách omezil počet zájemců pro účast v koncesním řízení bez jednání o nabídkách, vyzve k podání nabídky pouze vybrané zájemce.

Zadavatel je povinen vyzvat k podání nabídky nejméně 3 zájemce. Pokud byly zadavateli podány méně než 3 žádosti o účast v koncesním řízení bez jednání o nabídkách nebo méně než 3 žádostí o účast, než zadavatel uvedl v oznámení o zahájení koncesního řízení bez jednáním

o nabídkách, může vyzvat k podání nabídek všechny zájemce, kteří podali žádost o účast a prokázali splnění kvalifikace v požadovaném rozsahu. To platí i v případě, pokud splnění kvalifikace prokázali méně než 3 zájemci.

Veřejné koncesní zakázky malého rozsahu

Zadavatel nemusí využít koncesní řízení, pokud zadává veřejnou koncesní zakázku, která nedosáhne hodnoty 2 mil. Kč bez DPH u zakázek na služby a dodávky a 6 mil. Kč bez DPH u stavebních zakázek.

Vztah koncesního zákona a zákona o veřejných zakázkách

Pokud předpokládaný příjem koncesionáře činí méně než 15% z celkové předpokládané hodnoty veřejné koncesní zakázky, nepostupuje zadavatel podle koncesního zákona. U těchto veřejných koncesních zakázek zadavatel nebere v úvahu poskytnutou koncesi a postupuje dále podle zákona o veřejných zakázkách.

Koncesní studie

Před zahájením koncesního řízení zadavatel zpracuje koncesní studii. Koncesní studie obsahuje zejména popis záměru zadavatele, vymezení činností, které mají být předmětem veřejné koncesní zakázky a činností s nimi souvisejících, vymezení ekonomických podmínek a právních vztahů vyplývajících z realizace veřejné koncesní zakázky a ekonomické posouzení výhodnosti jejího zajištění formou veřejné koncesní zakázky; podrobnosti obsahu koncesní studie stanoví prováděcí právní předpis. Koncesní studie musí být schválena před zahájením koncesního řízení.

Koncesní studii schvaluje:

- vláda v případě, že zadavatelem veřejné koncesní zakázky je Česká republika, státní příspěvková organizace nebo jiné právnické osoby, je-li Česká republika ve vztahu k této osobě v postavení zadavatele,
- zastupitelstvo kraje v případě, že zadavatelem veřejné koncesní zakázky je kraj, příspěvková organizace, u níž plní kraj funkci zřizovatele, nebo jiné právnické osoby, je-li tento kraj ve vztahu k této osobě v postavení zadavatele,
- zastupitelstvo obce v případě, že zadavatelem veřejné koncesní zakázky je obec, příspěvková organizace, u níž plní obec funkci zřizovatele, nebo jiné právnické osoby, je-li tato obec ve vztahu k této osobě v postavení zadavatele,
- orgán rozhodující o otázkách hospodaření v případě, že zadavatelem veřejné koncesní zakázky je jiný zadavatel.

Pokud nebyla schválena koncesní studie, koncesní řízení nelze zahájit. Koncesní studie je obdobným institutem jako koncesní projekt v současně platném zákoně.

Návrh obsahuje stejné či obdobné instituty jako zákon o veřejných zakázkách, a to koncesní dokumentace (obdoba zadávací dokumentace), institut nabídky, hodnotící komise, mimořádně výhodné finanční podmínky (obdoba mimořádně nízké nabídkové ceny), hodnotící kritéria, kvalifikaci, výběr nejvhodnější nabídky, apod.

Koncesní smlouva

Koncesní smlouvou se koncesionář zavazuje dodávat zboží, poskytovat služby nebo i provést dílo a zadavatel se zavazuje umožnit koncesionáři brát užitky vyplývající z dodávání zboží, poskytování služeb nebo z využívání provedeného díla, popřípadě spolu s poskytnutím části plnění v penězích.

Koncesní smlouva upravuje rozdělení rizik mezi zadavatele a koncesionáře, přičemž platí, že část rizik spojených s braním užitků vyplývajících z dodávání zboží, poskytování služeb nebo z využívání provedeného díla nese koncesionář.

Koncesní smlouva musí obsahovat alespoň:

- vymezení předmětu koncesní smlouvy
- ujednání o výši a splatnosti všech plateb
- přesnou specifikaci vzájemného plnění koncesní smluvních stran
- důvody, na jejichž základě může dojít k předčasnému ukončení koncesní smlouvy
- vymezení právních vztahů koncesní smluvních stran k majetku, který je určen k realizaci koncesní smlouvy včetně pravidel jejich vypořádání, pokud dojde k ukončení koncesní smlouvy
- závazek koncesionáře uzavřít pojistnou koncesní smlouvu o pojištění majetku a odpovědnosti za škodu k předmětu veřejné koncesní zakázky
- sankce pro případ nedodržení koncesní smluvních podmínek
- závazek koncesionáře v pravidelných časových intervalech informovat zadavatele o stavu plnění předmětu veřejné koncesní zakázky
- závazek koncesionáře vyžádat si vždy předchozí písemný souhlas zadavatel k nakládání s nemovitostmi, které se váží k plnění koncesní smlouvy.
- předkupní právo zadavatele k majetku, který je nezbytný pro provozování předmětu veřejné koncesní zakázky
- alternativní zajištění plnění předmětu veřejné koncesní zakázky
- řešení náhrady škody v případě jejího vzniku na straně koncesionáře, zadavatele i třetího subjektu,
- skutečnosti, které koncesní smluvní strany budou považovat za změnu poměrů odůvodňující předčasné ukončení koncesní smlouvy formou odstoupení, když platí, že vznikne-li změnou poměrů hrubý nepoměr mezi skutečnými a předpokládanými náklady, výnosy a příjmy koncesionáře nebo zadavatele, nebo nelze-li z jiných důvodů spravedlivě trvat na plnění zadavatele nebo koncesionáře, může zadavatel nebo koncesionář koncesní smlouvu předčasně ukončit formou odstoupení od koncesní smlouvy.

- závazek koncesionáře umožnit zadavateli kdykoli nahlédnout do všech účetních podkladů koncesionáře, které se váží k plnění koncesní smlouvy.

Koncesní smlouvu lze uzavřít pouze na dobu určitou, a to nejdéle na dobu 20 let. Koncesní smlouva musí být písemná a projevy vůle koncesní smluvních stran musí být na téže listině. Koncesní smlouva se dále řídí příslušnými ustanoveními obchodního zákoníku. Je-li součástí koncese i oprávnění užívat majetek zadavatele, práva a povinnosti koncesní smlouvou neupravené se řídí přiměřeně ustanoveními občanského zákoníku o nájemní smlouvě.

3.3 PŘEZKUM POSTUPU VEŘEJNÉHO ZADAVATELE

Při zadávání základních, podlimitních a nadlimitních koncesních zakázek může kterýkoliv dodavatel, který má nebo měl zájem na získání určité veřejné koncesní zakázky a kterému v důsledku domnělého porušení zákona úkonem zadavatele hrozí nebo vznikla újma na jeho právech (stěžovatel), zadavateli podat zdůvodněné námitky. Námitky musí stěžovatel doručit zadavateli do 15 dnů ode dne, kdy se o domnělém porušení zákona úkonem zadavatele dozví, nejpozději však do doby uzavření koncesní smlouvy. Do doby doručení rozhodnutí zadavatele o námitkách nesmí zadavatel uzavřít koncesní smlouvu či zrušit koncesní řízení.

Námitky proti zadávacím podmínkám musí stěžovatel doručit zadavateli nejpozději do 5 dnů od skončení lhůty pro podání nabídek.

Námitky proti rozhodnutí o výběru nejvhodnější nabídky nebo proti rozhodnutí zadavatele o vyloučení z účasti v koncesním řízení musí stěžovatel doručit zadavateli do 15 dnů ode dne doručení oznámení o výběru nejvhodnější nabídky veřejné koncesní zakázky podle § 14b nebo rozhodnutí o vyloučení z účasti v koncesním řízení. Před uplynutím lhůty pro podání námitek podle tohoto odstavce, a jsou-li námitky podány včas, do doručení rozhodnutí o námitkách nesmí zadavatel uzavřít koncesní smlouvu či zrušit koncesní řízení.

Námitky se podávají písemně. Podání řádných námitek je podmínkou pro podání návrhu na uložení opatření k nápravě ve stejné věci. Návrh na uložení zákazu plnění koncesní smlouvy může stěžovatel podat bez předchozího podání námitek.

Zadavatel přezkoumá podané námitky v plném rozsahu a do 10 dnů od obdržení námitek odešle stěžovateli písemné rozhodnutí o tom, zda námitkám vyhovuje či nikoliv, s uvedením důvodu. Vyhoví-li zadavatel námitkám, uvede v rozhodnutí způsob provedení nápravy.

Pokud zadavatel námitkám nevyhoví, uvědomí stěžovatele v písemném rozhodnutí o možnosti podat návrh na zahájení řízení o přezkoumání úkonů zadavatele u Úřadu.

Dohled Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže

Dohled nad dodržováním tohoto zákona vykonává Úřad pro ochranu hospodářské soutěže (ÚOHS), který má pravomoc:

- vydává předběžná opatření,
- rozhoduje o tom, zda zadavatel postupoval v souladu s tímto zákonem,
- ukládá nápravná opatření, sankce a zákaz plnění koncesní smlouvy,
- projednává správní delikty,

- kontroluje úkony zadavatele při zadávání veřejných koncesních zakázek,
- ukládá zákaz plnění již uzavřené smlouvy, což je nový institut.

Řízení o přezkoumání úkonů zadavatele se u Úřadu zahajuje na písemný návrh stěžovatele nebo z moci úřední.

Rozpočtový dozor Ministerstva financí

K uzavření koncesní smlouvy Českou republikou, státní příspěvkovou organizací, územním samosprávným celkem, příspěvkovou organizací, u níž funkci zřizovatele vykonává územní samosprávný celek, nebo jinou právnickou osobou, je-li územní samosprávný celek ve vztahu k této osobě v postavení zadavatele, je žadatel povinen vyžádat si předchozí stanovisko Ministerstva financí. Vyžádání stanoviska k uzavření koncesní smlouvy a jeho projednání při schvalování koncesní smlouvy je podmínkou platnosti koncesní smlouvy.

Ministerstvo financí žádost o stanovisko posoudí z hlediska možných dopadů přijímaných závazků obsažených v koncesní smlouvě a jejich vlivu na ekonomickou situaci žadatele nebo na mezinárodní závazky České republiky.

Pokud se Ministerstvo financí nevyjádří do 60 dnů od doručení, platí, že Ministerstvo financí nemá námitek k uzavření koncesní smlouvy.

Rejstřík koncesních smluv

Ministerstvo pro místní rozvoj zajišťuje vedení rejstříku koncesních smluv. Rejstřík je veřejně přístupný a je součástí informačního systému.

4. VLASTNÍ ANALÝZA

Při srovnání navrhované a současné právní úpravy právní v ES nutno konstatovat, že právo ES neobsahuje právní úpravu Partnerství mezi veřejným a soukromým sektorem. Mimo klasických veřejných zakázek bylo nutno z hlediska našich závazků přejmout do naší právní úpravy nadlimitní koncese na stavební práce a jejich udělování a nadlimitní koncese na služby. Podle současné právní úpravy zákon o veřejných zakázkách obsahuje zadávání veřejných zakázek a kvazikoncesních veřejných zakázek, koncesní zákon pak udělování koncesí. Návrh zákona o veřejných koncesních zakázkách toto mění. Podle zákona o veřejných zakázkách se budou zadávat veřejné zakázky a koncesní veřejné zakázky, pokud předpokládaný příjem koncesionáře činí méně než 15% z celkové předpokládané hodnoty veřejné koncesní zakázky. U těchto veřejných koncesních zakázek zadavatel nebere v úvahu poskytnutou koncesi a postupuje dále podle zákona o veřejných zakázkách.

Podle zákona o veřejných koncesních smlouvách se budou zadávat koncesní veřejné zakázky, které v sobě budou zahrnovat současné koncese a zčásti kvazikoncese.

Tato konstrukce je dle mého názoru s v rozporu se zadávacími směrnici ES, neboť směrnice Evropského parlamentu a Rady 2004/18/ES ze dne 31. března 2004 o koordinaci postupů při zadávání veřejných zakázek na stavební práce, dodávky a služby, v platném znění, ukládá, aby zadavatelům bylo umožněno zadávat nadlimitní veřejné zakázky v 5 zadávacích řízeních (otevřené, užší, jednacím řízení s uveřejněním a bez uveřejnění, soutěžní dialog), koncesní zákon, ve znění návrhu novely, již na zákon o veřejných zakázkách nikterak neodkazuje a je zřejmé, že záměrem navrhovatele je učinit nezávislým na zákoně o

veřejných zakázkách. Zákon o veřejných zakázkách proto na zadání koncesních veřejných zakázek použít nelze s výjimkou výše uvedenou. Přitom koncesní veřejné zakázky budou zahrnovat jak koncese, tak veřejně zakázky s určitou formou rizika. Pro realizaci koncesních veřejných zakázek mají být využita řízení podle koncesního zákona, tato představa je však zcela nesprávná, neboť koncesní veřejné zakázky jsou rovněž veřejnými zakázkami, pro jejichž zadávání nutno využít zadávací řízení podle zákona o veřejných zakázkách. Koncesní zákon obsahuje přitom „jen“ koncesní řízení s jednáním o nabídkách (obdoba jednacího řízení s uveřejněním podle zákona o veřejných zakázkách), koncesní řízení bez jednání o nabídkách (obdoba užšího řízení) a koncesní řízení bez uveřejnění (obdoba jednacího řízení bez uveřejnění), ne již však kupř. otevřené řízení, jenž je přípustné podle výše označené zadávací směrnice.

Rovněž základním znakem koncese je ekonomické riziko koncesionáře, čemuž návrh nevěnuje pozornost.

Jak bylo naznačeno v předchozím výkladu, koncesní zákon v současné době není příliš zdařilé legislativní dílo, navrhovaná právní úprava má ve srovnání se současnou úpravou ještě horší kvalitu. Nepřehledné množství institutů a ustanovení, které se co do počtu blíží rozsahu zákona o veřejných zakázkách, nejasné pojetí a aplikace bude způsobovat, že zákon o veřejných koncesních zakázkách bude obtížně použitelný i ze strany zkušených poradců a s problémy.

Podle informačního systému o veřejných zakázkách není současný koncesní zákon příliš používaný (2 registrované koncese a 4 kvazikoncese). Tato skutečnost může být způsobena i jeho složitostí. Proč jej tedy činit ještě více složitým a přijmout složitější zákon o veřejných koncesních zakázkách?

Podle mého názoru postačuje mít jen zákon o veřejných zakázkách obsahující rovněž právní úpravu koncesí a několik ustanovení věnující se Partnerství mezi veřejným a soukromým sektorem, což je názor, který není dosud ze strany MMR akceptovatelný.

Literatura:

- Horálek, V. Koncesní zákon a komentářem - Veřejně soukromá partnerství a jejich obecná právní úprava v ČR. Praha: Linde. 2006. 1. vydání. 104 stan. ISBN 80-86131-67-X.
- Jurčík, R. Zadávání veřejných zakázek a udělování koncesí v ČR a v EU. Praha: C.H.Beck. 2007.
- Kruták, T., Dvořák, D., Vacek, L. Zákon o koncesních smlouvách a koncesním řízení (koncesní zákon). Komentář. 1. vydání. Praha: C.H.Beck, 2006. 318 s.

Kontaktní údaje na autora – email:

jurcik@mendelu.cz, radek.jurcik@email.cz

Tento příspěvek je součástí řešení výzkumného záměru MSM 6215648904 TS 04.

TRADE AND BUSINESS SECRET VERSUS ACCESS TO ENVIRONMENTAL INFORMATION IN THE PRACTICE OF FEDERAL ADMINISTRATIVE COURT OF GERMANY

ONDŘEJ KÁBELA

Právnická fakulta Masarykovy univerzity, Česká republika

Abstrakt v rodném jazyce

Liberalizace přístupu k informacím o životním prostředí v důsledku přijetí směrnice 2003/4/ES, která nahradila do té doby platnou směrnicí 90/313/EHS, a její následná transpozice do národních právních řádů členských států Evropské unie, rozvířila ve Spolkové republice Německo debatu o tom, do jaké míry budou ušetřeny přístupu skutečnosti, které mají zůstat veřejnosti utajeny, jako např. obchodní tajemství. Článek si klade za cíl přiblížit ve zkratce tuto problematiku a na základě relevantní právní úpravy a soudní praxe německého Spolkového správního soudu zhodnotit současný stav v této zemi.

Klíčová slova v rodném jazyce

Směrnice 2003/4/ES, přístup k informacím, obchodní tajemství, Spolková republika Německo.

Abstract

Directive 2003/4/EC repealing Directive 90/313/EEC has liberalized an access to environmental information. A debate concerning the access to information intended to be kept secret, i.e. excluded from the public access, as e.g. trade secrets, has arisen in the Federal Republic of Germany as consequence of transposition of the Directives in the national legal orders of the European Union member states. This article intends to briefly focus on this dilemma and evaluate the current situation in this country based on the relevant laws as well as practice of the German Federal Administrative Court.

Key words

Directive 2003/4/EC, access to information, trade secret, Federal Republic of Germany.

1. INTRODUCTION

The main purpose of former European Economic Community (EEC) as indicates its name itself was of an economic nature, i.e. orientated on the support of economic co-operation among the member states. As results thereof, the environmental issues have not even been subject to the EEC Treaty¹ until Single European Act came into force in the year 1987. Since that time, the EEC has been authorized to undertake specific actions in order to contribute to environmental protection. The last word, however, have kept the member states.

¹ However, the EEC has been involved in environmental matters before the Single European Act came into force due to a plenty of legally unbinding action programs as of the years 1973, 1977 and 1983. See Official Journal (OJ) EC No. C 112 of 20.12.1973, p. 1, OJ EC No. C 139 of 13.6.1977, p. 1 and OJ EC No. C 46 of 17.2.1983, p.1.

The Commission of the EEC, despite these restrictions, adopted² already three years later, i.e. in the year 1990, Directive 90/313/EEC on the freedom of access to information on the environment.³ This Directive constituted on the community level a legal basis for free access to available environmental information which should be granted to natural as well as legal persons.⁴ The member states were obliged to bring their national legal regulations in compliance with the Directive by 31.12.1992 at the latest. However, many of the member states have failed to transpose Directive provisions in an appropriate manner⁵ so that its purpose has not been fully met. As shows a proposal for a new directive dealing with the access to environmental information, which was elaborated by the Commission in the year 2000, one of its aims⁶ was a necessary revision of Directive 90/313/EEC.⁷ This new directive should also pave the way towards the ratification by the European Community (EC) of the United Nations Economic Commission for Europe Convention on Access to Information, Public Participation in Decision-Making and Access to Justice in Environmental Matters of 25.6.1998 (Aarhus-Convention) through the alignment of the proposal to the relevant provisions of the Aarhus-Convention. The third aim was to adapt Directive 90/313/EEC to developments in information technologies so as to make a “second-generation” directive which will reflect the changes in the way information is created, collected, stored and transmitted.⁸ This proposal was subsequently adopted by the European Parliament and by the Council as Directive 2003/4/EC of 28.1.2003, on public access to environmental information and repealing Council Directive 90/313/EEC.⁹

2. TRANSPOSITION OF DIRECTIVES IN GERMANY

2.1 ENVIRONMENTAL INFORMATION ACT

The basic idea of the Directive 90/313/EEC, i.e. ensuring that public authorities are required to make available information relating to the environment to any natural or legal person at his request and without his having to prove an interest, was transposed into German national legal order one and half year after the transposition period has elapsed by the Environmental

² Art. 130s EEC Treaty (art. 175 of the European Community (EC) Treaty) has been used as legal basis.

³ OJ EC No. L 158 of 23.6.1990, p. 56-58.

⁴ Kružíková, E., Adamová, E., Komárek, J.: *Právo životního prostředí Evropských společenství : praktický průvodce*, Praha: Linde, 2003, p. 86.

⁵ European Court of Justice (ECJ), C-217/97 (Commission / Germany), judgment of 9.9.1999, Rep. 1999, I-5087, ECJ, C-233/00 (Commission / France), judgment of 26.6.2003, Rep. 2003, I-6625.

⁶ See Report from the Commission to the Council and the European Parliament on the experience gained in the application of Council Directive 90/313/EEC of 7.6.1990, on freedom of access to information on the environment, dated 29.6.2000, COM(2000) 400 final, (www.eur-lex.europa.eu), last visited 8.11.2008.

⁷ Gassner, U., Pisani, Ch.: *Umweltinformationsanspruch und Geheimnisschutz – Zukunftsperspektiven*, in: *Natur und Recht* 2001, p. 506-512.

⁸ Lit. 1.1 of justification of the new directive proposal, COM(2000) 402 final, OJ EC No. C 337E of 28.11.2000, pp. 156-162.

⁹ OJ EU No. L 41 of 14.2.2003, pp. 26-32.

Information Act (Umweltinformationsgesetz – UIG) of 8.7.1994,¹⁰ which came into force on 16.7.1994.¹¹

Free access to information on the environment should be pursuant to sec. 4 of UIG granted to everybody. The right to information became therewith a personal subject right. This was a fundamental change of the whole German conception of the access to information. The former German “information law” has been based on a strict principle of document confidentiality, whereas the right to information itself has been guaranteed only as a procedural right. The documents and information contained therein could be made public in an administrative procedure and only to the participants thereto provided that the inspection of documents might help them to set up their claim or to defend themselves.¹² The access to information was therewith not generally excluded. The applicant, however, had to prove his legal interest.

The access to environmental information was not unlimited. Sec. 3 par. 2 of Directive 90/313/EEC has enabled the member states to set up certain access restrictions. In addition to public interests, such as public security, national defense, the entitlement of access to information might be refused also in cases which embodied typical issues of private sphere, e.g personal data and/or files and its confidentiality, commercial and industrial confidentiality or intellectual property.

The UIG has adopted these exceptions nearly authentically, whereas it has made clear difference between the exclusion from disclosing information to protect public (sec. 7 UIG) and private interests (sec. 8 UIG). The circumstances under which facts identified as trade and/or business secrets could be made accessible were scheduled in sec. 8 par. 1 UIG. The access to trade and business secrets might not be granted without authorization. Moreover, the people concerned should be heard¹³ before the decision on disclosure of information, which might be potentially in the position to affect the protected trade and business secrets, was taken. The UIG has constructed also a legal presumption that the third party might be affected by the decision provided that he has identified transmitted information as trade and business secrets. However, pure identification of facts as trade and business secrets by the affected person (subjective element) was not enough sufficient for denying making them public. The person should demonstrate before the respective authority in each single case in detail that it was a case of trade and business secret (objective element).

2.2 TRADE AND BUSINESS SECRET

Unlike in the Czech Republic, where the trade secret is legally defined as “*commercial, manufacturing and technological facts relating to the enterprise which have actual or potential material or nonmaterial value, are not commonly available in the business circles in question, and are to be kept confidential at the discretion of the entrepreneur, who ensures*

¹⁰ Bundesgesetzblatt (BGBl.) 1994, Volume I, p. 1490.

¹¹ Some UIG provisions and definitions were not in compliance with the Directive 90/313/EEC, so that the ECJ must be involved – see ECJ, C-321/96 (Mecklenburg / Kreis Pinneberg), judgment of 17.6.1998 (www.curia.europa.eu), last visited 8.11.2008, ECJ, C-217/97 (Commission / Germany), judgment of 9.9.1999, Rep. 1999, I-5087.

¹² Sec. 29 of German Administrative Procedures Act (Verwaltungsverfahrensgesetz - VwVfG) of 25.5.1976, BGBl. 1976, Volume I, p. 1253.

¹³ The right of audience is generally stipulated in sec. 28 VwVfG, *ibid.*

that his enterprise's secrets are protected in a suitable manner"¹⁴, there is no such legal definition in Germany. However, as many times before, especially in community law, also this shortcoming has been solved upon a practice of courts,¹⁵ which has been subsequently accepted by expert public and literature.¹⁶ The German conception differentiates between trade and business secret. The first of both terms concerns especially facts and information connected with an enterprise and its subject (e.g. construction and manufacturing methods) whereas the business secret relates to the economic activity of the enterprise itself (e.g. price lists or lists of consumers). A fact is considered a business and/or trade secret, if it is:

- a. relating to an enterprise,
- b. known only to a limited number of persons and
- c. to be kept confidential at the discretion of the entrepreneur whereas
- d. an entrepreneur has a justifiable (economic) interest of keeping it secret.

The business and trade secret represent in not recent cases a relevant part of enterprise value or at least an economic advantage towards the potential competitors. It is therefore logical, that an entrepreneur does not have any interest in disclosure of these facts to the public. This is just the point, where a free access to information, even if only to that related to environmental matters, may lead to a conflict between a private and public interest. This sensible issue became yet more discussed after new regulation of access to environmental information, Directive 2003/4/EC, has been adopted.

3. NEW REGULATION OF ACCESS TO INFORMATION

3.1 DIRECTIVE 2003/4/EC

As mentioned above, Directive 2003/4/EC replacing Directive 90/313/EEC should bring the community law in compliance with the Aarhus Convention as well as remedy the deficiencies of former regulation.

Directive 2003/4/EC specified more precisely the conditions under which an access to environmental information shall be granted or on the other hand refused. A disclosure of information became a general rule. Any refusal of a request for environmental information shall be permitted only in specific and clearly defined cases, whereas the grounds for refusal shall be interpreted in a restrictive way, taking into account for the particular case the public interest served by disclosure. In every particular case, the public interest served by disclosure

¹⁴ Sec. 17 of the Act. No. 513/1991 Coll., Czech Commercial Code.

¹⁵ Federal Court of Justice (Bundesgerichtshof – BGH), I ZR 111/53 (Möbelpaste), decision of 15.03.1955, Zeitschrift der Deutschen Vereinigung für gewerblichen Rechtsschutz und Urheberrecht (GRUR) 1955, p. 424, 425, BGH, I ZR 72/59 (Wurftaubenpresse), decision of 01.07.1960, GRUR 1961, p. 43, BGH, I ZR 64/00 (Präzisionsmessgeräte), decision of 7.11.2002, GRUR 2003, p. 358.

¹⁶ Schomerus, T., Schrader, Ch., Wegener, B.: Umweltinformationsgesetz - Handkommentar, 2. edition, Baden-Baden: Nomos Verlagsgesellschaft, 2002, p. 282. Kuvert, F.-J., Potje, E.: Umweltinformationsgesetz für den Freistaat Sachsen – Kurzkomentar, 1. edition, Dresden: Richard Boorberg Verlag, 2007, pp. 104-105. Piper, H., Ohly, A.: Gesetz gegen unlauteren Wettbewerb – Kommentar, 4. edition, München: C.H.Beck Verlag, 2006, pp. 1090 – 1093.

shall be weighed against the interest served by the refusal.¹⁷ Unlike Directive 90/313/EEC, the member states may no more categorically refuse the applicant's request, since the refusal/disclosure of information became a subject of obligatory consideration of the respective authority. The authority must prove whether the public interest could not prevail over the private interest of an entrepreneur of keeping the trade and business secrets secret. Any exceptions allowing refusal of an information disclosure must be interpreted strictly restrictively. The member states were obliged to harmonize their national laws by the beginning of the year 2005.

3.2 NEW UIG

The Federal Republic of Germany has reacted on Directive 2003/4/EC by adopting a new UIG of 22.12.2004 which came into force on 14.02.2005.¹⁸ New UIG extended among others the number of public (and private) authorities which were involved in disclosure of environmental information and reduced the time period in which a request should be answered from two to one month. The leading thought of the Directive 2003/4/EC – information disclosure as a general rule – has been incorporated also by amending the grounds for exclusion and restriction of the entitlement to protect public (sec. 8 UIG) as well as private interest (sec. 9 UIG).

The facts considered a trade and/or business secret shall be in compliance with new sec. 9 UIG made public upon request in case the affected person has agreed or a public interest in disclosure shall prevail. The main question which needs to be answered upon weighting these two interests shall be whether the public making of information is really in a position to contribute to purpose of the whole regulation, i.e. to achieve a better environment.¹⁹ As a border line in this decision making process – following the demand on proportionality between the public and private interest – which should not to be step over may be seen an endangering of the sole existence on an enterprise. This should be the limit for the acceptance of any information disclosure.²⁰ Such case could arise in situation when a trade and/or business secrets represent an essential value of a particular enterprise and a disclosure of relevant facts would cause in fact its serious economical loses and potential subsequent bankruptcy.²¹

Trade and business secret is further generally²² considered a kind of property and therefore as such fall within the scope of art. 14 of the German Basic Law (Grundgesetz) which stipulates that property shall be guaranteed. Any inadequate restrictions of property or actions (especially undertaken by the public authority) which might harm this basic right, are forbidden or a warranty by the existing laws is required.

¹⁷ Point 16 of the preamble in connection with art. 4 par. 2 of the Directive 2003/4/EC.

¹⁸ BGBl. 2004, Volume I, p. 3704.

¹⁹ Point 1 of the preamble of Directive 2003/4/EC.

²⁰ Cosack, T., Tomerius, S.: Betrieblicher Geheimnisschutz und Interesse des Bürgers an Umweltinformationen bei der Aktenvorlage im Verwaltungsprozess, in: Neue Zeitschrift für Verwaltungsrecht (NVwZ) 2003, p. 845.

²¹ Fluck, J.: Der Schutz von Unternehmensdaten im Umweltinformationsgesetz, in: NVwZ 1994, p. 1055.

²² Engel, R.: Der freie Zugang zu Umweltinformationen nach der Informationsrichtlinie der EG und der Schutz von Rechten Dritter, in: NVwZ 1992, p. 111. Critically Wolff, H. A.: Der verfassungsrechtliche Schutz der Betriebs- und Geschäftsgeheimnisse, in: Neue Juristische Wochenschrift (NJW) 1997, p. 98-101.

In respect to above mentioned, a general acceptable answer on questions such as in what extent the free access to environmental information shall be guaranteed, or moreover, whether the community law by wide extension of the information access in environmental matters (even if not intentionally) has not breached the basic right to property,²³ would be surely welcomed. Certain, at least partial answer, may be found in the practice of the German Federal Administrative Court (Bundesverwaltungsgericht - BVerwG).

4. BUNDESVERWALTUNGSGERICHT IN PRACTICE

BVerwG is usually concerned with questions regarding the access to environmental information pursuant to UIG in case they are somehow connected with right to access to information granted by Administrative Court Procedures Code (Verwaltungsgerichtsordnung), namely with its sec. 99 par. 1. This provision set up an obligation for administrative authorities to produce document upon request, unless a public interest would be endangered or certain facts, which shall be kept secret by law or with respect to their nature, would be made public. Trade and business secret is one of them.

BVerwG has acknowledged in its practice that the term “environmental information” as defined in art. 2 par. 1 of Directive 2003/4/EC must be interpreted in a broad sense.²⁴ This way of interpretation fully complies with the decision of the European Court of Justice according to which “a national court, which is required, when applying the provisions of domestic law adopted for the purpose of transposing obligations laid down by a directive, to consider the whole body of rules of national law and to interpret them, so far as possible, in the light of the wording and purpose of the directive in order to achieve an outcome consistent with the objective pursued by it [...]”²⁵ However, this cannot result in a general disclosure of facts, even if they fall within the scope of this term. A confrontation of the interests in conflict, namely disclosure and non-disclosure of information, must be applied in each single case, yet more in such situations in which the affected interest is guaranteed by Basic Law as it is the case by trade and business secret.²⁶ The same process shall also apply during a court procedure if there are documents which are on the one hand necessary for taking the final decision and on the other hand they contain non-public information as trade and/or business secret. In such case the court is indeed entitled to ask for these documents but it is at its obligatory discretion to decide whether they shall be made accessible to the counterparty if requested or not.²⁷

5. CONCLUSION

Directive 90/313/EEC together with Directive 2003/4/EC may be considered a mile stone on the field of the environmental information access. Their concept which ensures everybody free access to information without being obliged to prove an interest, whereas a refusal is

²³ Beer, J., Wesseling, A.: Die neue Umweltinformationslinie im Spannungsfeld von europäischer Eigentumsgewährleistung und privatem Informationsinteresse, in: Deutsches Verwaltungsblatt 2006, p. 133-140.

²⁴ BVerwG, 4 C 7 13.07 of 21.2.2008 (www.bundesverwaltungsgericht.de), last visited 8.11.2008.

²⁵ ECJ, joint cases C-397/01 to C-403/01 (Bernhard Pfeiffer and Others / Deutsches Rotes Kreuz, Kreisverband Waldshut e.V.), judgment of 5.10.2004, (www.curia.europa.eu), last visited 8.11.2008.

²⁶ BVerwG, 20 F 2.07 of 21.2.2008, BVerwG, 20 F 12.04 of 12.1.2006 or BVerwG, 7 C 4.07 of 27.9.2007 (www.bundesverwaltungsgericht.de), last visited 8.11.2008.

²⁷ BVerwG, 20 F 1.06 of 9.1.2007, *ibid.*

merely an exception, has changed the praxis of restrictions in information access. This “liberalization” has affected not only the primarily intended targets – public authorities of the member states, but also certain private individuals and their (economic) interests, among others the entrepreneurs whose positions on the market depend on keeping their business and trade secrets out of competitor’s access. This was also the case of the Federal Republic of Germany which transposed the relevant community provisions by adopting the UIG on the federal level in the year 1994 and subsequently in the year 2004.

As clearly results from the practice of BVerwG, even if the disclosure of information pursuant to national regulation of information access may under certain circumstances affect an (economic) interest of an individual (e.g. by decreasing of a goodwill in consequence of publication of environmental damage caused by pollution and/or waste produced by an enterprise), the sole interest of an affected person on keeping certain facts secret (business and/or trade secrets) is ensured in a sufficient manner by taking his interest into consideration in each single case, unless consent is given, before the disclosure is permitted.

Literatura:

- Beer, J., Wesseling, A.: Die neue Umweltinformationslinie im Spannungsfeld von europäischer Eigentumsgewährleistung und privatem Informationsinteresse, in: Deutsches Verwaltungsblatt 2006
- Cosack, T., Tomerius, S.: Betrieblicher Geheimnisschutz und Interesse des Bürgers an Umweltinformationen bei der Aktenvorlage im Verwaltungsprozess, in: NVwZ 2003
- Engel, R.: Der freie Zugang zu Umweltinformationen nach der Informationsrichtlinie der EG und der Schutz von Rechten Dritter, in: NVwZ 1992
- Fluck, J.: Der Schutz von Unternehmensdaten im Umweltinformationsgesetz, in: NVwZ 1994
- Gassner, U., Pisani, Ch.: Umweltinformationsanspruch und Geheimnisschutz – Zukunftsperspektiven, in: Natur und Recht 2001
- Kružíková, E., Adamová, E., Komárek, J.: Právo životního prostředí Evropských společenství : praktický průvodce, Praha: Linde, 2003, 410 s., ISBN 80-7201-430-7
- Kuvert, F.-J., Potje, E.: Umweltinformationsgesetz für den Freistaat Sachsen – Kurzkomentar, 1. edition, Dresden: Richard Boorberg Verlag, 2007, pp. 191, ISBN 978-3-415-03851-6
- Piper, H., Ohly, A.: Gesetz gegen unlauteren Wettbewerb – Kommentar, 4. edition, München: C.H.Beck Verlag, 2006, pp. 1480, ISBN 3-406-53910-6
- Schomerus, T., Schrader, Ch., Wegener, B.: Umweltinformationsgesetz - Handkomentar, 2. edition, Baden-Baden: Nomos Verlagsgesellschaft, 2002, pp. 502, ISBN 3-7890-7702-X
- Wolff, H. A.: Der verfassungsrechtliche Schutz der Betriebs- und Geschäftsgeheimnisse, in: NJW 1997

- Report from the Commission to the Council and the European Parliament on the experience gained in the application of Council Directive 90/313/EEC of 7.6.1990, on freedom of access to information on the environment, dated 29.6.2000, COM(2000) 400 final
- ECJ, C-217/97 (Commission / Germany), judgment of 9.9.1999
- ECJ, C-233/00 (Commission / France), judgment of 26.6.2003
- ECJ, C-321/96 (Mecklenburg / Kreis Pinneberg), judgment of 17.6.1998
- ECJ, joint cases C-397/01 to C-403/01 (Bernhard Pfeiffer and Others / Deutsches Rotes Kreuz, Kreisverband Waldshut eV.), judgment of 5.10.2004
- BGH, I ZR 111/53 (Möbelpaste), decision of 15.03.1955, GRUR 1955
- BGH, I ZR 72/59 (Wurftaubenpresse), decision of 01.07.1960, GRUR 1961
- BGH, I ZR 64/00 (Präzisionsmessgeräte), decision of 7.11.2002, GRUR 2003

Kontaktní údaje na autora – email:

ondrej.kabela@seznam.cz

MINIMÁLNÍ MZDA Z POHLEDU RAKOUSKÉ EKONOMIE

IDA KAMENIŠČÁKOVÁ

Ekonomicko-správní fakulta, Masarykova univerzita, Česká republika

Abstrakt

Příspěvek se zabývá analýzou triangulárních intervencí se zaměřením na regulaci cen v české legislativě. Je aplikovaný na regulaci cenových prahů, konkrétně minimální mzdu a její existenciální odůvodnění z pohledu rakouské liberální ekonomie. Regulaci a kontrolu cen umožňuje v české legislativě zákon o cenách a minimální mzdu definuje zákoník práce. Ve vztahu k změně tržní ceny může být regulace buď účinná, nebo neúčinná. Příspěvek poukazuje na slabá místa a kritizuje pohled na minimální mzdu jako na prostředek ochrany zaměstnanců.

Klíčová slova

Ekonomie, intervence, cenové regulace, minimální mzda.

Abstract

The conference paper is dealing with the triangular interventions focused on the price regulation in Czech legislation. It is applied to the regulation of price thresholds, particularly minimal wage and its rationalisation from the point of view of Austrian liberal economy. The regulation and the price control is allowed in Czech legislation by the Price Low and the minimal wage is defined in the Labor Code. In relation with the market price, the regulation can be efficient or inefficient. The paper is focusing on the weaknesses of such point of view and is criticizing the minimal wage as a mean of employee's protection.

Key words

Economics, Intervention, Price Regulation, Minimal Wage.

1. ÚVOD

Rakouská škola kritizuje zdůvodnění, že minimální mzda je v legislativě ukotvená proto, aby ochraňovala zaměstnance. Vědeckým způsobem obhajuje názor, že skutečnost je přesně opačná, tedy že minimální mzda je právě původcem problémů, před kterými by měla ochraňovat. Daný příspěvek se zabývá analýzou triangulárních intervencí, konkrétně cenových regulací a s nimi spojenou regulaci cenových prahů na trhu práce. Poukazuje na názory rakouské liberální ekonomie, alternativního proudu dnešní ekonomické teorie. Cílem je přimět čitatele k zamyšlení se nad danými názory a ujasnění si některých poznatků o existenci minimálních cen a jejich ochranné funkci.

Druhá kapitola definuje triangulární intervence a vyčleňuje jejich místo v ekonomické teorii. Ukotvuje cenové regulace do české legislativy.

Kapitola třetí se konkretizuje v souvislosti s cenovými regulacemi na úřední stanovování ceny, přesněji cenového prahu. Definuje minimální mzdy podle českého právního řádu. Věnuje se problematice účinnosti a neúčinnosti cenových regulací v souvislosti s vlivem na změnu tržní ceny.

Čtvrtá kapitola zdůvodňuje existenci minimálních mezd. Představuje kritiku podle názorů rakouské školy.

2. CENOVÉ REGULACE

Když útočník přinutí dvojici lidí ke směně, nebo když jim ve směně klade odpor¹, dochází k triangulárním intervencím. Jedním z druhů triangulárních intervencí jsou i regulace cen². Regulace cen se zabývají podmínkami směny a mají odraz ve výrobě. Ceny nejsou regulovány jenom na trhu zboží a služeb, a tedy se netýkají jenom cen spotřebitelských statků, nýbrž všech cen, a tak se cenové regulace vztahují také na ceny kapitálových statků, cen půdy, práce atd.

V ekonomické teorii bojují školy mezi sebou, jestli stát nesmí nebo musí ekonomiku intervenovat. Daný příspěvek je psaný z pohledu rakouské liberální školy a především bude čerpáno z názorů Rothbarda, jejího významného představitele. Rakouská škola představuje alternativní proud ekonomie a v dnešní době velice prosazovaný a uznávaný nejenom na českých ale i na světových prestižních univerzitách.

V české legislativě umožňuje regulaci a kontrolu cen zákon č. 526/1990 Sb., zákon o cenách, ve znění pozdějších změn³. Vztahuje se na zboží, tedy jak na výrobky, výkony, práce a služby, které jsou určené pro domácí trh, ale také které jsou na domácí trh dováženy, nebo z něj do zahraničí vyváženy. Zákon se vztahuje dále také na převody práv, převody a přechody vlastnictví k nemovitostem a užívacích práv k nemovitostem. Ceny jsou regulovány úředním stanovením cen⁴, věcným usměrňováním cen⁵, časovým usměrňováním cen⁶ a cenovým moratoriem⁷. Poslední dvě možnosti jsou dnes spíše teoretické a v praxi se nepoužívají.

3. MINIMÁLNÍ MZDY

Daný příspěvek je zaměřený na úřední stanovování cen, konkrétně na cenový práh s aplikací na trh práce. Na trhu práce je stanovována minimální cena, tedy mzda podle zákoníku práce⁸, přesněji v § 111. Je definována jako nejnižší přípustná výše odměny za práci v pracovněprávním vztahu. Mzda, plat nebo odměna z dohody nesmí být nižší než minimální mzda. Do mzdy a platu se nezahrnuje mzda ani plat za práci přesčas, příspěvek za práci ve

¹ ROTHBARD, Murray Newton: *Ekonomie státních zásahů*. Liberální institut, Praha: 2005, str. 103, ISBN 80-86389-10-3.

² Kromě regulací cen zařazuje Rothbard mezi triangulární intervence také regulace produktu.

³ Zákon č. 526/1990 Sb. ze dne 27. listopadu 1990 o cenách. Změna: 135/1994 Sb. Změna: 151/1997 Sb. Změna: 29/2000 Sb. Změna: 141/2001 Sb. Změna: 276/2002 Sb. Změna: 124/2003 Sb. (část). Změna: 354/2003 Sb. Změna: 124/2003 Sb. Změna: 484/2004 Sb.

⁴ Úřední stanovení ceny znamená stanovení ceny maximální, minimální nebo pevné.

⁵ Věcné usměrňování cen spočívá ve stanovení podmínek pro sjednání cen cenovými orgány. Sem patří maximální rozsah možného zvýšení cen v určitém období, nebo maximální podíl, v němž je možné promítnout do ceny zvýšení cen určených vstupů v určitém období, nebo závazný postup při tvorbě ceny nebo její kalkulaci.

⁶ Časově usměrňovanými cenami se rozumějí ceny zboží, pro sjednání jejichž zvýšení cenový orgán stanoví minimální časový předstih pro ohlášení uvažovaného zvýšení ceny, nebo minimální lhůtu, po jejímž uplynutí lze uvažované zvýšení ceny uskutečnit, nebo časově omezený zákaz opětovného zvýšení ceny.

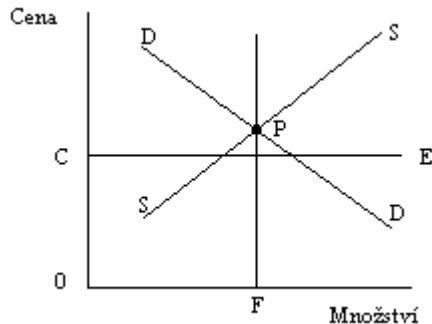
⁷ Cenovým moratoriem se rozumí časově omezený zákaz zvyšování cen nad dosud platnou úroveň na trhu daného zboží.

⁸ Zákon č. 262/2006 Sb., zákoník práce.

svátek, za noční práci, za práci ve ztíženém pracovním prostředí a za práci v sobotu a v neděli.

Úřední stanovení ceny minimální může být účinné nebo neúčinné. Neúčinná regulace je v případě, kdy regulace nemá vliv na tržní cenu. Neúčinná regulace cenového prahu nastává, když stanovená minimální cena je nižší než tržní cena, viz obrázek 1.

Obr. 1: neúčinná regulace minimální ceny



Rovnovážná cena P je stanovena svobodným trhem v místě, kde se protínají křivky nabídky S a poptávky D po určitém zboží. Úředně stanovená minimální cena, pod kterou je prodej daného zboží zakázán je na úrovni CE . Regulovaná minimální cena CE je pod úrovní P , proto daná regulace je označována jako neúčinná.

Rothbardova kritika neúčinné regulace poukazuje na to, že neúčinná regulace je teoretická, nepraktická a vytváří bezvýznamná pracovní místa pro státní úředníky⁹. Kdyby tedy minimální cena byla stanovena na nižší úrovni než na jaké ji utváří trh, není důvod jejího zakotvení v zákonu. Názory Rothbarda jsou v mnohém ovlivněny Misesem. Ten ve svém díle vymezuje efektivní právo¹⁰. Vysvětluje proč společenský systém podložený vlastnictvím je jediný možný. Jako Misesův učenec psal Rothbard v Misesovské tradici a své dílo vystavěl na základech individualismu, subjektivismu a praxeologii.

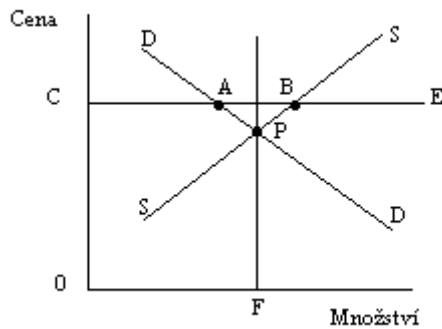
Účinná cenová regulace je v případech, kdy regulovaná cena mění cenu na svobodném trhu. Změna ceny na svobodném trhu způsobená účinnou cenovou regulací prostřednictvím minimální ceny je v situacích, kdy úřední stanovení cenového prahu je nad tržní cenou. V těchto případech není úředně stanovená cena na úrovni rovnovážné ceny a nemůže tedy dojít k vyčistění trhu.

Důsledky účinné regulace při minimální ceně demonstruje obrázek 2.

⁹ Opakovaná citace: Rothbard, 2005, str. 104.

¹⁰ MISES, Ludwig von: Liberalism. Foundation for Economic Education, 1985, str. 19.

Obr. 2: účinná regulace minimální ceny



Rovnovážná tržní cena P se utváří v bodě, kde se křivka nabídky S protíná s křivkou poptávky D . Cenový práh je stanoven na úrovni CE , pod kterým je prodej zboží zakázán. Regulovaná minimální cena CE je nad úrovní P , mění cenu tržní, a proto je regulace označována jako účinná. Když je cena na této regulované úrovni, je nabízené množství větší než množství poptávané, a to o velikost AB . Cenový práh tedy uměle vytváří přebytek AB , který nelze prodat. Nepřirozeně vysoká cena na jedné straně odrazuje spotřebitelskou poptávku, a na druhé straně přitahuje do odvětví zdroje. Jenomže ostatní odvětví, kde zdroje lépe slouží majitelům a spotřebitelům, se opouští a tyto zdroje se přesouvají do tohoto odvětví, kde se produkuje nadměrně a neefektivně, a v důsledku toho se trpí ztrátami. Intervence do kritérií, podle kterých se rozhodují podnikatelé, ničí vyrovnávací procesy a nese s sebou chybnou alokaci zdrojů při uspokojování přání spotřebitelů. Za jinak nezměněných okolností umělý neprodaný přebytek bude ještě zesilovat při elastičtější nabídce.

Kdyby tedy byla zákonem stanovena minimální cena na úrovni vyšší, než kde ji tvoří trh, byla by tato regulace označována jako účinná regulace ve smyslu změny tržní ceny. Množství nabízené práce by tak převyšovalo množství poptávané práce. Domácnosti by nabízely větší množství práce než jaké firmy poptávají. Na trhu by vznikal přebytek nabídky práce a nezaměstnaní by nedokázali najít uplatnění.

4. KRITIKA EXISTENCE MINIMÁLNÍCH MEZD

Bez ohledu na to, jestli jsou na českém trhu práce mzdy regulovány účinně nebo neúčinně v souvislosti na změnu tržní ceny, je existence minimálních mezd Rothbardem ostře kritizována. Kdyby rovnovážné mzdy určené svobodným trhem byly nad úrovní minimální mzdy, není důvod pro existenci minimálních mezd. Zákaz pod těmito mzdami by byl čistě teoretickou záležitostí, která by uměle vytvářela a udržovala místa pro státní úředníky zabývající se touto problematikou.

V situaci opačné, tedy kdyby minimální cena byla stanovena nad trhem určenou mzdou, jednalo by se už o regulaci účinnou. Odměňování zaměstnanců ve výši mzdy, kterou by stanovil trh, by bylo zákonem znemožněno a nedocházelo by tak k vyčištění trhu. Regulovaná minimální mzda by změnila tržní cenu. Kamenem úrazu je fakt, že tato změna by s sebou nesla také vznik přebytku. Nabízené množství práce zaměstnanci by převyšovalo firmami nabízené množství práce. Nezaměstnaní, i kdyby chtěli, nemůžou v koherenci zákona být zaměstnaní za nižší mzdu. Vyvíjí se tak tlak na vznik nezaměstnanosti v případě dodržování zákona na jedné straně, na straně druhé na vznik černého trhu v případě černého zaměstnávání pod zákonem stanovenou minimální mzdou.

Minimální cena je tak původcem neuspokojení nabídky práce ze strany domácností. Nezaměstnaní nemohou najít uplatnění, vzniká přebytek poptávky práce u určitých druhů profesí. Nerovnováha mezi nabídkou a poptávkou po práci vyvíjí přesvědčení, že východiskem z daného problému je zpřísnění, zvýšení a větší regulace minimální mzdy. Vzniká umělý dojem a závislost na její existenci.

Také není uspokojená ani poptávka firem po pracovní síle. Zaměstnavatelé nemohou zaměstnat pracovníky za nižší mzdu než stanovuje zákon. Jsou si vědomí toho, že existují ohrožené skupiny, které by za nižší mzdu byly schopné a ochotné pracovat. Zaměstnavatelé jsou uměle odrazováni od zaměstnávání takovýchto skupin. Nepřirozeně vysoká mzda způsobuje neefektivnosti.

5. ZÁVĚR

V příspěvku je poukázáno na skutečnost, že minimální mzda nepředstavuje prostředek ochrany trhu. Nabídku práce neochraňuje před nedoceneným ohodnocením a poptávku po práci nestimuluje k zaměstnávání. Současná ekonomická teorie posuzuje minimální mzdu jako prvek ochrany zaměstnanců před diskriminací, avšak z pohledu rakouské ekonomie právě minimální mzda je původcem neefektivností na trhu práce.

Podle Rothbarda minimální mzda je důvod, proč na trhu práce vzniká přebytek pracovních sil a je tedy hlavní příčinou nezaměstnanosti. Cílem daného konferenčního příspěvku bylo přimět čitatele zamyslet se nad těmito názory rakouské školy, aby si vytvořil vlastní pohled na danou problematiku a aby si ujasnil některé poznatky o sociální politice a existenci minimálních mezd.

V dnešní době v souvislosti s finanční krizí vzniká tlak na utvrzení si mnohých příčin ekonomických jevů a důsledků státních regulací. V ekonomické teorii se otevírají mnohé otázky a jsou patrné častější potřeby pro vyřešení problémů, a to nejenom ekonomických. Poznatky z alternativních proudů v ekonomických teoriích, ke kterým se řadí také rakouská liberální ekonomie, nacházejí popříhlavnímu proudu také své místo pro další bádání a čteněji i své praktické uplatnění při tvorbě hospodářské politiky.

Literatura:

- Mises, Ludwig von: Liberalism. Foundation for Economic Education, 1985.
- Rothbard, Murray Newton: Ekonomie státních zásahů. Liberální institut, Praha: 2005, ISBN 80-86389-10-3.
- Zákon č. 262/2006 Sb., zákoník práce.
- Zákon č. 526/1990 Sb. ze dne 27. listopadu 1990 o cenách. Změna: 135/1994 Sb. Změna: 151/1997 Sb. Změna: 29/2000 Sb. Změna: 141/2001 Sb. Změna: 276/2002 Sb. Změna: 124/2003 Sb. (část). Změna: 354/2003 Sb. Změna: 124/2003 Sb. Změna: 484/2004 Sb.

Kontaktní údaje na autora – email:

idakameniscakova@mail.muni.cz

PERSONÁLNY MANAŽMENT VERZUS PERSONÁLNY MARKETING

LENKA KLIMENTOVÁ

Právnická fakulta, Trnavská univerzita v Trnave, Slovenská republika

Abstrakt v rodném jazyce

Personálny marketing predstavuje relatívne novú oblasť teórie a praxe v oblasti personálnych činností podnikovej a podnikateľskej praxe. Obsahovo i svojím zameraním v teoretickej rovine sa formoval ako samostatná vedecká disciplína odrážajúca potreby trendov, resp. zmien ekonomiky, ktoré prináša globalizácia, vznik svetových trhov, internacionalizácia či hyperkonkurencia. Jeho základným cieľom je získavanie pracovnej sily v požadovanej kvalite a štruktúre na zaplnenie voľných pracovných miest v podniku.

Klíčová slova v rodném jazyce

Personálny marketing, personálny manažment, názory na personálny marketing, trh práce, ľudské zdroje, odlišnosti a paralely personálneho manažmentu a marketingu.

Abstract

Personal marketing constitutes relatively new area of theory and praxis in personal activity field and in business praxis. With its contents and theoretical orientation has been personal marketing defined as independent science that reflects market needs or market changes. It was selected from human resource management activities in that time, when simple “advertising” to reach the employees was not sufficient. The primary target of personal marketing is to reach human resource in required quality and required structure to feed the job openings.

Key words

Personal marketing, personal management, personal marketing opinions, employment market, human resources, differences and parallelisms of personal management and marketing.

1. ÚVOD

Personálny marketing vznikol ako samostatná oblasť v personálnych činnostiach tým, že sa vyčlenil z činností personálneho manažmentu. Vznikol v momente, keď jednoduchá „inzercia“ na vyhľadanie a získanie pracovných síl nepostačovala a z dôvodu prevažujúcej ponuky pracovných miest (resp. nedostatku adekvátnej pracovnej sily) na trhu práce bolo potrebné začať uplatňovať aktívny prístup hľadania, získavania, motivácie a presvedčania pracovnej sily, aby sa táto rozhodla pre ponúkané pracovné miesto. Pri definovaní podstaty personálneho marketingu sa stretávame s rôznou hĺbkou záberu tejto disciplíny a stále nie je úplne špecifikované, ktoré personálne činnosti sa do jeho kompetencií z personálneho manažmentu presúvajú. V teoretickej a v praktickej oblasti bude mať preto personálny marketing okrem osobitostí i spoločné črty s personálnym manažmentom. Aplikácia jeho koncepcie v praxi podnikov vyplýva predovšetkým z postavenia podniku na trhu a zo situácie na trhu (tovarov, služieb a práce). Realizácia koncepcie personálneho marketingu prispieva k získaniu konkurenčnej výhody v podobe pracovnej sily – resp. ľudského kapitálu, a to uplatnením nástrojov personálneho marketingu, kde prioritné postavenie a dôležitosť budú mať komunikačné nástroje.

2. GENÉZA VÝVOJA NÁZOROV NA PERSONÁLNY MARKETING

S prvými názormi na personálny marketing sa stretáme v **nemeckej literatúre** 60-tych rokov. Týmto pojmom sa začal prvotne označovať spôsob získavania pracovnej sily práve v období, kedy sa prejavil jej nedostatok na trhu práce (napríklad nedostatok vybraných segmentov pracovných síl ako absolventi vysokých škôl)¹. Personálny marketing sa tak vyčlenil z oblasti riadenia ľudských zdrojov (RLZ). Manažéri prišli veľmi skoro na to, že konkurenčná výhoda ako aj samotné prežitie firmy závisí dosť značne od kvality ľudských zdrojov. To znamená, že je potrebné získať pracovnú silu v požadovanej kvantite aj kvalite v pravý čas a doplniť ju na to správne pracovné miesto alebo pozíciu v podniku². Získavanie takejto pracovnej sily z externého trhu práce sa stávalo čoraz obťažnejšie, preto bolo potrebné vytvoriť cieľový systém získavania pracovnej sily³.

Niektorí autori (napríklad Wunderer a Kuhn⁴) spájajú personálny marketing len s vybranou oblasťou personálnych činností – so získavaním zamestnancov, kde sa aplikujú vybrané marketingové techniky a nástroje. Ale tento pohľad je len čiastkový. Okrem efektívneho systému získavania je potrebná následná stabilizácia pracovnej sily ako aj zabránenie fluktuácie. Ako uvádza Rolf Bühner⁵, personálny marketing poníma pracovné miesto ako produkt, ktorý je na trhu práce na predaj. Ako ďalej píše Kuypers a Nunne⁶, personálny marketing neznamená len spôsob predaja zamestnávateľa na trhu práce, ale musí sa tiež dokázať prispôbiť požiadavkám tohto trhu. Personálny marketing sa zmenil na spôsob pôsobenia i správania sa podniku na trhu práce⁷, kde sa tento zaujíma o potreby, záujmy a očakávania uchádzačov i zamestnancov. Personálny marketing predpokladá od podniku vytvoriť si väzbu na vonkajší trh práce a prehliť vzťahy s vnútorným. V personálnom marketingu získanie a udržanie si pracovnej sily predstavujú rovnocenné podnikové ciele nie len operatívneho ale strategického významu. Analogicky k tzv. zákazníckemu marketingu možno v personálnom marketingu hovoriť o zamestnanecky orientovanom marketingu, ktorého cieľom je zapáčiť sa tak uchádzačom ako aj existujúcim zamestnancom. Ak najdôležitejšie pre organizáciu v riadení ľudských zdrojov je ich formovanie (t. j. získavanie a stabilizácia), tak potom tým účinným nástrojom je práve personálny marketing. V personálnom marketingu ide predovšetkým o to, ako porozumieť tomu, čo človek ako nositeľ pracovnej sily chce a potrebuje, a porozumieť i podmienkam ovplyvňujúcim potrebu pracovných síl v podniku a možnosti pokrytia tejto potreby.

¹ Meier, W.: Strategisches Personalmarketing: Analyse – Konzeption – Instrumente. In: Maier, W., Fröhlich, W.: Personalmanagement in der Praxis. Wiesbaden: Gabler Verlag, 1991, s. 65. ISBN 3-409-13852-8.

² Wunderer, R., Kuhn, T.: Unternehmerisches Personalmanagement. Frankfurt am Main: Campus Verlag, 1993, s. 143. ISBN 3-593-34943-4.

³ Buchholz, U.: Personalrekrutierung in schierigen Beschaffungsmärkten. In: Maier, W., Fröhlich, W.: Personalmanagement in der Praxis. Wiesbaden: Gabler Verlag, 1991, s. 73. ISBN 3-409-13852-8.

⁴ Wunderer, R., Kuhn, T.: Unternehmerisches Personalmanagement. Frankfurt am Main: Campus Verlag, 1993, s. 145. ISBN 3-593-34943-4.

⁵ Bühner, R.: Personalmanagement. Landsberg am Lech: Moderne Industrie Verlag, 1994, s. 62-63. ISBN 3-478-39610-7.

⁶ Kuypers, M., Nunne, J.: Personalmarketing. In: Maier, W., Fröhlich, W.: Personalmanagement in der Praxis. Wiesbaden: Gabler Verlag, 1991, s. 62. ISBN 3-409-13852-8.

⁷ Maier, W., Fröhlich, W.: Personalmanagement für Klein- und Mittelbetriebe. Heidelberg: Sauer Verlag, 1992, s. 129. ISBN 3-7938-7069-3.

Dnes je personálny marketing (a to nie len v nemeckej praxi) chápaný ako proces, ktorý zabezpečí v rámci personálneho plánovania podniku dlhodobé ľudské zdroje - strategický potenciál. Predstavuje rozširovanie úloh, funkcií a nástrojov marketingu do oblasti personálneho manažmentu⁸, ktorý v sebe zahŕňa nasledovné elementy: personálny marketing slúži na realizáciu konkrétneho personálneho plánu v personálnej stratégii, tvorí za pomoci personálneho výskumu informačnú základňu pre personálny manažment a venuje sa cieľovým skupinám rôznou formou komunikácie s cieľom zvýšiť atraktivitu podniku ako zamestnávateľa.

Strategický personálny marketing je dlhodobá, obsiahla štruktúra personálnej politiky založenej na orientácii na zamestnanca. V dôsledku meniacej sa ekonomiky problém nedostatku „tých správnych“ pracovných síl naďalej pretrváva a je predpoklad, že bude narastať, pretože sa zvyšuje počet pracovných síl preddôchodkového veku, znižuje sa počet remeselnej pracovnej sily a vysokoškolský absolventi unikajú z národných trhov práce. Trhové subjekty dospeli do situácie, kde zlý produkt-mix alebo nie príliš správna investícia ešte nemusia znamenať ohrozenie podniku. Toto príde až nesprávnou voľbou personálu⁹.

Dôležitým pre budúcnosť podniku sa stane:

- uvedomenie si významu ľudských zdrojov,
- zriadenie útvaru personálneho marketingu na realizáciu jeho činností (resp. integrácia personálneho marketingu v rámci personálneho oddelenia),
- zakomponovanie zásad personálneho marketingu do podnikovej politiky a kultúry,
- zosúladenie celopodnikových cieľov s individuálnymi cieľmi zamestnancov,
- orientácia podniku na vonkajší aj vnútorný trh práce prostredníctvom tvorby zamestnávateľského mena a prostredníctvom motivácie,
- neustále zdôrazňovanie významu zamestnancov pre podnik, poukazovanie na možnosti ich profesionálneho rozvoja a rastu,
- realizácia činností personálneho marketingu manažérmi všetkých línii ako aj všetkými zamestnancami a iné.

Strategický personálny marketing preto nadobúda nasledovný rozmer¹⁰: zjednotenie cieľov podniku a jednotlivých zamestnancov do celkovej filozofie podniku, zosúladenie s vedením podniku (so stranou zamestnancov a zamestnávateľa), koordinácia činností personálneho oddelenia ako aj zabezpečenie stredno- až dlhodobej perspektívy.

Ako úlohy personálneho marketingu sa javia byť¹¹: personálne plánovanie, výskum dôležitý pre určenie personálneho marketing-mixu, tvorba zamestnaneckého imidžu, získavanie, výber zamestnancov, a starostlivosť o zamestnancov v podobe podpory a rozvoja pracovnej sily v podniku.

⁸ Bühner, R.: Personalmanagement. Landsberg am Lech: Moderne Industrie Verlag, 1994, s. 62-63. ISBN 3-478-39610-7.

⁹ Kuypers, M., Nunne, J.: Personalmarketing. In: Maier, W., Fröhlich, W.: Personalmanagement in der Praxis. Wiesbaden: Gabler Verlag, 1991, s. 63. ISBN 3-409-13852-8.

¹⁰ Maier, W., Fröhlich, W.: Personalmanagement für Klein- und Mittelbetriebe. Heidelberg: Sauer Verlag, 1992, s. 130. ISBN 3-7938-7069-3.

¹¹ Meier, W.: Strategisches Personalmarketing: Analyse – Konzeption – Instrumente. In: Maier, W., Fröhlich, W.: Personalmanagement in der Praxis. Wiesbaden: Gabler Verlag, 1991, s. 66-79. ISBN 3-409-13852-8.

Pokiaľ hovoríme o názorovom vývoji personálneho marketingu, je potrebné spomenúť aj jeho medzinárodné pôsobenie, ktorého význam hlavne v dôsledku globalizácie narastá. Osobitosť sa prejaví v tzv. medzinárodnom personálnom marketing-mixe. Personálny marketing vplyvom integračných ekonomických procesov vstupuje a uplatňuje sa v podmienkach európskeho trhu, kde svoj prvotný cieľ – získať pracovnú silu – musí dosiahnuť plynulým prispôbením sa zmenenému prostrediu, tzn. akceptovať mentalitu, kultúru a ostatné makro-aj miktofaktory daného trhu. Nástroje personálneho plánovania, výskumu, získavania, výberu, rozvoja a komunikácie musia byť medzinárodne účinné a navzájom efektívne kombinované¹².

Personálny marketing ako pojem i koncepcia sa časom udomácnil aj na východ od Nemecka. Postupne ho nachádzame v českej, poľskej¹³ a v posledných rokoch i v slovenskej odbornej literatúre. **V českej literatúre** je personálny marketing chápaný ako samostatná súčasť najnovších tendencií vo vývoji marketingu a predstavuje špecifické prepojenie a aplikáciu koncepcie, funkcií a nástrojov marketingu na podmienky personálneho manažmentu. Podľa Josefa Koubeka¹⁴ ide v personálnom marketingu predovšetkým o upútanie pozornosti na zamestnávateľské kvality podniku pri vyhľadávaní, získavaní a stabilizácii pracovnej sily v podniku. Podľa Miroslava Tumu¹⁵ je hlavnou náplňou personálneho marketingu zabezpečenie pracovných síl pre podnik a ich následný rozvoj.

Ako píše Jiří Stýblo¹⁶, personálny marketing nie je len metóda na získanie ľudských zdrojov z trhu práce, je to predovšetkým systém myslenia a riadenia orientovaný tak na vonkajšie okolie podniku ako aj do vnútra podniku. Josef Koubek¹⁷ vidí personálny marketing ako nástroj na vyhľadávanie a získavanie si ľudského kapitálu, nástroj na jeho stabilizáciu v organizácii ako aj nástroj na posilnenie spolupatričnosti ľudského kapitálu v podniku. Cieľom personálneho marketingu je tiež upriamiť pozornosť na zamestnávateľské kvality organizácie (aby sa organizácia stala tzv. „employer of choice“ – preferovaným zamestnávateľom). Úsilie o goodwill podniku a bezproblémové formovanie ľudských zdrojov tak začína v podnikoch nadobúdať koncepčný charakter.

V slovenskej literatúre sa zmienka o personálnom marketingu začala objavovať pri konkrétnej personálnej činnosti RLZ, a to pri získavaní zamestnancov. Ako o „modernom výraze“ pre pomenovanie tejto personálnej činnosti sa o personálnom marketingu začalo z logických dôvodov hovoriť cca od 90-tych rokov¹⁸. Po roku 1989 sa slovenská ekonomika začala transformovať a otvárať zahraničným investorom. Títo prinášali nové myšlienky do oblasti trhu aj riadenia, ktoré sa snažili čo najskôr presadiť do praxe. Skôr ako pozitíva

¹² Maier, W., Fröhlich, W.: Personalmanagement in der Praxis. Wiesbaden: Gabler Verlag, 1991, s. 206-207. ISBN 3-409-13852-8.

¹³ Bližšie pozri: Baruk, A., I.: Marketing personalny jako instrument kreowania wizerunku firmy. Warszawa, 2006. ISBN 83-7251-630-8.

¹⁴ Koubek, J.: Personálny marketing a marketing personálnej práce. In: Personálny a mzdový poradca podnikateľa, 2000, č. 8, s. 86-104. Žilina. ISSN 1335-1508.

¹⁵ Tuma, M.: Kritériá rozpoznávania manažérskeho potenciálu. In: Personálny a mzdový poradca podnikateľa, Poradca podnikateľa, 2003, č. 3-4, s.172-189. Žilina. ISSN 1335-1508.

¹⁶ Stýblo, J.: Uplatňování personálního marketingu v praxi. In: Práce a mzda, 2003, č. 4, s. 18-19. Praha: ASPI Publishing. ISSN 0032-6208.

¹⁷ Koubek, J.: Řízení lidských zdrojů – základy moderní personalistiky. Praha: Management Press, 2003, s. 150. ISBN 80-7261-033-3.

¹⁸ Napríklad pozri bližšie: Kachaňáková, A.: Riadenie ľudských zdrojov. Bratislava: Ekonóm, 1999, s.74-75. ISBN 80-225-1206-0.

však slovenské hospodárstvo postihol jav, s ktorým sme sa počas centrálneho plánovania nestretli. Bola to nezamestnanosť a neschopnosť uplatniť sa na trhu práce, resp. neschopnosť pracovnej sily prispôbiť sa zmeneným konkurenčným podmienkam na trhu. Podniky, ktoré chceli prežiť alebo prichádzali na slovenský trh s podnikateľským zámerom, potrebovali na dosiahnutie svojich cieľov ľudský kapitál – vhodnú pracovnú silu. Jej hľadanie a získavanie sa tak stalo prioritným cieľom podnikateľských subjektov.

Činnosti zamerané na cieľavedomé utváranie, rozvíjanie a využívanie ľudského potenciálu na základe strategických zámerov a cieľov organizácie, v súlade s existujúcou podnikovou kultúrou, sa v slovenskej literatúre označujú pojmom personálny marketing. Personálny marketing je možné chápať ako určitú dimenziu a etické poslanie organizácie v oblasti práce s ľuďmi, vyjadrujúce podnikovú kultúru, uznávané hodnoty, normy a presvedčenie všetkých zamestnancov organizácie. Predstavuje sústavu na seba nadväzujúcich a nepretržitých procesov práce s interným a externým trhom pracovných síl. Kľúčom k prosperite podniku sú ľudské zdroje: dôležité je ich racionálne využívať, uspokojovať ich potreby, formovať ich a motivovať, vytvárať im primerané pracovné a sociálne podmienky ako aj ich adaptovať na zmenené podmienky.

3. PEROSNÁLNY MANAŽMENT VERZUS PERSONÁLNY MARKETING

Ak chceme dospieť k porovnaniu úloh a kompetencií personálneho manažmentu a personálneho marketingu, je potrebné stručne charakterizovať obe disciplíny. Následne bude možné načrtnúť odlišnosti ale i paralely personálneho manažmentu a personálneho marketingu ako i definovať hlavné oblasti ich záujmu a práce na trhu s ľudskými zdrojmi.

3.1 TEÓRIA PERSONÁLNEHO MANAŽMENTU

Strategický a logický prístup k riadeniu toho najcennejšieho, čo organizácia má, a síce ľudských zdrojov, predstavuje **personálny manažment**¹⁹. Manažment sa v oblasti riadenia pracovnej sily profiluje v dvoch dimenziách: ako riadenie ľudských zdrojov a personálny manažment. V prvom prípade ide o riadenie ľudí na makroúrovni s cieľom vytvoriť a rozvíjať personálnu organizáciu ako celok. Má strategický charakter, ktorý možno vidieť v prístupe k riešeniu dlhodobých záležitostí v oblasti ľudských zdrojov. V druhom prípade sú výstupom praktické návody na vedenie ľudí na mikroúrovni, teda vedenie skupín, tímov alebo jednotlivcov taktického charakteru. Z uvedených dôvodov nemožno hovoriť o synonyme „personálnej práce“²⁰.

V literatúre existuje mnoho definícií personálneho manažmentu. Niektorí autori (ako napríklad Armstrong, Tureckiová či Rošický) vidia (zásadný) rozdiel²¹ medzi kategóriou personálny manažment a riadenie ľudských zdrojov, iní tieto pojmy pokladajú za synonymá²² a celú problematiku chápu ako filozofiu dosahovania strategických cieľov v personálnej

¹⁹ Armstrong, M.: Řízení lidských zdrojů. Praha: Grada Publishing, 2005, s. 27. ISBN 80-247-0469-2.

²⁰ Vágner, I.: Vydavatel'stvo Brno: MUNI, 2000, s. 150. ISBN 80-210-2459-3.

²¹ Například: Armstrong, M.: Řízení lidských zdrojů. Praha: Grada Publishing, 2005. ISBN 80-247-0469-2.; Mohelská, H., Rošický, S., Šabatová, M.: Personální management. Hradec Králové: GAUDEAMUS, 2003, s. 8-12. ISBN 80-7041-485-5.; Tureckiová, M.: Řízení a rozvoj lidí ve firmách. Praha: Grada Publishing, 2004, s. 41-46. ISBN 80-247-0405-6.

²² Například: Donnelly, J., H., Gibson, J., L., Ivancevich, J., M.: Management. Praha: Grada Publishing, 2007. ISBN 80-7169-422-3.

oblasti. Ako píše Antalová²³, „personálne riadenie“ sa stalo príliš úzkym na riešenie problémov teórie, no predovšetkým praxe v oblasti ľudských zdrojov. Nová kategória, „riadenie ľudských zdrojov“ (RLZ), rozšírila význam personálneho riadenia nad rámec činností realizovaných personálnym oddelením, do ktorých následne zaangažovala všetkých zamestnancov. Stretáme sa aj s definíciou (skôr extrémom a prežívajúcou predstavou), ktorá RLZ vidí ako inštinktívno-intuitívnu, nie manažérsku disciplínu²⁴. Zjednodušene môžeme povedať, že časť manažmentu podniku, ktorá sa zameriava na všetko, čo súvisí s človekom v pracovnom procese, je oblasť pôsobenia manažmentu (alebo riadenia) ľudských zdrojov²⁵. Manažment ľudských zdrojov ako vedný odbor ponúka systém teoretických poznatkov, metodologických prístupov ako aj návody na pragmatické manažérske riešenie rozvoja ľudských zdrojov v praxi. Predpokladá preto dokonalú štúdiu a analýzu trhu práce ako aj makro a mikro prostredia tohto trhu. Podľa Anny Kachaňákovéj²⁶ riadenie ľudských zdrojov je činnosť, ktorá sústreďuje svoju pozornosť na zamestnancov, a ktorá sa spolu s ostatnými funkčnými oblasťami manažmentu podieľa na dosiahnutí synergického efektu. Charakteristická je tu integrácia strategického RLZ so stratégiu podniku ako celku a vzájomné ovplyvňovanie sa RLZ s podnikovou kultúrou ako nástrojom riadenia PR obráteného do vnútra podniku.

Rozvoj ľudských zdrojov pôsobí ako katalyzátor zmien na trhu s pracovnou silou najmä tým, že volí nové prístupy, metódy a techniky práce s ľuďmi a usiluje sa o optimálne uplatňovanie a využívanie ľudského potenciálu. Pravdou však zostáva, že slovenské firmy adekvátne nerešpektujú nové trendy v manažmente ľudských zdrojov, a to vo väčšine jeho činností: počnúc analýzou práce a výberom zamestnancov a končiac ich vzdelávaním a hodnotením²⁷. Problém sa javí aj v oblasti starostlivosti o ľudský potenciál podniku, kde je rovnako potrebné prehodnotiť stratégiu RLZ. Nový prístup v tejto oblasti sa nazýva holistický a uprednostňuje sociálne ciele, tzv. budúci psychologický zisk a nemateriálne aspekty práce v podobe pozitívnej sociálno-psychologickej klímy. Ak má byť pracovná sila pre podnik prínosom, musí byť emocionálne vyrovnaná, schopná odolávať stresu, psychickej záťaži a zvládať medziľudské vzťahy²⁸. Netreba teda zabúdať, že rozvoj ľudských zdrojov je prvou podmienkou pre následnú tvorbu väčšieho konkurenčného prostredia. Prax dokázala, že úspešnejšie podniky sa od tých menej úspešných odlišujú schopnosťou formovať svoj ľudský potenciál, ako aj motivovať ho k vyššej výkonnosti a k pozitívnemu vzťahu k podniku²⁹.

²³ Antalová, M.: Trh práce a manažment ľudských zdrojov, seminárne cvičenia. Bratislava: Ekonóm, 2005, s. 67-71. ISBN 80-225-1954-5.

²⁴ Repková, K.: Personálna práca v organizácii. Bratislava: EPOS, 1999, s. 16. ISBN 80-8057-103-1.

²⁵ Byars, L., L., Rue, L., W.: Human Resource Management. Boston: Irwin-McGraw Hill, 1997, s. 4. ISBN 0-256-20193-5.

²⁶ Kachaňáková, A.: Riadenie ľudských zdrojov. Bratislava: Sprint, 2003, s. 10. ISBN 80-89085-22-9.

²⁷ Kachaňáková, A., Nachtmannová, O., Mulíková, M.: Tendencie vývoja riadenia ľudských zdrojov v organizáciách na Slovensku. In: Ekonomický časopis, roč. 50, 2002, č. 2, s. 235-256. ISSN 0013-3035.

²⁸ Szarková, M.: Nové smery v riadení ľudských zdrojov: holistický manažment. In: Personálny a mzdový poradca podnikateľa, 2001, č. 10-11, s. 154-158. Žilina. ISSN 1335-1508.

²⁹ Veber, J. a kol.: Management. Praha: VŠE, 2000, s. 166. ISBN 80-7261-029-5.

3.2 PODSTATA PERSONÁLNEHO MARKETINGU

Personálny marketing (podľa Slovníka modernej personalistiky³⁰) predstavuje spôsob, ktorým si organizácia získava a udržiava zamestnancov. Predmetom sú pracovné miesta a pracovné sily. Ide tu predovšetkým „o nasýtenie potrieb zamestnanosti prostredníctvom konkurencieschopnosti personálnej politiky. Harmonizuje záujmy a očakávania zamestnancov i podniku, pričom rešpektuje zmenené priority“. V širšom slova zmysle zahŕňa personálny marketing činnosti spojené s prezentáciou podniku na trhu práce a z užšieho pohľadu zahŕňa aj získavanie pracovnej sily cez personálnu inzerciu, spoluprácu s inštitúciami pôsobiacimi na trhu práce, cez sponzoring ako aj použitím ostatných komunikačných nástrojov³¹.

Cieľom personálneho marketingu je zabezpečiť optimálnu štruktúru, počet a kvalitu ľudských zdrojov v súlade s operatívnymi i strategickými potrebami podniku³². Zároveň si podnik vytvára aj pozitívny imidž. V personálnom marketingu (podľa Polákovvej a Häusera³³) sa potenciálny zamestnanec stáva „klientom“ a manažment cez marketingové nástroje robí všetko pre to, aby si získal a udržal zamestnancov v podniku. Personálny marketing pomáha rozpoznať potreby i prania zamestnancov, a to tak existujúcich ako aj potenciálnych, čím si môže zabezpečiť získanie konkurenčnej výhody voči ostatným organizáciám.

Personálny marketing³⁴ je treba vidieť ako súhrn činností, ktorými sa podnik snaží aktívne pôsobiť na trhu práce a vytvárať si podmienky na tomto trhu pre transakcie: zamestnávateľ – zamestnanec. Poslaním personálneho marketingu je plánovanie a realizácia takých aktivít, ktoré podporujú atraktivnosť podniku na trhu práce. Dôležitou súčasťou personálneho marketingu je analýza a prieskum faktorov na trhu práce, ktoré ovplyvňujú formovanie a existenciu pracovnej sily v organizácii. Ako uvádzajú Poláková a Häuser³⁵, cieľom takéhoto personálneho výskumu je optimálne realizovať vlastnú internú a externú personálnu politiku a stratégiu. Je pre podnik potrebné sledovať celkovú situáciu na trhu práce, populačný vývoj, ekonomické a sociálne faktory, demografiu, politické podmienky, legislatívu, mieru otvorenosti národných ekonomík a iné faktory.

Efektívne vykonávaný personálny marketing je jednou z významných ciest pre zvyšovanie kvality ľudského kapitálu spoločnosti. Pri riešení otázok personálneho marketingu je potrebné mať na zreteli, že trh práce je heterogénny, pričom silne vystupuje do popredia jeho regionálny charakter. Aby celá koncepcia personálneho marketingu fungovala skutočne efektívne, je potrebné v praxi využiť súbor marketingových nástrojov - personálny marketingový mix. Na ľudské zdroje v organizácii pôsobí celý rad sociálnych, spoločenských

³⁰ Slovník modernej personalistiky. In: Personálny a mzdový poradca, 2003, č. 13-14, s. 184. Žilina. ISSN 1335-1508.

³¹ Stýblo, J., Urban, J., Vysokajová, M.: Personalistika 2006. Praha: ASPI, 2005, s. 82. ISBN 80-7357-148-X.

³² Borsíková, B.: Personálny marketing - výzva personálnemu manažmentu. In: Zborník z medzinárodnej konferencie FMK UCM: Nové trendy v marketingu. Trnava: FMK UCM, 2005. ISBN 80-89220-21-5.

³³ Poláková, I., Häuser, S.: Personální marketing. In: Moderní řízení, roč. 38, 2003, č. 8, s. 46-47. Praha: Economia. ISSN 0026-8720.

³⁴ Zdroj: www.trnava-vuc.sk/dokumenty_EU/equal/Vystup_Aktivita3.doc: Stratégia rozvoja ľudských zdrojov (prevzaté: február 2007).

³⁵ Poláková, I., Häuser, S.: Personální marketing. In: Moderní řízení, roč. 38, 2003, č. 8, s. 46-47. Praha: Economia. ISSN 0026-8720.

ale aj psychologických faktorov, ktoré vytvárajú podnikovú kultúru. Preto je potrebné (podľa Márii Antošovej³⁶) vybrané nástroje aplikovať v kontexte danej podnikovej kultúry.

4. VZŤAH PERSONÁLNEHO MARKETINGU A PERSONÁLNEHO MANAŽMENTU

Na záver je vhodné poznamenať, prečo vlastne hovoríme o personálnom marketingu a nie personálnej práci. Personálny manažment svojím obsahom a náplňou predstavuje jednotlivé činnosti riadenia ľudských zdrojov, teda inak povedané je časťou podnikového riadenia. Vzhľadom na jeho poslanie v podniku možno povedať, že orientácia personálnej práce je predovšetkým na ľudské zdroje už v podniku existujúce (samozrejme, že nemožno úplne vylúčiť z kompetencií RLZ jednu zo základných úloh, a to „získavanie a výber nových zamestnancov“). Teória a prax riadenia podniku sa snaží prispôbiť ekonomickým zmenám a flexibilne reagovať na vzniknutú situáciu, a zároveň efektívne vykonávať jednotlivé činnosti. Svetový trh, rýchle zmeny technológií, konkurencia - to je len niekoľko dôvodov, prečo je pre podniky potrebné čo najrýchlejšie získať konkurenčnú výhodu a náskok pred konkurentmi na trhu. Prečo by tou výhodou mali byť len výrobné inovácie? Teória i prax už dávno potvrdili, že tým najcennejším v organizácii je človek - t. j. ľudský zdroj ako tvorca hodnôt v podniku, ako „pracovná sila“ ochotná a schopná sa profesionálne formovať presne podľa potrieb podniku. Prečo sa teda nesnažiť o zisk konkurenčnej výhody práve zabezpečením a udržaním si tých najlepších ľudí. Personálny marketing je riešenie: získať, stabilizovať a udržať si zamestnancov cez analýzu na trhu práce a zabezpečenie si dobrého zamestnávateľského mena.

Personálny marketing predstavuje presun záujmu podniku ako zamestnávateľa predovšetkým „von“, t. j. na trh práce, kde sa pomocou nástrojov marketingu snaží získať si nové ľudské zdroje - následne riadené „vnútri“ podniku cez manažment ľudských zdrojov, tzn. prostredníctvom jednotlivých činností personálnej práce. Personálny marketing ako snaha získať si a udržať nové ľudské zdroje neznamena potlačanie či vylúčenie personálnej práce. Skôr naopak, personálny marketing predstavuje dôležitú úlohu pri plnení funkcií personálneho riadenia v podniku³⁷. Pôjde tu o formu spolupráce: najprv potrebujem získať vhodných zamestnancov prostredníctvom aplikácie marketingových nástrojov na trhu práce a potom sa postarám o (udržanie) týchto zamestnancov personálnou politikou a riadením (pozri Tabuľka 1).

Z uvedeného vyplýva, že personálny manažment a personálny marketing budú mať niektoré spoločné črty, v iných sa budú rozlišovať. Rozdiel medzi nimi v oblasti získavania pracovnej sily je evidentný. Personálny marketing kladie väčší dôraz na komunikáciu s potenciálnym zamestnancom. Získavanie zamestnancov nevychádza len z predchádzajúcej analýzy potreby pracovných síl a plánu ich pokrytia, ale oveľa viac si vyžaduje vypracovanie detailného opisu pracovného miesta a špecifikácie osoby. Neprebíha len „nárazovo“, v prípade potreby, ale stáva sa strategickou činnosťou v snahe celý proces získavania čo najviac zefektívniť. Komunikácia s vonkajším trhom práce je zameraná na prezentáciu podniku ako zamestnávateľa, na prezentáciu podnikovej kultúry, neustále budovanie zamestnávateľského imidžu a prezentáciu možností profesionálneho rastu zamestnanca. Počas komunikácie s potenciálnymi zamestnancami (títo sú segmentovaní pomerne jednoducho a podľa presných

³⁶ Antošová, M.: Marketing-mix v personalistice. In: Moderní řízení, roč. 40, 2005, č. 11, s. 42-44. Praha: Economia. ISSN 0026-8720.

³⁷ Neumann, T.: Ganzheitliches Qualifikationsmanagement. Wiesbaden: Gabler Verlag, 1992, s. 21. ISBN 3-409-13861-7.

kritérií: na vonkajšom trhu tak heterogénne ako sa len dá, na vnútornom trhu zasa homogénne). Cieľom nie je selektovať tých, ktorí nezodpovedajú vopred určeným predstavám podniku, ale už pri prvom kontakte orientovať „klienta“ tak, aby sa predstavy uchádzača i podniku o naplnení pracovného miesta zhodli. Okrem komunikácie s vonkajším trhom práce sa podnik orientuje aj na vnútorný trh, kde hlavným nástrojom je motivácia zamestnancov. V motivácii sa okrem „tradičných“ nástrojov ako vzdelávanie zamestnancov a sociálna starostlivosť, kladie dôraz na participáciu pracovnej sily s podnikom (s jeho filozofiou, hodnotami a strategickým smerovaním), na otvorenú a aktívnu komunikáciu s pracovnou silou a podporovanie tímovej práce. Komunikácia s pracovnou silou v otázkach personálnych nie je ponechaná len na personalistov – špecialistov, ale táto úloha sa presúva na priameho nadriadeného poprípade ďalšieho zamestnanca, ktorí pomáhajú pri orientácii získanej pracovnej sily. Okrem tradičných nástrojov, ktoré personálny manažment pri obsadzovaní voľných miest používa (inzercia, letáky, úrady práce, referencie a iné), sa personálny marketing obracia aj na nové možnosti získavania ľudského potenciálu (spolupráca so vzdelávacími inštitúciami, internet, náborové besedy a iné), respektíve inovuje tie osvedčené.

Ako vyplýva z uvedených skutočností, komunikácia je prvoradá a tvorí povestnú alfu i omegu celého procesu. Komunikačné nástroje používané pri získavaní pracovnej sily (resp. ich rozsah a efektívnosť) sú tým rozhodujúcim rozdielom medzi personálnou prácou a personálnym marketingom. Možno povedať, že práve z dôvodu už spomínaných megatrendov dnešnej spoločnosti, vzrastá potreba otvorenej a efektívnej komunikácie a zároveň komunikácia posunula personálny manažment k personálnemu marketingu: teóriu riadenia priblížila k trhu (v našom prípade k trhu s pracovnou silou).

Na koniec len zopakujeme základnú myšlienku personálneho marketingu: predstavuje samostatnú súčasť a zároveň špecifické prepojenie koncepcie, funkcií a nástrojov marketingu na podmienky personálneho manažmentu resp. manažmentu ľudských zdrojov. Personálny marketing znamená získať kvalitný ľudský kapitál, umiestniť ho na to správne pracovné miesto v podniku tým správnym spôsobom orientácie, motivovať ho pre zotrvanie v podniku a využívať komunikáciu ako nástroj a prostriedok, ktorý vyvoláva, stimuluje a zároveň usmerňuje ponuku aj dopyt po práci. Aj keď definícia personálneho marketingu nie je ucelená (v literatúre jednoznačne daná), všetky činnosti podnik realizuje sám alebo za pomoci externého dodávateľa s cieľom znižovať náklady, zvyšovať rast podniku a dlhodobo zabezpečovať podniku konkurenčnú výhodu v podobe pracovnej sily.

kritérium	Personálny manažment	Personálny marketing
Cieľ	Riadenie ľudí	Získanie pracovnej sily
Úlohy	Plánovanie, analýza prac. miesta, získavanie a výber pracovnej sily, prijímanie a orientácia, rozmiestňovanie a prepúšťanie, hodnotenie, odmeňovanie, pracovné vzťahy, starostlivosť a personálny informačný systém	Personálne plánovanie, získavanie, výber, motivácia, orientácia, outplacement
Zameranie	Využíva potenciál, ktorým podnik disponuje v danom	Rozvoj a využívanie súčasného potenciálu

kritérium	Personálny manažment	Personálny marketing
	čas, podcenenie adaptácie zamestnancov	a zároveň cielené formovanie (orientácia a adaptácia) budúcej pracovnej sily
Trh práce (TP)	Formálna spolupráca prevažne s externým a riadenie interného TP	Otvorená a aktívna spolupráca s externým TP, cieľavedomé formovanie, riadenie a motivovanie interného TP
Segmentácia	Rozsiahla segmentácia, slabý systémový prístup	Segmentácia podľa dôkladne vybraných kritérií, dôraz na systémový prístup, adresné hľadanie
Zodpovednosť za plnenie cieľa	Jej presúvanie na personálnych odborníkov v podniku a následne na všetkých vedúcich zamestnancov	Vyvážene rozložená medzi manažment, zamestnancov a externých personálnych odborníkov
Nástroje	Využívanie existujúcich (starých) nástrojov práce s ľuďmi a jednoduchších metód výberu	Využívanie existujúcich personálnych i marketingových nástrojov, identifikácia a uplatňovanie nových nástrojov, alebo starších s novým obsahom
Podniková kultúra	Nízka komunikácia, zameranie na von, slabá akceptácia všetkými zamestnancami, pasívna vo vnútri podniku	Dôsledne sa deklaruje zamestnancom i okoliu podniku, aktívna tvorba i presadzovanie dnu aj mimo podniku
Imidž zamestnávateľa	Nedostatočne podporovaný a príležitostne presadzovaný	Cieľavedomé a neustále používanie nástrojov podporujúcich imidž podniku
Efektívnosť nástrojov	Často spájaná s pojmom „nízka finančná náročnosť“ nástrojov	Ich sledovanie a porovnávanie z hľadiska časových trendov ako aj porovnávanie s inými podnikmi, outsourcing
Plánovanie	Plány v oblasti ľudských zdrojov odvíjané od plánov predaja, často absencia stratégie	Časové i vecné prepojenie s ostatnými plánmi, nutnosť tvorby stratégie RLZ
Vedenie a motivácia	Vedenie sa opiera o hodnotenie; motivácia cez	Motivácia zahŕňa participáciu, komunikáciu, vzdelávanie,

kritérium	Personálny manažment	Personálny marketing
	vzdelávanie, rozvoj, odmeňovanie a starostlivosť o zamestnancov	rozvoj, starostlivosť a podmienky práce; vedenie (počas adaptácie a orientácie) cez tímovú prácu, hodnotenie komplex. pracovného výkonu
Prístup k zamestnancom	Vyžadovanie stanoveného podnecovanie výkonnosti a kvality vedenie, motiváciu a vzdelávanie	Prístup k zamestnancom ako ku zákazníkom, zosúladiť potreby jednotlivcov a podniku s cieľom zvýšiť strategickú konkurencieschopnosť podniku prostredníctvom ľudí

Tabuľka 1: Paralely a odlišnosti personálneho manažmentu a personálneho marketingu (zdroj: autor - na základe literárnej rešerše citovanej literatúry)

Literatura:

- Antalová, M.: Trh práce a manažment ľudských zdrojov, seminárne cvičenia. Bratislava: Ekonóm, 2005, 176 s. ISBN 80-225-1954-5.
- Armstrong, M.: Řízení lidských zdrojů. Praha: Grada Publishing, 2005, 856 s. ISBN 80-247-0469-2.
- Baruk, A., I.: Marketing personalny jako instrument kreowania wizerunku firmy. Warszawa: Difin, 2006, 272 s. ISBN 83-7251-630-8.
- Borsíková, B.: Personálny marketing - výzva personálnemu manažmentu. In: Zborník z medzinárodnej konferencie FMK UCM: Nové trendy v marketingu. Trnava: FMK UCM, 2005. ISBN 80-89220-21-5.
- Bühner, R.: Personalmanagement. Landsberg am Lech: Moderne Industrie Verlag, 1994, 487 s. ISBN 3-478-39610-7.
- Byars, L., L., Rue, L., W.: Human Resource Management. Boston: Irwin-McGraw Hill, 1997, 560 s. ISBN 0-256-20193-5.
- Donnelly, J., H., Gibson, J., L., Ivancevich, J., M.: Management. Praha: Grada Publishing, 2007, 821 s. ISBN 80-7169-422-3.
- Kachaňáková, A.: Riadenie ľudských zdrojov. Bratislava: Ekonóm, 1999, 227 s. ISBN 80-225-1206-0.
- Kachaňáková, A.: Riadenie ľudských zdrojov. Bratislava: Sprint, 2003, 212 s. ISBN 80-89085-22-9.
- Koubek, J.: Řízení lidských zdrojů – základy moderní personalistiky. Praha: Management Press, 2003, 367 s. ISBN 80-7261-033-3.

- Maier,W., Fröhlich, W.: Personalmanagement für Klein- und Mittelbetriebe. Heidelberg: Sauer Verlag, 1992, 152 s. ISBN 3-7938-7069-3.
- Maier,W., Fröhlich, W.: Personalmanagement in der Praxis. Wiesbaden: Gabler Verlag, 1991, 224 s. ISBN 3-409-13852-8.
- Mohelská, H., Rošický, S., Šabatová, M.: Peresonální management. Hradec Králové: GAUDEAMUS, 2003, 147 s. ISBN 80-7041-485-5.
- Neumann, T.: Ganzheitliches Qualifikationsmanagement. Wiesbaden: Gabler Verlag, 1992, 140 s. ISBN 3-409-13861-7.
- Repková, K.: Personálna práca v organizácii. Bratislava: EPOS, 1999, 175 s. ISBN 80-8057-103-1.
- Stýblo, J., Urban, J., Vysokajová, M.: Personalistika 2006. Praha: ASPI, 2005, 771 s. ISBN 80-7357-148-X.
- Tureckýová, M.: Řízení a rozvoj lidí ve firmách. Praha: Grada Publishing, 2004, 168 s. ISBN 80-247-0405-6.
- Vágner, I.: Management z pohledu všeobecného a celostního. Vydavatel'stvo Brno: MUNI, 2000, 300 s. ISBN 80-210-2459-3.
- Veber, J. a kol.: Management. Praha: VŠE, 2000. ISBN 80-7261-029-5.
- Wunderer, R., Kuhn, T.: Unternehmerisches Personalmanagement. Frankfurt am Main: Campus Verlag, 1993, 246 s. ISBN 3-593-34943-4.
- Antošová, M.: Marketing-mix v personalistice. In: Moderní řízení, roč. 40, 2005, č. 11, s. 42-44. Praha: Economica. ISSN 0026-8720.
- Kachaňáková, A., Nachtmannová, O., Mulíková, M.: Tendencie vývoja riadenia ľudských zdrojov v organizáciách na Slovensku. In: Ekonomický časopis, roč. 50, 2002, č. 2, s. 235-256. ISSN 0013-3035.
- Koubek, J.: Personálny marketing a marketing personálnej práce. In: Personálny a mzdový poradca podnikateľa, 2000, č. 8, s. 86-104. Žilina. ISSN 1335-1508.
- Poláková, I., Häuser, S.: Personální marketing. In: Moderní řízení, roč. 38, 2003, č. 8, s. 46-47. Praha: Economica. ISSN 0026-8720.
- Slovník modernej personalistiky. In: Personálny a mzdový poradca, 2003, č. 13-14, s. 184. Žilina. ISSN 1335-1508.
- Stýblo, J.: Uplatňování personálního marketingu v praxi. In: Práce a mzda, 2003, č. 4, s. 18-19. Praha: ASPI Publishing. ISSN 0032-6208.

- Szarková, M.: Nové smery v riadení ľudských zdrojov: holistický manažment. In: Personálny a mzdový poradca podnikateľa, 2001, č. 10-11, s. 154-158. Žilina. ISSN 1335-1508.
- Tuma, M.: Kritériá rozpoznávania manažérskeho potenciálu. In: Personálny a mzdový poradca podnikateľa, Poradca podnikateľa, 2003, č. 3-4, s.172-189. Žilina. ISSN 1335-1508.
- www.trnava-vuc.sk/dokumenty_EU/equal/Vystup_Aktivita3.doc: Stratégia rozvoja ľudských zdrojov (prevzaté: február 2007).

Kontaktní údaje na autora – email:

kliment@truni.sk

EKONOMICKÉ A PRÁVNE ASPEKTY SÚČASNEJ HOSPODÁRSKEJ KRIMINALITY

JANA KOPRLOVÁ

Právnická fakulta, Trnavská univerzita v Trnave, Slovenská republika

Abstrakt v rodném jazyce

Vymedzenie a základná charakteristika najvýznamnejších ekonomických a právnych aspektov hospodárskej kriminality s dôrazom na jej novodobé ponímanie v slovenských podmienkach, ako aj širšom európskom a celosvetovom kontexte. Náčrt alternatívnych vymedzení pojmu hospodárska kriminalita a ich pôvodu, fenoménu hospodárskej kriminality a jej etiologie, objasnenie súčasných prístupov k definovaniu relevantných skupín páchatel'ov, klasifikácia škôd a nákladov súvisiacich s páchaním hospodárskych trestných činov, uvedenie základných prístupov podnikateľských subjektov k riešeniu a prevencii hospodárskej kriminality, zhrnutie základných bodov súčasného stavu hospodárskej kriminality na Slovensku a vo svete.

Klíčová slova v rodném jazyce

Hospodárska kriminalita, Fraud, dolózne konanie, zákon č. 300/2005 Z.z. Trestný zákon, hospodársky trestný čin, Odporúčanie Výboru ministrov Rady Európy č. R (81) 12 o hospodárskych trestných činoch, Business Crime Control, Edwin Sutherland, kriminalita bielych golierov, kriminogénne signály, faktory a príčiny hospodárskej kriminality, základné členenie páchatel'ov súčasnej hospodárskej kriminality podľa skupín a ich profil, primárne a sekundárne škody a náklady súvisiace s hospodárskou kriminalitou, riešenie a prevencia hospodárskej kriminality, forenzné služby, systém riadenia „Anti-Fraud“ a jeho procesy, paradox kontroly a jeho účinky, potreba vypracovania jednotnej koncepcie preventívnych opatrení voči hospodárskej kriminalite na úrovni verejnej správy, súčasný stav hospodárskej kriminality - situácia na Slovensku a vo svete, Globálny prieskum hospodárskej kriminality, poradenská spoločnosť PricewaterhouseCoopers.

Abstract

Specification and main characteristics of the key aspects of the economic criminality with the emphasis on its up-to-date understanding in the Slovak surroundings as well as in the wider European and world-wide context. The outline of alternative descriptions of the term of the economic criminality and of their origins, of the phenomenon of the economic criminality and of its etiology, explanation of the dominant approaches to the definition of the relevant groups of perpetrators, classification of losses and costs related to the perpetrating economic crimes, presentation of the main approaches of undertaking units to their tasks connected with solving and preventing economic criminality, summarization of main points of the current situation in the field of the economic criminality in Slovakia and in the world economy.

Key words

Economic Criminality, Fraud, Dolus-Proceeding, Act No. 300/2005 Z.z. Slovak Criminal Code, Economic Crime, Council of Europe - Committee of Ministers Recommendation No. R (81) 12 on Economic Crime, Business Crime Control, Edwin Sutherland, White-Collar-Crime, Criminal Signals, Factors and Motives of Practicing Economic Criminality, Main Classification of Perpetrators According to their Key Groups and their Profiles, Primary and Secondary Losses and Costs Connected with the Economic Criminality, Solving and Preventing Economic Criminality, Forensic Services, Management System „Anti-Fraud“ and its Processes, Control Paradox and its Effects, Necessity of Working-Out a Comprehensive

Conception of Preventing Proceedings in Relation to the Economic Criminality on the Level of the Public Administration, Current Situation in the Field of the Economic Criminality in Slovakia and in the World Economy, Global Economic Crime Survey, Consulting Firm PricewaterhouseCoopers.

1. ÚVOD

Naša národná ekonomika sa v období bezprostredne nadväzujúcom na udalosti z novembra 1989 ocitla v historickej situácii, ktorej ďalšie smerovanie znamenalo veľký krok do neznáma. Vlna prerodu spoločensko-politických pomerov, ktorá rozhybala svet po páde berlínskeho múra, zasiahla v priebehu dvoch rokov postupne až dvadsaťdeväť krajín. Spoločným menovateľom procesu budovania trhovej ekonomiky sa stali demokratizácia spoločnosti, zmena politického systému a reforma ekonomického systému transformujúcich sa krajín. Kľúčovú úlohu v reforme ekonomického systému zohrával prerod centrálnie riadeného modelu hospodárstva na trhový typ ekonomiky, presnejšie povedané trhový model hospodárstva so žiaducou, nevyhnutnou mierou štátnych zásahov do riadenia hospodárskych procesov, tak, ako je všeobecne uznávaný a v rôznej miere taktiež zastúpený vo všetkých fungujúcich trhovovo orientovaných ekonomikách. Súčasťou jeho základnej platformy boli i zmeny v inštitútoch vlastníctva a vlastníckych vzťahov a širokospektrálna liberalizácia ekonomických vzťahov. Práve takéto obdobie veľkých spoločenských zmien, ktoré so sebou priniesli najmä opätovné zjednotenie Nemecka, rozpad Sovietskeho zväzu a celého východného bloku rozvírilo pomerne pokojnú hladinu prístupov k otázke bezprostredne súvisiacej hospodárskej kriminality. Známa teória o kriminalite bielych golierov dostala novú podobu, a tiež ponaučenie, že hospodárska kriminalita sa stáva fenoménom prekračujúcim dosah pôsobnosti individuálneho subjektu či organizácie, ba dokonca i národných alebo regionálnych trhov. Jej fenomén práve v uvedenom období procesov nebývanej liberalizácie národných ekonomík dokázal prerásť do takých rozmerov a podôb, že novodobú hospodársku kriminalitu možno už dnes označiť za najpálčivejší problém svetovej ekonomiky a jeden z kľúčových problémov budúcnosti ľudstva. Aký je súčasný stav interpretácie základných ekonomických a právnych aspektov hospodárskej kriminality v našich podmienkach, o tom hovorí nasledujúci príspevok.

2. VYMEDZENIE POJMU HOSPODÁRSKA KRIMINALITA

Pojem hospodárska kriminalita nebol zatiaľ ani napriek všetkým snahám jednoznačne vymedzený. Z hľadiska slovenského trestného práva sa spája s hospodárskymi trestnými činmi, zaradenými v piatej hlave osobitnej časti Trestného zákona č. 300/2005 Z.z.. Treba si však uvedomiť, že tieto explicitne vymedzené hospodárske trestné činy tvoria iba základ; ich množina z hľadiska rôznorodosti skutkových podstátí nie je konečná. Hospodársku kriminalitu je potrebné odlišovať od majetkovej kriminality, vzhľadom na skutočnosť, že niektoré trestné činy, ktoré sú zaradené v štvrtej hlave osobitnej časti Trestného zákona (napríklad podvodu, sprenevery), sa objavujú aj vo fenomenológii hospodárskej kriminality. V takomto prípade je vždy určujúci spôsob spáchania trestného činu.

V odbornej anglo-americkej terminológii sa častejšie objavuje jej anglické synonymum „Fraud“; v nemecky hovoriacich krajinách začínajú uprednostňovať pojem „dolözne konanie“. V oboch prípadoch sa mieni vždy to isté: hospodárske kriminálne aktivity predstavujú trestné činy, ktoré vznikajú v hospodárskom živote v súvislosti so zneužitím jestvujúcich pravidiel dôvery. Hospodársky život znamená, že takéto trestné činy sú páchané vo väzbe na uskutočňované hospodárske činnosti. To však nevyhnutne neznamená, že sa

vyskytujú iba v súvislosti s aktivitami podnikateľských subjektov. Hospodársku činnosť totiž vykonávajú aj iné subjekty, ako napríklad neziskové organizácie.

Vychádzajúc z definície amerického Institute for Internal Auditors rozumieme pod pojmom „Fraud“ podvody a protiprávne konania súvisiace s úmyselným uvádzaním do omylu alebo mylnej predstavy. Pre hospodársku prax môže byť však prijateľnejšie nasledujúce vymedzenie: hospodárska kriminalita predstavuje súhrn trestných činov a nezákonných postupov páchaných v organizáciách, na organizáciách alebo prostredníctvom organizácií, pričom pod pojmom „organizácia“ treba rozumieť všetky druhy trhových subjektov - takých, ktoré sú zamerané na zisk, i takých, ktorým zákon zakazuje vyvíjať ziskovo zamerané hospodárske aktivity. Pojem organizácie teda poukazuje na skutočnosť, že hospodárska kriminalita nemusí nevyhnutne postihovať iba podnikateľské subjekty, ale aj neziskové organizácie alebo všeobecne prospešné subjekty verejného práva. Uvedené vymedzenie pritom zahŕňa aj kriminalitu páchanú zamestnancami organizácií.

Podľa definície nemeckého Institut der Wirtschaftsprüfer predstavuje pojem „Fraud“ úmyselné konanie jednej alebo viacerých osôb z okruhu zákonných zástupcov, členov dozorných orgánov, zamestnancov podnikateľských subjektov alebo tretích strán, ktoré má vo všeobecnosti zabezpečiť neoprávnené alebo protiprávne výhody.

Ako dolózne konanie sa v podnikovo-hospodárskej literatúre označuje konanie vzťahujúce sa na podnikateľskú činnosť, ktoré vedie k úmyselnému poškodeniu podnikateľského subjektu alebo tretej strany. Pod takúto činnosť spadajú pri užšom vymedzení pojmu skutkové podstaty trestných činov z oblasti hospodárskej kriminality; pri rozšírenom vymedzení pojmu spadajú pod dolózne konanie i trestné činy z iných súvisiacich oblastí kriminality: napríklad počítačovej kriminality, majetkovej kriminality či organizovanej kriminality. Dolózne konanie nastáva protiprávnym privlastnením si majetkových hodnôt s cieľom vlastného obohatenia sa, pričom vzniknutá škoda je spôsobená úmyselne alebo aspoň prinajmenšom hrubou nedbanlivosťou a je namierená proti podnikateľskému subjektu, prípadne proti tretej strane, ale nikdy nie prvorado proti štátu. Takéto zámerné škodlivé konanie býva zásadne protiprávne; obvykle sa jedná o trestný čin vymedzený trestným právom. Medzi ďalšie znaky takéhoto konania patrí skutočnosť, že sa neuskutočňuje s použitím násilia a je spravidla veľmi ťažko identifikovateľné. Výška spôsobenej škody môže byť značná, závisí to od individuálneho prípadu. Pojem dolózne konanie má svoj etymologický pôvod v latinčine, kde viacvýznamový výraz „dolus“ znamená okrem iného zlý úmysel, podvod, leš, klam.

Kolektív Oto Novotný, Josef Zapletal et al. uvádza, že zatiaľ čo majetková kriminalita smeruje proti majetku (fyzických i právnických osôb), hospodárska kriminalita smeruje proti hospodárskemu poriadku a jeho fungovaniu. Hospodársku kriminalitu však nemožno obmedzovať iba na hospodárske trestné činy v zmysle určenej osobitnej časti Trestného zákona. Základné rozdiely medzi majetkovou kriminalitou a hospodárskou kriminalitou sa podľa policajnej štatistiky prejavujú tiež v závažnosti spôsobených škôd. Výrazné odlišnosti pritom možno badať aj v charakteristikách páchatel'ov. (Podľa Novotný, O., Zapletal, J. a kol., 2004, s. 263).

Hospodársku kriminalitu obsiahnutú v piatej hlave osobitnej časti Trestného zákona v platnom znení podrobnejšie charakterizujú hospodárske trestné činy, ktoré zákonodarca rozdelil do štyroch samostatných dielov:

- prvý diel Trestné činy ohrozujúce trhovú ekonomiku (bližšie pozri §§ 250 až 258);

- druhý diel Trestné činy proti hospodárskej disciplíne (bližšie pozri §§ 259 až 269);
- tretí diel Trestné činy proti mene a trestné činy daňové (bližšie pozri §§ 270 až 280);
- štvrtý diel Trestné činy proti priemyselným právam a proti autorskému právu (bližšie pozri §§ 281 až 283).

Trestný zákon v platnom znení ako hospodárske trestné činy explicitne vymedzuje:

- zneužitie účasti na hospodárskej súťaži;
- neoprávnené podnikanie;
- neoprávnené obchodovanie s devízovými hodnotami a poskytovanie devízových služieb;
- nepovolenú výrobu liehu;
- porušovanie predpisov o obehu tovaru v styku s cudzinou;
- porušovanie predpisov o nakladaní s kontrolovaným tovarom a technológiami;
- ohrozenie devízového hospodárstva;
- skresľovanie údajov hospodárskej a obchodnej evidencie;
- poškodzovanie finančných záujmov Európskych spoločenstiev;
- ohrozenie obchodného, bankového, poštového, telekomunikačného a daňového tajomstva;
- zneužívanie informácií v obchodnom styku;
- machinácie pri verejnom obstarávaní a verejnej dražbe;
- poškodzovanie spotrebiteľa;
- falšovanie, pozmeňovanie a neoprávnená výroba peňazí a cenných papierov;
- uvádzanie falšovaných, pozmenených a neoprávnene vyrobených peňazí a cenných papierov;
- výrobu a držbu falšovateľského náčinia;
- ohrozovanie obehu peňazí;
- falšovanie, pozmeňovanie a nedovolená výroba kolkových známok, poštových cenín, nálepiek a poštových pečiatok;
- falšovanie a pozmeňovanie kontrolných technických opatrení na označenie tovaru;
- skrátenie dane a poistného;
- neodvedenie dane a poistného;

- nezaplatenie dane;
- porušenie predpisov o štátnych technických opatreniach na označenie tovaru;
- porušovanie práv k ochrannej známke, označeniu pôvodu výrobku a obchodnému menu;
- porušovanie priemyselných práv;
- porušovanie autorského práva.

Pripomíname, že jeden z hľadiska dopadu na národné ekonomiky najznámejších dokumentov Rady Európy, ktorým je Odporúčanie Výboru ministrov Rady Európy č. R (81) 12 o hospodárskych trestných činoch z roku 1981 vymedzuje celkovo 16 základných oblastí hospodárskej kriminality:

1. kartelové trestné činy;
2. podvodné praktiky a zneužívanie hospodárskej situácie nadnárodnými spoločnosťami;
3. podvodné získavanie alebo zneužívanie finančných dotácií poskytnutých štátmi alebo medzinárodnými organizáciami;
4. trestné činy páchané prostredníctvom počítačov;
5. zakladanie a riadenie fiktívnych firiem;
6. falšovanie súvah podnikateľských subjektov a trestné činy spojené s účtovníctvom;
7. podvody vzťahujúce sa na ekonomickú situáciu a základné imanie spoločností;
8. porušovanie štandardov bezpečnosti a ochrany zdravia zamestnancov;
9. podvody poškodzujúce veriteľov;
10. poškodzovanie spotrebiteľov;
11. nekalá súťaž a klamlivá reklama;
12. finančné trestné činy a vyhýbanie sa úhrade spoločenských výdavkov na strane podnikateľských subjektov;
13. colné podvody;
14. trestné činy vzťahujúce sa na reguláciu obehu peňazí a meny;
15. burzové a bankové trestné činy;
16. trestné činy proti životnému prostrediu.

Vzhľadom na skutočnosť, že vymedzenie pojmu hospodárska kriminalita jestvuje prinajmenšom toľko, koľko jestvuje autorských pohľadov a prístupov k predmetnej problematike, prikladáme názory v súčasnosti najčastejšie citovaných autorských prameňov:

„Dá sa povedať, že hospodársku kriminalitu tvoria trestné činy spáchané pri podnikaní ekonomických subjektov predovšetkým osobami pôsobiacimi vo vnútri týchto subjektov, poškodzujúce alebo ohrozujúce individuálne alebo kolektívne práva v hospodárskej sfére, zneužívajúce slabiny hospodárskeho systému alebo jeho inštitúcií, spôsobujúce oslabenie dôvery v ekonomický a spoločenský systém, motivované ziskom alebo túžbou po moci, latentnej povahy a vo svojej masovej forme ohrozujúce podstatu fungovania právneho štátu. Popritom má väčšina takto definovaných trestných činov ešte ďalšie spoločné juristické a sociologické charakteristiky, ku ktorým patria napríklad: ide o úmyselné trestné činy; v mnohých prípadoch sa jedná o tzv. blanketné alebo odkazovacie normy; skutkové podstaty sú formulované abstraktne a úzko nadväzujú na množstvo mimotrestných právnych noriem; vyskytujú sa tu častejšie ohrozujúce a omisívne trestné činy; konanie samé o sebe je nenásilnej povahy; trestné činy tohto druhu sa často veľmi dlho a podrobne plánujú a organizujú, pričom sú uskutočňované veľmi sofistikovaným spôsobom a často sú spáchané v skupine, ktorá môže mať aj charakter zločineckého spolčenia sa; často sa spájajú s činnosťou veľkých nadnárodných firiem a zasahujú územie viacerých štátov, pričom územie, na ktorom sa uskutočnilo trestné konanie, nemusí byť totožné s územím, na ktorom nastal trestný následok; a napokon, ide o trestné činy, ktoré sa vyznačujú anonymitou alebo aspoň osobnou dištanciou medzi páchatelom a obeťou, a preto je pre ne typická nízka kriminálna citlivosť.“ (Podľa Kuchta, J., Válková, H. a kol., 2005, s. 352).

„Pod hospodárskou kriminalitou rozumieme zavinené (spoločensky nebezpečné) konanie vymedzené v osobitnej časti Trestného zákona, poškodzujúce alebo ohrozujúce hospodársky poriadok, systém ekonomických alebo súvisiacich právnych vzťahov, ich fungovanie, práva a oprávnené záujmy subjektov týchto vzťahov.“ (Podľa Chmelík, J., Hájek, P., Nečas, S., 2005, s. 17). Keďže uvedená definícia je príliš všeobecná, autori ju pre potreby praxe ďalej spresňujú: „Pod hospodárskou kriminalitou rozumieme najmä tie protiprávne konania, ktoré: bez ohľadu na postavenie páchatela naplňajú skutkovú podstatu niektorého z trestných činov vymenovaných v príslušnej hlave osobitnej časti Trestného zákona; alebo ktoré naplňajú skutkovú podstatu iného trestného činu, pokiaľ sú pri jeho páchaní páchatel aj poškodený v postavení subjektov vykonávajúcich podnikateľskú činnosť, a trestná činnosť súvisí s ich podnikaním; naplňajú skutkovú podstatu iného trestného činu, pokiaľ k nemu došlo vo vzťahoch založených obchodným či pracovným právom na ťarchu zamestnávateľa, alebo na základe iného právneho vzťahu súvisiaceho s hospodárstvom, ekonomikou či financiami; naplňajú skutkovú podstatu trestných činov verejných činiteľov a trestných činov súvisiacich s úplatkárstvom, pokiaľ ich spáchal predstaviteľ verejnej správy pri výkone svojej právomoci v súvislosti s plnením hospodárskych úloh vo všeobecnom záujme alebo takéto konanie proti tomuto predstaviteľovi smerovalo; alebo ich radia k hospodárskej kriminalite medzinárodné dokumenty.“ (Podľa Chmelík, J., Hájek, P., Nečas, S., 2005, s. 17-18).

A napokon prikladám tiež jedno z najstarších vymedzení pojmu hospodárskej kriminality: americký kriminálny sociológ Edwin Sutherland označuje za hospodársku kriminalitu konanie tzv. „bielych golierov“ ako zločincov z „nadsvetia“ a stavia ich proti tzv. kriminalite „modrých golierov“ ako zločincov z „podsvetia“ či kriminalite „malého človeka.“ (Podľa Chmelík, J., Hájek, P., Nečas, S., 2005, s. 14).

Pod pojmom hospodársky trestný čin možno v najširšom, a tým aj nie právnom zmysle slova rozumieť všetky legálne a nelegálne praktiky, na základe ktorých osoby zodpovedné za podnikateľské subjekty, predovšetkým ich vlastníci, manažéri, prokuristi a iné osoby splnomocnené zastupovať podnikateľský subjekt, spôsobujú škodu: ľuďom, prírode, štátu, spoločnosti, vede, kultúre či iným právnym statkom, a to za účelom dosiahnuť, zvýšiť alebo zaistiť svoj zisk.

Nemecká všeobecne prospešná záujmová organizácia zameraná na boj proti hospodárskej kriminalite Business Crime Control (ďalej len „BCC“) striktne rozlišuje medzi praktikami, ktoré zákonodarca vymedzuje ako trestné činy, a medzi praktikami, ktoré dokázateľne ohrozujú, poškodzujú, alebo ničia právne statky, a napriek tomu sa jedná o aktivity, ktoré sú legalizované, či dokonca priamo podporované zo strany štátu alebo nižších administratívnych celkov, najmä prostredníctvom daňových zvýhodnení alebo iných privilégií. Sociálne alebo ekologicky zamerané, no pritom škodlivé hospodárske praktiky môžu byť z hľadiska zákonodarcu legálne, no podľa stanoviska BCC legitímne nie sú. Je totiž potrebné nazerať na ne podľa toho, či im možno zabrániť, alebo či ich je možné aspoň minimalizovať prostriedkami, ktorými disponuje trestné právo, alebo prostriedkami právnych noriem iných právnych odvetví, či prostredníctvom noriem správania sa alebo iných vhodných noriem upravujúcich konanie, alebo prostredníctvom kontrolných systémov, pretože kriminalizácia nie je všeliak. Dve zo základných oblastí kriminality, ktoré vymedzuje trestné právo, a ktoré BCC spája s pojmom hospodársky trestný čin, tvoria: (I.) hospodárska kriminalita a (II.) organizovaná kriminalita. Obe oblasti vykazujú viaceré spoločné črty, pričom je možné dokázať existenciu ich vnútornej previazanosti. Dokonca aj ich oficiálne vymedzenia sa často prelínajú, vzhľadom na skutočnosť, že vzájomne ich oddeliť možno iba teoreticky. Možno tiež dokázať, že obe oblasti sa vzájomne podmieňujú, a to vzhľadom na vysoký stupeň podobnosti z hľadiska obsahu, a taktiež vzhľadom na vzájomnú závislosť medzi hospodárskou kriminalitou a organizovanou kriminalitou. Podobne možno poukázať na skutočnosť, že obe uvedené oblasti kriminality fakticky vytvárajú vzájomne sa dopĺňajúci previazaný systém. Na identifikáciu a vymedzenie každej z oboch oblastí slúžia osobitné stratégie boja proti nim. Z pohľadu BCC však hospodárska kriminalita predstavuje základný priestor pre všetky druhy hospodárskych trestných činov.

Hoci bol uvedený pohľad mnohonásobne podložený, či už štúdiami Edwina H. Sutherlanda o kriminalite bielych golierov, nespočetnými historickými faktami, kritickými analýzami zaoberajúcimi sa rozdielmi medzi platným právom a skutočným hospodárskym dianím, policajnými štatistikami či každodennými skúsenosťami, v prípade nevyhnutnej potreby verejného stanoviska či komentárov na tému aktuálnych škandálov hovoria aj v súčasnosti významní zástupcovia hospodárstva, politici, novinári alebo vedci stále o „menej čiernych ovciach“, na ktoré možno natrafiť kdekoľvek. Mnohí z nich ako experti na tvorbu verejnej mienky rozširujú, zväčša vo vlastnom záujme, bájkou o tom, že hospodárska kriminalita je iba okrajový fenomén. Nemožno sa preto pozastavovať nad skutočnosťou, že hospodárska kriminalita zostáva pre odborníkov z oblasti hospodárskych a sociálnych vied či etiky naďalej slepým miestom. Častokrát sa jej fenoménom začnú zaoberať až vtedy, keď im zamestnanec ich banky či poisťovne, stavebnej spoločnosti alebo predajca vozidla vyplieni konto, alebo keď zbehlý falošný znalec predefinuje podvodné konanie na legálnu obchodnú činnosť, a tým ich osobne existenčne zničí. Takýto vzor správania, žiaľ, stále zostáva pravidlom u väčšiny trhových aktérov.

3. FENOMÉN HOSPODÁRSKEJ KRIMINALITY A JEJ ETIOLÓGIA

Kriminálny sociológ Edwin H. Sutherland už v tridsiatych rokoch minulého storočia vo svojich vzhľadom na pomery Spojených štátov prevratných štúdiách o kriminalite veľkých podnikateľských subjektov poukázal na to, čo približne v sedemdesiatych rokoch 20. storočia uznali za nepopierateľnú skutočnosť aj vedecké kruhy vo vyspelej západnej Európe: poukázal na skutočnosť, že hospodárska kriminalita, ktorú sám nazval kriminalitou bielych golierov (anglicky „white-collar-crime“), zapríčiňuje v hodnotovom vyjadrení vyššie škody ako všetky ostatné formy kriminality spoločne. Sutherlandovi sa na základe vlastných výskumov po prvý raz podarilo predložiť kriminálnej sociológii, ktorá sa dovtedy tradične zameriavala na oblasti

kriminality násilia a chudoby, vedecký dôkaz o tom, že okrem kriminality modrých golierov (anglicky „blue-collar-crime“), teda kriminality bezvýznamných zamestnancov, jestvuje tiež kriminalita, za ktorou stoja vysokopostavení ľudia. Pomenoval ju v súlade s názvom už vtedy známej kriminality modrých golierov ako kriminalitu bielych golierov. No vzhľadom na fakt, že aj bezvýznamní zamestnanci musia často nosiť biele goliere, zvädza pomenovanie tejto kriminality k tomu, že aj hospodárske trestné činy páchané bezvýznamnými osobami bývajú pripisované taktiež na ťarchu hospodárskej kriminality. Poznatky pochádzajúce z prvej polovice 20. storočia sa neskôr opätovne niekoľkokrát potvrdili, a to nielen na území Spojených štátov.

Aj najnovšie štatistiky nemeckého Spolkového kriminálneho úradu (t.j. Bundeskriminalamt, ďalej len „BKA“), jednej z najvýznamnejších štátnych inštitúcií, ktoré sa podieľajú v Nemecku na boji proti zločinu, vykazujú výsledky veľmi podobné tým, ku ktorým pôvodne došiel pán Sutherland: podľa posledných štatistík spadá v Nemecku do kategórie hospodárskych trestných činov cca 1,7 % všetkých odhalených kriminálnych aktivít; podiel hospodárskej kriminality na celkových škodách spôsobených kriminálnou činnosťou dosahuje približne 60 %. Uvedené skutočnosti motivujú organizáciu BCC stále väčšmi v jej úsilí dostať hospodársku kriminalitu úplne oficiálne na pozíciu, ktorá jej vzhľadom - prinajmenšom na priamo spôsobené hmotné škody - objektívne prináleží. Odhliadnuť však nemožno ani od ňou spôsobených nepriamych, spravidla nehmotných škôd, počnúc stratou dôvery zákazníkov k celkovému hospodárskemu dianiu a končiac negatívnym dopadom na celý sociálne orientovaný štát a jeho demokraciu.

Keďže sa už od médií, politiky, a ani vedy nedala v dohľadnej dobe očakávať náprava predstavy o hospodárskej kriminalite v spoločnosti, nastúpila BCC v roku 1991 cestu výkladovej ofenzívy. Spočiatku sledovala iba cieľ upozorniť širokú verejnosť na negatívne sociálne a ekologické dopady hospodárskej kriminality, na jej časté spolupôsobenie pri vzniku novodobých závažných problémov, a tiež na prekážky mariace jej riešenie pokojnými prostriedkami. Stanovený cieľ sa však vzhľadom na obrovský vplyv hospodárskych kriminálnych subjektov nepodarilo dosiahnuť v takom rozsahu a s takou rýchlosťou, ako si pôvodne zakladatelia BCC priali. No aj napriek tomu dokázali dosiahnuť pozoruhodný pokrok, okrem iného predovšetkým v tom, že kontrolné subjekty a poradenské spoločnosti, ako aj niektorí začínajúci kriminológovia túto tému aspoň otvárajú. Žiaľ, zväčša iba preto, aby si pri ich údajnom boji proti hrozbám, ktoré plodí hospodárska kriminalita a postihujú podnikateľské subjekty, zaistili vlastný prospech. So zámerom zabezpečiť si stály vplyv na riadiacich úrovniach výnosných kontrolných subjektov a poradenských spoločností zriaďujú si dlhodobo v utajení fungujúce hospodárske detektívne kancelárie, ktoré síce údajne bojujú proti hospodárskej kriminalite, no v skutočnosti sa zameriavajú najmä na sledovanie zamestnancov firmy. Vychádzajú pritom z premisy, že zamestnanci subjektu spôsobujú až 60 % všetkých hospodárskych trestných činov. Uvedená percentuálna hodnota vzišla z prieskumu uskutočneného na najvyšších riadiacich úrovniach. Pritom je zaujímavé, že hospodárske kontrolné subjekty, ktoré sľubujú riešiť problém hospodárskej kriminality, samé predstavujú súčasť tohto problému.

Podľa stanoviska BCC možno sledovať problém demagogického prekrúcania pojmu hospodárskej kriminality najvyššími zástupcami na najvyšších stupňoch zodpovednosti, a tiež osobami riadiacimi kapitálové spoločnosti zamerané na maximalizáciu zisku, pričom sa odvracia pozornosť na tie osoby, ktoré - čo samozrejme žiadny podnikateľ nemôže tolerovať - si na ťarchu svojho zamestnávateľa zvyšujú nelegálnymi spôsobmi svoje platy, mzdy alebo počet dní dovolenky. Z uvedeného dôvodu BCC jasne rozlišuje medzi kriminalitou na strane práce a kriminalitou na strane kapitálu. Je zrejmé, že ako hospodársku kriminalitu možno

označiť iba tie kriminálne aktivity, ktoré sa podstupujú v prospech strany kapitálu, a to aj vtedy, keď tí, ktorí hospodárske trestné činy prakticky vykonávajú, napríklad účtovník, sú závislými pracovníkmi. Kriminalita na strane zamestnancov nie je podnikateľskou kriminalitou.

Hospodárska kriminalita môže postihnúť každý trhový subjekt, bez ohľadu na to, či je, alebo nie je vo svojich aktivitách prvorado zameraný na dosiahnutie zisku. Predovšetkým pre podnikateľské subjekty môže predstavovať také ďalekosiahle a deštruktívne účinky, ktoré v závislosti od konkrétnych okolností môžu dokonca spôsobiť existenčné ohrozenie či úplný zánik subjektu. Hospodárska kriminalita totiž nespôsobuje iba hmotné škody, poškodzuje tiež dodávateľov, zákazníkov a ostatných obchodných partnerov, zhoršuje imidž podnikateľského subjektu a znižuje morálku jeho zamestnancov. Napriek tomu mnohé podnikateľské subjekty stále podceňujú jej riziká. Moderné podnikateľské subjekty sa však snažia s jej fenoménom vyrovnávať. Aj najnovšie, sprísnené zákonné ustanovenia nútia podnikateľské subjekty aktívne sa vyrovnávať s problematikou hospodárskej kriminality, podobne, ako sa široká verejnosť, a osobitne prominentné osobnosti začínajú čoraz viac venovať otázkam riešenia hospodárskej kriminality.

Kolektív autorov J. Chmelík, P. Hájek a S. Nečas vymedzuje viacero kriminogénnych signálov, na základe ktorých možno predpokladať páchanie hospodárskej kriminality:

- manažment subjektu ovláda úzka skupina osôb bez pôsobenia dozorného orgánu;
- porušovanie zákonných (vrátane vnútorných) noriem, ako aj noriem interného auditu;
- nadštandardná životná úroveň niektorého z predstaviteľov podnikateľského subjektu, ktorá nezodpovedá jeho príjmu;
- neúmerná nadčasová práca zamestnanca, zväčša vedúceho pracovníka, ktorý odmieta delegovať úlohy na iné osoby;
- zriaďovanie bankových účtov v tzv. daňových rajoch;
- neobvyklé finančné alebo všeobecné hospodárske transakcie hrubo sa vymykajúce podobným režimom a iné. (Podľa Chmelík, J., Hájek, P., Nečas, S., 2005, s. 41).

Tí, ktorí sa usilujú o zmenu a nápravu doterajšieho falošného pohľadu na fenomén hospodárskej kriminality, to nemajú vôbec ľahké. Ako príklad možno uviesť nemecký Spolkový kriminálny úrad, ktorý až do deväťdesiatych rokov uplatňoval a voľne šíril schému podceňujúcu význam postavenia hospodárskej kriminality. Vychádzajúc zo skutočnosti, že v deväťdesiatych rokoch minulého storočia sa odborná verejnosť zaoberala predovšetkým organizovanou kriminalitou, a tým nechala odlákať svoju pozornosť od prinajmenšom rovnako nebezpečnej, z pohľadu BCC dokonca oveľa nebezpečnejšej hospodárskej kriminality, je najskôr potrebné si uvedomiť, aký je skutočný význam oboch uvedených oblastí kriminality. Dnes už dávno prekonaná schéma pochádzajúca z roku 1990 vzbudzuje dojem, že hospodárska kriminalita predstavuje iba jednu z viacerých možných foriem prejavu organizovanej kriminality. Uvedený pohľad na hospodársku kriminalitu zotrval až dovtedy, kým sa z termínu organizovaná kriminalita ako vedome nepresne vymedzeného označenia politického boja nestala kategória vymedzená trestným právom. Pojem organizovanej kriminality sa vtedy vnímal doslovne, išlo jednoducho iba o súhrnný pojem pre všetky druhy kriminálnej činnosti, ktorá bola páchaná spoločne viacerými osobami podľa vopred

premysleného plánu. Z tohto pohľadu predstavovala spoločne vykonaná krádež detskej hračky formu organizovanej kriminality, rovnako, ako rádovo miliónová škoda spôsobená subvenčným podvodom, ktorá inak podľa trestného práva spadá pod hospodársku kriminalitu.



Obrázek 1: Prepis schémy Spolkového kriminálneho úradu z roku 1990

Prameň: <http://www.wirtschaftsverbrechen.de/wirtschaftsverbrechen/wirtschaftskriminalitat.html>, 27.08.2008.

Na priloženom obrázku je vyobrazená dobová schéma z roku 1990, ktorú uplatňoval a voľne šíril nemecký Spolkový kriminálny úrad Bundeskriminalamt na sklonku minulého storočia. Ako si možno všimnúť, miera, v ktorej sa vo vtedajšom období podceňoval význam postavenia hospodárskej kriminality, bola mimoriadne závažná. Schéma uvádza jednotlivé trestné činy pod pôvodnými dobovými názvami, zodpovedajúcimi vtedajšej nemeckej právnej terminológii.

Práve v období veľkých spoločenských zmien súvisiacich s opätovným zjednotením Nemecka, s rozpadom Sovietskeho zväzu a celého východného bloku sa začal aj v odvetví trestného práva vymedzovať rozdiel medzi organizovanou kriminalitou a hospodárskou kriminalitou. Dialo sa tak predovšetkým v súvislosti s požiadavkami vtedajšej politickej scény a v súlade

s reakciami ľudu na osudovú úlohu, ktorú západné podnikateľské subjekty, investičné spoločnosti i kriminálne živly zohrávali pri premene štátneho vlastníctva na súkromné vlastníctvo. Ako bolo bežným javom, prizvali sa na pomoc skúsení experti zo Spojených štátov amerických, ktorí so sebou „priviezli“ aj pojem „Organized Crime“. Na jeho základe vznikla v priebehu rokov 1976 až 1986 v nemeckom hospodárskom trestnom práve samostatná, voľne vymedzená oblasť trestných činov pod názvom Organizovaná kriminalita. To začalo u verejnosti budiť dojem, že hospodárska kriminalita nie je organizovanou kriminalitou, čo však nie je úplne pravda, pretože aj hospodárska kriminalita môže byť organizovaná. A spravidla oveľa lepšie ako kriminálne aktivity vymedzené pod hlavičkou organizovanej kriminality. Dokonca bol prijatý v Nemecku zákon na boj proti organizovanej kriminalite (tzv. OrgKG), ktorý bol spoločne so zákonom na boj proti praniu špinavých peňazí a protikorupčným zákonom vymedzený takým spôsobom, že vytváral predstavu, ako keby hospodárska kriminalita nemala vôbec nič spoločné s organizovanou kriminalitou, práním špinavých peňazí či korupciou - a ak aj predsa len niečo, tak iba vo výnimočných situáciách vis major a úplne okrajovo. Tí, ktorí sa snažili objasniť dilemu medzi organizovanou kriminalitou a hospodárskou kriminalitou a vymedziť deliacu čiaru medzi nimi, tak mohli teoreticky urobiť. V praxi takéto vymedzenie hranice medzi oboma oblasťami kriminality však nebolo v podstate možné vykonať. Tak napríklad v Taliansku sa najskôr vôbec nepokúšali stanoviť striktnú, takmer nepriepustnú právnu hranicu medzi kriminálnymi aktivitami mafiánskych subjektov a trestnou činnosťou inak serióznych podnikateľských subjektov či manažérov.

Skutočnosť, že takúto hranicu zjednotené Nemecko ustanovilo, možno označiť ako „náhradný múr“ (pozn.: v nemčine Ersatzmauer; slovíčko Mauer znamená múr, t.j. symbol rozdelenia, a rovnako opätovného zjednotenia Nemecka). Zákonodarcovi nešlo ani tak o boj proti kriminalite veľkých kapitálových spoločností, investorov, manažérov, špekulantov, ktorí bez ohľadu na platné právo brali doslova útokom krajiny bývalého východného bloku, ale skôr o boj voči všetkým kriminálnym subjektom, ktoré útočili opačne, z rozpadajúceho sa východného bloku na bohatý a slobodný západ, s cieľom organizovať tu kriminálne obchodné aktivity. Po páde berlínskeho múru boli pod spoločnou nálepkou „ruská mafia“ vnímaní za obzvlášť problematický jav, hoci podľa expertov polície i znalcov podsvetia neboli v západných krajinách Európy žiadnymi nováčikmi. Zákon OrgKG mal slúžiť na boj proti všetkej zahraničnej a medzinárodnej kriminalite, teda aj proti latinskoamerickým a juhoeurópskym drogovým bossom, obchodníkom so zbraňami či ľuďmi, falšovateľom peňazí, ako aj národnostným skupinám organizujúcim poskytovanie sexuálnych služieb. Týmto uvedený zákon prispel tiež k tomu, že sa organizovaná kriminalita stala synonymom cudzineckej kriminality, pričom sa ignorovala vzájomná súvislosť s problémom nesprávneho výkladu hospodárskeho trestného činu.

Skutočnosť, že organizovaná kriminalita páchaná cudzincami nespolupracovala iba s domácimi obchodníkmi, ale častokrát, vzhľadom na nemalé úplatky, nachádzala podporu u politikov, policajtov či pracovníkov verejnej správy, sa vďaka protikorupčnému zákonu skôr zahmlila ako zvýraznila. Zákon síce kriminalizuje taktiež stranu poskytovateľa úplatku, ale v praxi sa zameriava na boj a postih korupčných aktivít takmer výhradne iba vo vzťahu k príjmom úplatkov. Z uvedeného dôvodu verejnosť nadobudla dojem, že v prípade korupčnej aféry leží všetka vina na pleciach politických strán, politikov či zamestnancov. Aj zákon na boj proti praniu špinavých peňazí zaujímal skôr pasívne postavenie. Dôvodom bola skutočnosť, že na praní špinavých peňazí sa podieľajú aj seriózne banky, čo znemožnilo zákonodarcovi presadiť pranie špinavých peňazí do zoznamu hospodárskych trestných činov. Naviac bol prijatý takmer neúčinný zákon na boj proti praniu špinavých peňazí, ktorý postavil zamestnancov pri prepážkach do pozície najdôležitejšej kontrolnej inštancie. Tieto a mnohé

d'alšie skutočnosti viedli k tomu, že sa hospodárska kriminalita v súčasnej najsilnejšej svetovej ekonomike ešte stále poníma a rieši ako viac-menej okrajový fenomén.

Podobne, ako nejestvuje jednoznačné vymedzenie pojmu hospodárska kriminalita, tak aj vymedzenia základných skupín príčin hospodárskej kriminality ponúka odborná literatúra z viacerých autorských hľadísk.

Slovenské aj české kolektívy autorov venujúce sa otázkam hospodárskej kriminality sa spoločne zhodujú v základnom náhľade na tradičné rozdelenie príčin hospodárskej kriminality podľa ich charakteru na dve skupiny:

- klasické príčiny, majúce spoločné črty vo vzťahu ku všetkým druhom kriminality a
- špecifické príčiny, majúce svoje opodstatnenie predovšetkým v hospodárskej sfére.

Podobne zhodný prístup jestvuje aj pri ďalšom tradičnom členení predmetných príčin, a to z časového hľadiska, kde ich možno opäť rozdeliť na dve skupiny, a to na

- príčiny dlhodobého charakteru a
- príčiny krátkodobého charakteru.

Je zrejmé, že v oboch prípadoch ide o členenia všeobecného charakteru. Špecifickejší pohľad na vymedzenie základných skupín príčin novodobej hospodárskej kriminality ponúka český kolektív autorov J. Kuchta, H. Válková et al., ktorý ich člení aj z obsahového hľadiska, pričom vymedzuje tri základné skupiny kriminogénnych faktorov:

- ekonomické faktory, spomedzi ktorých vyzdvihujú najmä samotné hodnoty, ktoré sú predmetom hospodárskej činnosti; mieru liberalizácie hospodárskeho systému; rozvoj hospodárskych technológií zakladajúcich sa na technickom pokroku; konjunktúry a recesie v ekonomike; niektoré z inštitútov hospodárskeho života; a napokon niektoré právne formy podnikania;
- organizačno-technické faktory, kde uvádzajú osobitne výrazné medzery v legislatíve; nedostatky vo fungovaní a kontrole základných inštitútov trhového mechanizmu, ako aj v činnosti orgánov zaoberajúcich sa hospodárskou kriminalitou; vymožitelnosť práva a nedostatočne efektívnu činnosť zodpovedajúcich orgánov; nedostatky v oblasti ľudských zdrojov, predovšetkým nízke profesionálne a etické nároky kladené na ľudí v zodpovedných funkciách;
- sociálno-kultúrne faktory, pri ktorých zdôrazňujú nedostatočnú právnu úpravu, ktorá sa odráža v nízkej úrovni právneho povedomia, čo ďalej vedie k vysokej tolerancii verejnosti vo vzťahu ku kriminalite; nedostatok kladných vzorov; vo všeobecnosti akceptovanú snahu uplatniť sa na pracovisku a túžbu po kariére; často uplatňovaný zhovievavejší prístup zákonodarcov, polície a justície k páchatelom hospodárskej trestnej činnosti, prameniáci z osobitne významného ekonomického a spoločenského postavenia páchatelov. (Podľa Kuchta, J., Válková, H. a kol., 2005, s. 360-364).

Kolektív autorov J. Chmelík, P. Hájek a S. Nečas vymedzuje tri iné základné skupiny kriminogénnych faktorov kriminality v hospodárskej oblasti, ktoré súhrnne predstavujú:

- zmena morálky a nepísaných pravidiel správania sa v spoločnosti v ich úzkom vzťahu k podceňovaniu zmeny a vytvárania zodpovedajúcich právnych inštitútov a právnej regulácie;
- ekonomická, ničím neodôvodniteľná nerovnosť, premietajúca sa v rastúcej polarizácii;
- vysoká nezamestnanosť a jej sprievodné prejavy. (Podľa Chmelík, J., Hájek, P., Nečas, S., 2005, s. 37-40).

Vychádzajúc z vyššie uvedených príkladov členení príčin a kriminogénnych faktorov hospodárskej kriminality je evidentné, že sa začínajú stále viac vzdávať od všeobecných teoretických vymedzení a odvíjajú sa čoraz väčšmi práve od skutočnej hospodárskej praxe.

4. PROFIL PÁCHATEĽA A NÁKLADY SÚVISIACE S HOSPODÁRSKOU KRIMINALITOU

Vo vzťahu k hospodárskej kriminalite sa podľa prevládajúceho názoru zväčša nejedná o úzkoprofilového páchatel'a, vzhľadom na úmysel obohatiť sa.

Podobne kolektív autorov J. Kuchta, H. Válková et al. konštatuje, že nejedná o úplne vyhranený typ páchatel'a hospodárskej kriminality a tvrdí, že prakticky každý, kto sa podieľa na hospodárskej činnosti, je schopný za určitých podmienok spáchať hospodársky trestný čin. Vychádzajúc z tohto tvrdenia ďalej uvádza, že páchatel'ov možno deliť na dve skupiny:

1. príležitostní páchatelia, ktorí pôsobia v zásade legálne a pre spáchanie trestného činu sa rozhodnú až keď sa naskytné príležitosť k jeho ľahkej realizácii s predpokladaným vysokým ziskom či inou výhodou. Túto skupinu ďalej špecifikujú na dve podskupiny:
 - páchatel'ov z nutnosti, ktorí hospodársky trestný čin spáchajú z hospodárskej nutnosti;
 - páchatel'ov, ktorých pri páchaní hospodárskeho trestného činu motivuje pokušenie či potreba riskovať, takže možno hovoriť o kriminalite z blahobytu;
2. profesionálni páchatelia, zastupujúci menej početnú skupinu, ktorí všetko svoje úsilie zameriavajú na dosiahnutie nelegálneho zisku a obchodný a hospodársky styk pre nich predstavuje iba zámienku, ktorou zakrývajú nelegálne praktiky.

Páchatelia sa pritom od seba navzájom odlišujú svojimi osobnými charakteristikami, vlastnosťami a motívmi. Spoločným menovateľom ako základnou objektívnou podmienkou pre uskutočňovanie hospodárskej trestnej činnosti je podľa nich práve príležitosť, z čoho odvodzujú, že páchatelia môžu byť prevažujúco z vyšších a stredných spoločenských vrstiev, v exponovanom postavení, pričom disponujú hospodárskym vplyvom a mocou. Konštatujú, že v populácii páchatel'ov dominujú v poslednej dobe popri už vytvorenej elitnej najvyššej spoločenskej vrstve tzv. „bielych golierov“ osoby, ktoré sa regrutujú zo strednej spoločenskej vrstvy, tak, ako im to umožňuje súčasný technický rozvoj, čím sa myslia najmä manažéri. Ďalej uzatvárajú, že sa dá predpokladať, že charakteristiky páchatel'a, ktoré uvádzajú, sa v posledných desiatkach rokov príliš nezmenili: ide najčastejšie o rafinovaných, vzdelaných a dobre situovaných ľudí s kombinačnými schopnosťami. (Podľa Kuchta, J., Válková, H. a kol., 2005, s. 352-354).

V roku 2004 uskutočnil vedecký kolektív z pražského Inštitútu pre kriminológiu a sociálnu prevenciu pod vedením PhDr. Miroslava Scheinosta rozsiahly výskum ekonomickej kriminality, pričom sa na základe analýzy konkrétnych prípadov pokúsil o určitú kategorizáciu páchatel'ov ekonomickej kriminality z hľadiska ich správania. Hoci sa výskumnému tímu podarilo získať iba obmedzené množstvo potrebných údajov, pokúsili sa aj napriek tomu vymedziť základné kategórie páchatel'ov podľa charakteristických spoločných črt správania sa. Pracovne vymedzili päť typov - kategórií páchatel'ov:

- typ naivného a ľahkomyselného páchatel'a;
- typ páchatel'a - športovca;
- typ bezohľadného dobrodruha;
- typ páchatel'a - manipulátora;
- typ páchatel'a - velikáša.

Pri vymedzení vyššie uvedených kategórií páchatel'ov ekonomickej kriminality autori akcentovali dynamický prístup k osobnosti páchatel'a. (Podľa Scheinost, M. a kol., 2004, s. 91-92).

Typ naivného a ľahkomyselného páchatel'a zastupujú mladší páchatelia, podnikajúci v menšom rozsahu, ktorí sa do problémov dostávajú najmä v dôsledku vlastnej dôverčivosti, neskúsenosti, nereálnych odhadov situácie a svojich možností, ako aj menšou obratnosťou pri vlastnom podnikaní. Lahko sa môžu stať obeťou skúsenejších páchatel'ov, ktorí z nich môžu mať prospech, pričom sami zostávajú bez postihu. Typ páchatel'a - športovca si jasne uvedomuje, že pácha trestnú činnosť, a koná tak zámerne, opakovane, až dovtedy, pokiaľ nie je odhalený. Akonáhle je odhalený, priznáva sa a spolupracuje s orgánmi činnými v trestnom konaní. Prípadné odhalenie, ako aj následný trest akceptuje a ráta sa s ním. Typ bezohľadného dobrodruha predstavujú páchatelia, ktorí začínali pôvodne ako normálni podnikatelia, bez úmyslu páchať trestnú činnosť. Pre jej páchanie sa rozhodli až neskôr, či už vedome, s očakávaním rýchlejšieho obohatenia sa, alebo pod tlakom vlastnej nepriaznivej hospodárskej situácie. Trestnú činnosť môžu páchať jednorazovo i opakovane, systematicky, často za pomoci spoločníkov. Ku svojim obetiam sa správajú zväčša bezohľadne až cynicky. V prípade odhalenia svoju vinu spravidla popierajú, alebo sa ju snažia zvaliť na spoločníkov, respektíve sa snažia vyhýbať trestnému stíhaniu. Páchatel' - manipulátor sa objavuje najmä vo sfére finančnej kriminality. Spolieha sa na svoje znalosti sveta financií, a vzhľadom na svoje postavenie a autoritu sa púšťa aj do operácií, ktoré presahujú rámec zákona. Predpokladá pritom, že dokáže svoje trestné konanie zastrieť do takej miery, že mu nebude možné porušenie trestných noriem dokázať. Nemá kriminálnu minulosť, a ani väzby na kriminálne prostredie. Typ páchatel'a - velikáša predstavuje zase skupinu páchatel'ov, ktorí pod vplyvom počiatočných úspechov či rýchlej kariéry a dosiahnutia relatívne vysokej pozície v pomerne mladom veku nadobudnú presvedčenie o svojich mimoriadnych schopnostiach, a z neho odvodzujú svoje oprávnenie suverénne rozhodovať bez ohľadu na stanovené pravidlá, alebo sa snažia pri podnikateľských aktivitách uskutočňovať pomocou trestnej činnosti nereálne plány alebo ambície. Takýto prístup k okoliu môže po istú dobu pôsobiť v ich vlastný prospech. (Podľa Scheinost, M. a kol., 2004, s. 91-92).

Na základe spätného hodnotenia prípadov, ktoré skutočne nastali, medzi spoločné črty, ktoré boli najčastejšie zdokumentované u jednotlivých páchatel'ov, patria:

- túžba profilovať sa;
- autoritatívny štýl riadenia;
- odpor voči interným revíziám a kontrolám.

Pod pojmom „Top-Management Fraud“ vníma odborná terminológia dolózne konanie vyššieho a najvyššieho manažmentu, kam patria najmä riadiaci pracovníci, konatelia, členovia predstavenstva alebo správnej rady. Predovšetkým možnosť mariť kontrolnú činnosť vytvára vhodnú príležitosť pre páchanie hospodárskej kriminality na úrovni riadenia podnikateľského subjektu (ide o tzv. „Management Override“). Rizikovo zameraný kontrolný rozpočet vychádza z predpokladu fungovania interného systému kontroly. Rozpočet znamená pre vykonávateľov záverečnej kontroly a internej revízie jedinečnú príležitosť: zámer, ktorý sledujú, znamená možnosť vykonať kontrolu hospodárenia takým spôsobom, aby nebolo potrebné uskutočniť celkové hodnotenie procesov a ich inherentné kontroly.

Škody spôsobené v dôsledku spáchania hospodárskeho trestného činu možno zásadne rozdeliť na primárne škody a sekundárne škody. Primárne škody predstavujú priame škody zapríčinené dolóznym konaním. Sekundárne škody sú naopak tie, ktoré vznikajú viac-menej ako nevyhnutný dôsledok dolózneho konania, pričom postihnutý subjekt nemá vzhľadom na ich vznik možnosť zabrániť im; môže ísť napríklad o náklady súvisiace s následnou kontrolou alebo náklady na právne poradenstvo. Takisto sem môžu spadať napríklad i dodatočné daňové odvody, a to v prípade, ak niektoré náklady už nie je možné zaradiť medzi položky znižujúce základ dane.

Primárne škody vznikajú originárne dolóznym konaním. Ich vznik je bezprostredne podmienený konaním, strpením alebo opomenutím páchatel'a. Patria medzi ne napríklad:

- protihodnota v peňažnom vyjadrení pri krádeži;
- škoda vzniknutá nadhodnotením faktúr;
- náklady vzniknuté vystavením fiktívnych faktúr.

Podľa najnovšej štúdie spoločnosti PricewaterhouseCoopers z roku 2007 možno na základe uskutočnených medzinárodných porovnaní prezentovať nasledujúce hodnoty priemerných nákladov:

Priemerná celková škoda v €	1 613 322	4 375 586

Priemerná škoda pripadajúca na jeden subjekt v €	Svet (okrem E7)	Krajiny E7*
Trestný čin		
Sprenevera a podvod	639 783	2 169 771
Falšovanie súvahy (výsledkov hospodárenia)	710 598	2 535 564
Korupcia	221 092	1 471 930

Pranie špinavých peňazí	127 697	278 588
Produktové pirátstvo a priemyselná špionáž	1 314 488	1 622 577

Náklady na riadenie	357 399	614 729
---------------------	---------	---------

* Pozn.: Medzi krajiny E7 patria Čína, Rusko, India, Brazília, Mexiko, Indonézia a Turecko.

Prameň: <http://www.forum-wirtschaftskriminalitaet.org/einfuehrung/kosten/primaere-schaeden.html#c382>,
27.08.2008.

Mnohé subjekty zameriavajú svoju pozornosť často iba na výšku škôd spôsobených dolóznym konaním. Podceňujú tak sekundárne škody, predstavujúce náklady, ktoré vznikli ako následok dolózneho konania, a ktoré musia nevyhnutne znášať. Patria k nim napríklad:

- náklady na kontrolu internými či externými kontrolórmí, vyčísľujúcimi rozsah škôd;
- náklady na právne a poradenské služby viažuce sa na rôzne pracovnoprávne kroky, občianskoprávne kroky a trestnoprávne kroky; práve tieto náklady bývajú v zahraničí mimoriadne vysoké;
- náklady na komunikáciu, krízové riadenie a mnohé ďalšie.

Podľa najnovších výskumov subjekty systematicky podceňujú tiež časovú náročnosť prešetrovania dolózných konaní. Z tohto dôvodu veľmi trpia nedostatkom času práve vlastné základné úlohy manažmentu. S prešetrovaním sa často spájajú aj personálne zmeny, napríklad z dôvodu výpovede, reštrukturalizácie či zavádzania nových procesov, vypracovávaní alebo zmeny základnej línie vývoja podnikateľskej činnosti, a taktiež i z dôvodu zmien v postupoch alebo oprávneniach vzťahujúcich sa na informačno-technologické systémy.

5. ZÁKLADNÉ ASPEKTY RIEŠENIA A PREVENIE HOSPODÁRSKEJ KRIMINALITY

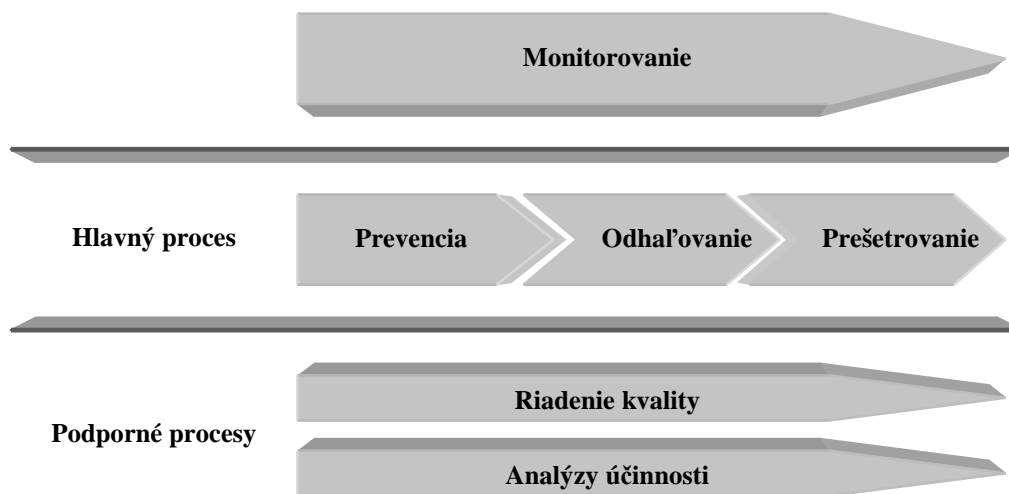
Najnovšie sprísnené zákonné ustanovenia nútia všetky podnikateľské subjekty aktívne sa vyrovnávať s problematikou hospodárskej kriminality. Na druhej strane, ešte stále jestvujú mnohé podnikateľské subjekty, ktoré sa najmä z obavy z ťažkých následkov, ktoré by mohli postihnúť ich dobré meno a imidž, stále ostýchajú osloviť orgány činné v trestnom konaní. Ojedinelým javom nie je ani skutočnosť, že mnohí manažéri vôbec netušia, na ktoré orgány verejnej správy sa v prípade podozrenia z páchania hospodárskej trestnej činnosti môžu vôbec obrátiť. Vo všeobecnosti sa v súčasnosti uprednostňujú skôr diskkrétne riešenia, medzi ktoré sa radia osobitne tzv. „Forensic Services“, forenzné služby. Každá z významných poradenských spoločností ponúkajúcich komplexnú starostlivosť o podnikateľské subjekty (Ernst&Young, PricewaterhouseCoopers, Deloitte&Touche či KPMG) zamestnáva odborníkov zaoberajúcich sa poskytovaním forenzných služieb.

Tím spoločnosti Corporate Integrity Solutions GmbH, vysunutého pracoviska spoločnosti Deloitte&Touche, tvoria bývalá prokurátorka, zamestnanec kriminálnej polície, optimalizátor procesných postupov a odborníci na informačné technológie, celkovo sedem osôb. V prípade potreby majú k dispozícii celú sieť ďalších odborníkov.

V novodobom boji podnikateľských subjektov proti hospodárskej kriminalite zaujíma významné postavenie práve systém riadenia „Anti-Fraud“ (anglicky „Anti-Fraud-Management System“, ďalej len „AFM“). V súlade s jeho schematickým znázornením ho možno predstaviť ako komplex procesov sledujúci nasledovné primárne ciele:

- zabezpečenie prevencie proti dolóznym konaniam;
- odhaľovanie dolózných konaní;
- prešetrovanie dolózných konaní.

Procesy v rámci systému riadenia „Anti-Fraud“



Copyright © by The AuditFactory 2008.

Obrázek 2 Prehľad procesov v rámci systému riadenia „Anti-Fraud“

Prameň: <http://www.forum-wirtschaftskriminalitaet.org/einfuehrung/afm.html>, 27.08.2008.

Cieľom prevencie je zabrániť dolóznym konaniam pred ich uskutočnením.

Odhaľovanie je zacielené na vyhľadávanie dolózných konaní v čase ich uskutočnenia, alebo po ich uskutočnení.

Prešetrovanie znamená zabezpečenie relevantnej dôkaznej dokumentácie o dolóznom konaní určenej pre súd, s cieľom zaistiť spätné navrátenie majetku a potrestať páchatel'a.

Zavedenie systému riadenia „Anti-Fraud“ by sa malo uskutočňovať na základe určitého uznávaného modelu. Takýmto modelom je napríklad model COSO, ktorý sa dokázal presadiť prakticky ako určujúci model pre dohľad nad aktivitami podnikateľských subjektov. Samotné zriadenie AFM pozostáva zo súboru krokov v rámci konkrétneho projektu. Zamestnanci zodpovední za tento proces by sa mali zamerať na jestvujúce prvky AFM, pričom by ich mali integrovať do celkového systému riadenia. Ekonomický význam má zohľadnenie jestvujúcich systémov priamo súvisiacich s AFM. Takéto systémy môžu predstavovať napríklad:

- funkcia vnútorného monitorovania (interná revízia);
- jestvujúci systém zhody;
- jestvujúci systém riadenia rizika;

- systém vnútornej kontroly.

Prínos ich spoločnej integrácie tkvie v tom, že jestvujúce prvky sa najskôr preskúmajú s ohľadom na ich vhodnosť pre systém AFM, a až potom prebehne ich integrácia. Prepojenie prvkov monitorovania podnikateľských aktivít subjektu týmto nadobúda zmysel aj z hľadiska rozdelenia úloh.

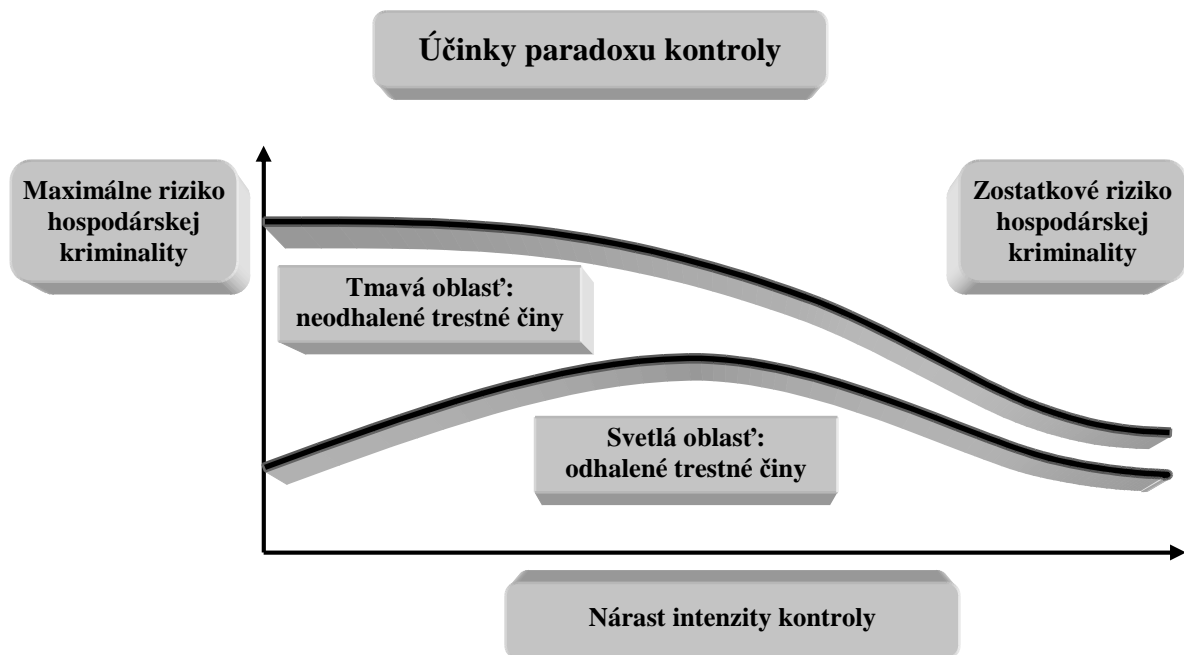
Akonáhle je už systém AFM etablovaný, musí sa preskúmať jeho účinnosť. Do úvahy prichádzajú viaceré riešenia, napríklad:

- uskutočnenie evaluácie, vrátane vypracovania analýzy účinnosti a diagramu účinnosti systému AFM;
- externé riadenie kvality vo vzťahu k uskutočnenej internej evaluácii systému AFM.

Jeden z vysokoúčinných prostriedkov boja proti hospodárskej kriminalite dnes predstavuje AntiFraudSolutions (ďalej len „AFS“) od spoločnosti PricewaterhouseCoopers (ďalej len „PwC“). Zahŕňa v sebe systémy prevencie, odhaľovania, zisťovania a riešenia hospodárskej kriminality, pričom tak vytvára efektívnu, trvalú a individuálne pôsobiacu podnikateľskú stratégiu. AFS znamená komplexnú starostlivosť o bezpečnosť a budúcnosť každého podnikateľského subjektu a účinnú ochranu pred hospodárskou kriminalitou, a rovnako aj efektívnu podporu pri konfrontácii so všetkými aspektmi a podobami hospodárskej kriminality, ktorá sa dotýka subjektov vo všetkých odvetviach a v každej veľkosti. Je potrebné si uvedomiť, že ani umiestnenie sídla podnikateľského subjektu nedokáže priveľmi ovplyvniť formu a rozsah ohrozenia. Približne v polovici prípadov hospodárskej kriminality pochádzajú páchatelia z okruhu vlastných zamestnancov postihnutého subjektu, čo potvrdzujú aj medzinárodné štúdie. Podľa štúdie spoločnosti PricewaterhouseCoopers spácha každý tretí hospodársky trestný čin vlastný zamestnanec z radov najvyššieho manažmentu podnikateľského subjektu.

Možno predpokladať, že rastúci počet kontrolných opatrení, podobne ako zvýšené výdavky na prevenciu povedú k zníženiu kriminality. To však nemusí platiť vždy. Účinky kontrol a prevencie pôsobia totiž zo začiatku presne protichodne. Vďaka zlepšenému systému kontroly sa odhalí viac trestných činov, bez toho, aby sa to okamžite prejavilo aj na poklese kriminality. Z kriminologického hľadiska tu ide o paradox kontroly, pretože pravdepodobnosť odhalenia trestného činu závisí od intenzity kontrolných opatrení. V zásade to platí rovnako, ako pri každom vnímaní sociálnych problémov, v našom prípade hospodárskej kriminality: čím citlivejšie na ne podnikateľské subjekty reagujú, tým častejšie, zdá sa, sa vyskytujú. Na základe zvýšenej citlivosti a zlepšených kontrolných opatrení sa odhalia aj trestné činy, ktoré zostávali dovtedy neodhalené, čím sa výrazne „osvetlí“ temná oblasť.

Bilancia výsledkov zlepšeného systému kontroly môže spočiatku pôsobiť hrôzostrašne, vzhľadom na to, že sa naraz odhalí veľké množstvo prípadov, čo evokuje predstavu nárastu kriminality. Až po určitom čase tento efekt pozvoľne odznie a tmavá a svetlá oblasť sa výrazne priblížia. Kontroly zostanú pôsobiť najúčinnnejšie vtedy, keď budú každému známe a budú v subjekte presadzované a všeobecne prijímané. Z dlhodobého hľadiska sa tmavá oblasť spravidla zredukuje, čo naznačuje aj nižšie priložený obrázok o účinkoch paradoxu kontroly. (Podľa dokumentu Wirtschaftskriminalität 2007 - Sicherheitslage der deutschen Wirtschaft, s. 30).



Obrázek 3 Vyobrazenie účinkov paradoxu kontroly

Prameň: http://www.pwc.de/fileserver/RepositoryItem/studie_wikri_2007.pdf?itemId=3169192, 27.08.2008.

Jasné stanovisko k otázke prevencie hospodárskej kriminality uvádza kolektív autorov J. Kuchta, H. Válková et al., v ktorom konštatuje, že rozsah a štruktúra hospodárskej trestnej činnosti vyvoláva potrebu zvyšovať efektívnosť prostriedkov právnej i mimoprávnej ochrany ekonomických vzťahov a hospodárskej činnosti. Ďalej tvrdí, že doposiaľ nebola vypracovaná jednotná koncepcia preventívnych opatrení voči tejto kriminalite, aj keď v budúcnosti bude nevyhnutné, aby štát formuloval aspoň základné metódy a formy preventívneho pôsobenia v hospodárskej oblasti a ponechal si kontrolné funkcie nad výkonom podnikateľských aktivít. Autori zároveň pripomínajú, že vzhľadom na vnútorné členenie hospodárskej kriminality je veľmi praktické zostavovať katalógy požadovaných preventívnych opatrení už na konkrétnej úrovni vo vzťahu k jednotlivým druhom hospodárskej trestnej činnosti. Napokon, zvláštnu pozornosť by mal každý štát, a najmä každý členský štát Európskej únie, venovať spoločným postupom na úrovni Spoločenstiev. (Podľa Kuchta, J., Válková, H. a kol., 2005, s. 364-367).

6. SÚČASNÝ STAV HOSPODÁRSKEJ KRIMINALITY NA SLOVENSKU A VO SVETE

Pozrieť sa na aktuálny stav hospodárskej kriminality v našej krajine, ako aj vo svete nám umožňujú závery, ktoré prostredníctvom prieskumu „Global Economic Crime Survey“, teda Globálneho prieskumu hospodárskej kriminality už pravidelne v dvojročných intervaloch prináša spoločnosť PricewaterhouseCoopers (ďalej len „PwC“), jedna zo súčasných svetovo najvýznamnejších poradenských spoločností, aktívnych v oblasti komplexnej starostlivosti o podnikateľské subjekty. Zatiaľ posledný, v poradí štvrtý prieskum¹ zameraný na skúsenosti podnikateľských subjektov s hospodárskou kriminalitou, prebiehal od začiatku roka 2005 až po začiatok roka 2007 a spoločnosť PwC v ňom oslovila celosvetovo 5 428 podnikateľských

¹ Pozn.: Prieskum poskytol jedinečnú možnosť spoznať názor na hospodársku kriminalitu, jej vnímanie a dopad na podnikanie na celom svete. Aby bola zabezpečená úplná dôverynosť získaných informácií, v mene spoločnosti PricewaterhouseCoopers ho uskutočnil renomovaný medzinárodný inštitút pre spoločenskovedný výskum a prieskum trhu, spoločnosť TNS Emnid.

subjektov v 40 krajinách, pričom 78 spoločností bolo zo Slovenska (napríklad z Nemecka to bolo 1 166 subjektov). Prieskum zahŕňal všetky trestné činy odhalené v uvedenom časovom rozpätí dvoch rokov, a tak sa stal podstatne súhrnnejším než kriminálna štatistika, ktorá inak dokáže zohľadňovať iba oznámené trestné činy. Popritom bolo analyzovaných viac ako 2 000 jednotlivých trestných činov a vyslovili sa závery týkajúce sa kriminogénnych príčin, profilov páchatelia, vyvodených právnych a vnútrofirémnych krokov či vzťahov medzi kontrolnými mechanizmami a podnikovou kultúrou. Počet zapojených podnikateľských subjektov umožnil interpretáciu získaných výsledkov v širších medzinárodných súvislostiach.

Z hľadiska metodiky sa jednalo o štúdiu analyzujúcu obeť a oblasti hospodárskych kriminálnych aktivít, prinášajúcu reprezentatívne výpovede o bezpečnostnej situácii svetovej ekonomiky i národných ekonomík. Obsah štúdie tvorilo deväť okruhov, ktoré sa analyzovali vo vzťahu k jednotlivým krajinám, regiónom, a tiež z celosvetového hľadiska. Tvorili ich:

1. Riziko hospodárskej kriminality zotrúvajúce na vysokej úrovni.
2. Náklady hospodárskej kriminality.
3. Riziká globalizácie - hospodárska kriminalita na rastúcich trhoch.
4. Účinnosť kontrol.
5. Kto sú páchatelia a aké sú príčiny?
6. Dynamické rizikové faktory.
7. Účinok prevencie.
8. Reakcia na trestné činy.
9. Reakcie na riziká kriminality v zahraničnom obchode.

V nasledujúcom prehľade sú obsiahnuté základné zistenia, ku ktorým prieskum PwC dospel vo vzťahu k analýze údajov slovenských subjektov, a ďalej, na porovnanie, hlavné zistenia za Nemecko, krajinu s najvyšším počtom zastúpených analyzovaných subjektov, pomaly sa presúvajúcu na pozíciu najsilnejšej ekonomiky na svete.

Hlavné zistenia vo vzťahu k Slovenskej republike: (Podľa dokumentu - záverečnej správy PwC „Vyšetrovacie a forenzné služby - Hospodárska kriminalita: ľudia, prostredie a kontrola - štvrtý ročník globálneho prieskumu hospodárskej kriminality - Slovenská republika“):

- 32 % spoločností na Slovensku sa za posledné dva roky stalo obeťou jedného alebo viacerých prípadov hospodárskej kriminality;
- najčastejšie sa vyskytovala sprenevera majetku (23 %); po nej nasledovala korupcia a podplácanie (13 %);
- korupciu a podplácanie považujú spoločnosti za najväčšiu hrozbu; takmer 30 % z nich si myslí, že práve tieto sú najčastejšou formou hospodárskej kriminality na Slovensku;

- za posledné dva roky sa 22 % spoločností dostalo do situácie, keď sa od nich žiadal úplatok, a takmer 36 % spoločností má dojem, že stratili obchodnú príležitosť z dôvodu úplatkárstva konkurencie;
- za posledné dva roky predstavovala priemerná priama strata z hospodárskej kriminality na Slovensku 127 000 USD na spoločnosť; pričom iba 7 % spoločností vykázalo straty vyššie ako 250 000 USD. V porovnaní s celosvetovým priemerom predstavujúcim 2,4 milióna USD na jednu spoločnosť ide o veľmi nízke čiastky, dokonca aj v porovnaní s Českou republikou uvádzajúcou sumu 1,7 milióna USD;
- slovenské spoločnosti vynaložili za posledné dva roky v priemere takmer 108 000 USD na riešenie prípadov hospodárskej kriminality;
- 50 % spoločností utrpelo „nepriame škody“; k najväznejším patrilo zníženie pracovnej morálky a poškodenie mena spoločnosti;
- väčšinu páchatel'ov najväznejších prečinov tvorili muži, v priemere nad 37 rokov, a takmer 63 % z nich malo vysokoškolské vzdelanie; 70 % páchatel'ov predstavovali noví zamestnanci, ktorí boli v pracovnom pomere v spoločnosti menej ako dva roky; a väčšina, až 35 % páchatel'ov najväznejších prečinov, boli buď brigádnici alebo zamestnanci dcérskych spoločností, po ktorých nasledovali línioví pracovníci (31 %). 27 % podvodov spáchal top manažment;
- z hľadiska pohnútok k spáchaniu podvodu najčastejšie uvádzali nízke povedomie páchatel'a a nedostatočné identifikovanie sa páchatel'a so spoločnosťou, finančné dôvody (osobitne chamtivosť), a tiež nedostatočnú úroveň kontrolných mechanizmov v spoločnosti;
- vo väčšine prípadov podali spoločnosti voči páchatel'ovi trestné oznámenie (50 %) alebo žalobu v občiansko-právnych záležitostiach (42 %) a 13 % spoločností uviedlo, že voči páchatel'ovi nepodniklo žiadne kroky. 16 % páchatel'ov bolo odsúdených a 40 % prípadov je v štádiu konania alebo neboli podané na súdne konanie (na porovnanie 30 % v celosvetovom meradle);
- 79 % spoločností uviedlo, že sa im nepodarilo vymôcť žiadnu náhradu za vzniknutú škodu (v celosvetovom meradle to bolo 58 % spoločností, v strednej a východnej Európe 63 %). Môže to súvisieť so skutočnosťou, že 78 % subjektov na Slovensku nemá uzavreté poistenie proti stratám a nákladom spojeným s hospodárskou kriminalitou. Celosvetový priemer tvorí 61 % spoločností a priemer v rámci strednej a východnej Európy je 71 %;
- väčšina podvodov (37 %) bola náhodne odhalená iným spôsobom (napríklad na základe interného/externého oznámenia alebo čisto náhodne). Najúčinnjším mechanizmom na odhalenie podvodov v rámci spoločnosti sa javí systém Whistle Blowing fungujúci ako hotline (30 % odhalených prípadov) a interný audit (11 % zistených prípadov). Je zaujímavé, že Whistle Blowing systém sa vo svete na odhalení podvodov podieľal iba 8 %, v strednej a východnej Európe 10 %. Za posledné dva roky zaznamenal tento systém nárast aj v Českej republike, avšak na odhalení podvodov sa podieľal iba v polovici prípadov v porovnaní so Slovenskom;
- spoločnosti sú do značnej miery presvedčené, že ich opatrenia proti podvodom sú efektívne a účinnosť takmer každého opatrenia ohodnotili vyššie než spoločnosti vo svete alebo v strednej a východnej Európe. Audítorské komisie, externý audit a automatizované

elektronické systémy hlásenia podozrivých operácií pritom považujú za najúčinnéjšie opatrenia v boji proti hospodárskej kriminalite. Toto zistenie je veľmi prekvapujúce vzhľadom na veľmi málo prípadov, ktoré boli identifikované na Slovensku týmto spôsobom;

- i keď 32 % respondentov prieskumu uviedlo, že boli obeťami hospodárskej kriminality, iba 5 % si myslí, že by sa mohli stať obeťou hospodárskej kriminality v nasledujúcich dvoch rokoch. Zároveň viac než 28 % účastníkov prieskumu neplánuje prijať žiadne opatrenia na riešenie hospodárskej kriminality.

V ďalšej časti prehľadu sú uvedené najvýznamnejšie zistenia vo vzťahu k nemeckej ekonomike a celosvetovým záverom: (Podľa dokumentu - záverečnej správy PwC „Wirtschaftskriminalität 2007 - Sicherheitslage der deutschen Wirtschaft“):

I. Kriminalita postihuje každý druhý podnikateľský subjekt.

Takmer polovica (49 %) podnikateľských subjektov v Nemecku utrpela v uvedenom zdaňovacom období škody v dôsledku sprenevery, korupcie, produktového pirátstva alebo iných foriem hospodárskej kriminality. Nárast o tri percentá v porovnaní s predchádzajúcim dvojročným obdobím však nemožno nevyhnutne spájať s nárastom kriminality, skôr ho možno pripísať v prospech efektívnejších kontrol v podnikateľských subjektoch. Počet subjektov postihnutých hospodárskou kriminalitou zostáva na vysokej úrovni. V nemeckých subjektoch sa v posledných dvoch rokoch odhaľovali podstatne častejšie prípady produktového pirátstva a priemyselnej špionáže. Podiel postihnutých oslovených subjektov vzrástol na 18 %, v porovnaní s 13 % v časovom období 2003/2004, a iba 8 % v období 2001/2002. O škodách súvisiacich so spreneverou a podvodom informovalo 33 % subjektov, čo bolo približne rovnako ako v predchádzajúcich obdobiach. Škody v dôsledku korupcie odhalilo 10 % oslovených subjektov, v porovnaní s 9 % v období 2003/2004, a 6 % v období 2001/2002. Celkovo hlásili väčšie subjekty trestné konanie podstatne častejšie. Zatiaľ čo subjekty s menej ako 200 zamestnancami odhalili iba 44 % kriminálnych prípadov, narástol tento podiel v skupine subjektov s viac ako 1 000 zamestnancami na hodnotu 54 %, a v skupine veľkých subjektov s viac ako 5 000 zamestnancami na úroveň 61 %.

II. Minimálne šesť miliárd € škôd.

Celková výška škody, ktorú zaznamenali nemecké subjekty v prípade odhalených trestných činov, sa vyšplhala každoročne na viac ako šesť miliárd €. V uvedenej čiastke sú zohľadnené náklady na riadenie súvisiace s prekonávaním kriminálnych následkov vo výške okolo 1,75 miliárd €, nie však straty súkromných osôb. Taktiež v nej nie sú zahrnuté finančné dopady neodhalených trestných činov, keďže sa nedajú seriózne oceniť. Vyčíslenú sumu preto treba chápať iba ako dolnú hranicu. Výška škody, ktorú subjekty utrpeli, narastá v závislosti od veľkosti subjektu. Až u 7 % subjektov strednej veľkosti do 1 000 zamestnancov spôsobili hospodárske trestné činy v predchádzajúcich dvoch rokoch škodu vo výške viac ako jeden milión €, zatiaľ čo u veľkých subjektov s počtom zamestnancov od 1 000 do 5 000 prekročila uvedená úroveň škôd hranicu 16 % subjektov. Pri ešte väčších subjektoch dosiahla priemerná suma škôd výšku 6,7 miliónov €. V medzinárodnom porovnaní sú nemecké subjekty poistené proti hospodárskej kriminalite zriedkavejšie. Iba 35 % z nich uzavrelo zodpovedajúcu poisťovnú zmluvu, zatiaľ čo v severnej Amerike je prostredníctvom poistenia dostatočne zabezpečených viac ako 70 % subjektov. Hoci poistenie ešte nepredstavuje záruku finančného odškodnenia v prípade vzniku škody, v každom prípade jej pravdepodobnosť výrazne narastá. Takto bol poukázaný podstatný podiel sumy vzniknutej škody až u 34 % poistených nemeckých

subjektov, ale iba u 11 % subjektov bez poistenia. Na druhej strane však až 49 % poistených subjektov nezískalo pri regulácii finančných škôd žiadne odškodnenie.

III. Vysoké riziká na nových trhoch.

Obzvlášť vysoké je riziko kriminality na tzv. nových trhoch (tzn. „Emerging Markets“). V krajinách E7, kam sa radia Čína, Rusko, India, Brazília, Mexiko, Indonézia a Turecko, narástla za posledné dva roky výška hlásených škôd pripadajúca na jeden podnikateľský subjekt po pripočítaní nákladov na riadenie na úroveň cca 4,4 miliónov €, zatiaľ čo v ostatných krajinách sveta dosiahla priemerná suma škôd úroveň 1,6 miliónov €. Je pozoruhodné, že z hľadiska medzinárodného porovnania zohľadňujú nemecké spoločnosti riziko kriminality pri rozhodovaní o zahraničných investíciách výrazne zriedkavejšie. V prípade plánovaných investícií v Číne zohľadnilo napríklad v minulosti tento problém iba 31 % nemeckých subjektov, zatiaľ čo v iných krajinách to bolo až 48 % subjektov. Zároveň utrpeli nemecké subjekty v Číne za posledné dva roky s priemernými 3,66 miliónov € podstatne vyššie finančné straty v dôsledku hospodárskej kriminality ako investori z iných krajín sveta (v priemere 1,33 miliónov €). Približne na 60 % prípadov priemyselnej špionáže či produktového pirátstva, ktorými boli postihnuté nemecké subjekty, sa podieľali čínski páchatelia, a 40 % oslovených subjektov sa domnieva, že v dôsledku korupcie boli už minimálne jeden raz vyradení zo súťaže (tendra), na ktorej sa zúčastnili v Číne.

IV. Nedostatky pri kontrole.

Z hľadiska medzinárodného porovnania majú nemecké subjekty v boji proti hospodárskej kriminalite podstatne vyššie požiadavky. Dnes napríklad zohrávajú podstatne väčšiu úlohu trestné činy, ktoré bývali pôvodne odhalené skôr náhodne prostredníctvom oznámenia z vnútra subjektu alebo jeho vonkajšieho okolia, zatiaľ čo v porovnaní so zahraničnými subjektmi dokážu systematické kontroly odhaliť trestné činy iba zriedkavejšie. Aj napriek tomu nepovažuje 47 % oslovených nemeckých subjektov za potrebné uskutočniť v nasledujúcich dvoch rokoch väčšie zmeny v kontrolnej infraštruktúre; v západnej Európe dosahuje uvedený ukazovateľ úroveň 35 %, a v severnej Amerike 20 %. Porovnateľne bezstarostne reagujú nemecké subjekty aj na rastúcich trhoch so zvýšeným rizikom kriminality. Takto napríklad zintenzívnilo svoje kontrolné opatrenia v Číne v posledných dvoch rokoch iba 39 % oslovených subjektov, ale naproti tomu až 53 % ostatných zahraničných subjektov. Súčasne až 41 % nemeckých subjektov necíti potrebu niečo v tomto smere podniknúť v najbližších dvoch rokoch, pričom opačný názor zdieľa iba 25 % subjektov.

V. Etické zásady sa podceňujú.

Ešte výraznejšie ako pri kontrole vystupujú do popredia nedostatky nemeckých spoločností v oblasti prevencie kriminality. Etické zásady má už síce medziasom vypracované až 61 % oslovených subjektov, avšak iba 37 % z nich má k dispozícii program zhody, ktorý by formuloval, sprostredkoval a monitoroval štandardy správania sa. Naproti tomu v severnej Amerike má etické zásady k dispozícii až 94 % subjektov, pričom 73 % subjektov ich prostredníctvom programu zhody aj monitoruje. Štúdia navyše dokazuje, že etické štandardy napriek rozšíreným predsudkom skutočne účinkujú. V situácii zavedených etických zásad, ako aj programu zhody sa stalo obeťou hospodárskej kriminality iba 38 % subjektov, naproti tomu v porovnávannej nemeckej skupine dosiahol uvedený podiel úroveň 54 %. Aj nemeckým subjektom je zrejme, že kontroly samé osebe nestačia. Iba 31 % oslovených subjektov označilo za pôvod prejavu trestného činu práve nedostatky vo vnútornej kontrole a bezpečnostných

opatreniach, zatiaľ čo 63 % poukázaním na nedostatočné uvedomenie si páchania nepráva na strane páchatel'ov sa snažilo postaviť páchatel'ov do úlohy spoluzodpovedného subjektu.

VI. Každý druhý páchatel' pochádza z podnikateľského subjektu.

Takmer každý druhý páchatel' v Nemecku je zamestnancom poškodeného subjektu. Ak sa na spáchaní trestného činu podieľajú externé osoby, tak ide spravidla o zákazníkov, dodávateľov alebo obchodných partnerov, ktorí sú v kontakte s postihnutým subjektom. Celkovo sa hospodárske trestné činy páchané prostredníctvom subjektu neznámych osôb objavujú zriedkavo. Osoby páchajúce hospodársku trestnú činnosť v Nemecku sú prevažujúco mužského pohlavia (87 %), vo veku 30 až 50 rokov (79 %) a sú zamestnancami subjektu viac ako šesť rokov (57 %). Takmer tretina páchatel'ov je zamestnancom subjektu viac ako desať rokov. Približne 20 % páchatel'ov pochádza z úrovne vyššieho manažmentu, ďalších 25 % zo strednej úrovne riadenia. Účasť zamestnancov na úrovni vedenia podniku na páchaní hospodárskych trestných činov nie je pre postihnutý subjekt prinajmenšom kvôli nepriamym škodám potenciálne obzvlášť nebezpečná. Závažné dôsledky vo vývoji svojho akciového kurzu priznalo 54 % severoamerických subjektov potom, ako prenikla na verejnosť informácia o účasti seniormanažéra alebo topmanažéra na spáchaní trestného činu.

VII. Topmanažéri sú potrestaní zriedkavejšie.

Približne každý tretí odhalený trestný čin nemecké subjekty vôbec neoznámia; riešia ho však interne. V prípade korupcie pristupujú k oznámeniu orgánom činným v trestnom konaní iba v každom druhom prípade. Závažným dôvodom pre takéto zdržanie sa býva obava o povesť subjektu, a tiež skutočnosť, že odsúdená býva iba polovica oznámených páchatel'ov. Páchatelia na úrovni topmanažmentu môžu v západnej Európe počítať s trestným oznámením podstatne zriedkavejšie (40 % všetkých prípadov trestných činov) v porovnaní so zamestnancami na nižších úrovniach riadenia (61 %). V tomto smere zatiaľ v Nemecku rozdielne zaobchádzanie síce pozorovať nemožno, no 23 % nemeckých subjektov udáva, že sa v prípade páchatel'ov pochádzajúcich z najvyšších úrovni riadenia minimálne v každom piatom prípade upustilo od trestného oznámenia a obvinenia, ako aj od vnútorných sankcií, akými sú napomenutie, výpoveď či preloženie na iné miesto. Trestné konanie stredného manažmentu a ostatných zamestnancov zostalo naproti tomu bez následkov pre páchatel'a iba v 5 %, respektíve 3 % všetkých prípadov. Ak sa už však dostanú topmanažéri pred súd, nemôžu v žiadnom prípade počítať so žiadnou nižšou trestnou sadzbou. Oveľa častejšie sa udelil trest odňatia slobody v prípade seniormanažérov alebo topmanažérov (62 %), než tak tomu bolo v prípade ostatných zamestnancov (31 %).

Ako uvádzajú závery štúdie PwC z roku 2007, na prvý pohľad by sa mohlo zdať, že hospodárska kriminalita nie je na Slovensku zásadným problémom. Pomerne nízka početnosť výskytu hospodárskej trestnej činnosti môže byť spôsobená viacerými faktormi, najmä:

- nízkym uvedomením si hrozby hospodárskej kriminality a súvisiacim nízkym počtom odhalených a nahlásených prípadov hospodárskej kriminality;
- neochotou priznať hospodársku kriminalitu kvôli povahe činu;
- systémami riadenia rizika hospodárskych trestných činov - aj keď zdanlivo dostatočné a podľa tvrdení oslovených subjektov tiež pomerne účinné, nemusia byť úplne správne nastavené a fakticky fungujúce. (Podľa dokumentu Vyšetrovacie a forenzné služby -

7. ZÁVER

Vychádzajúc zo skutočností uvedených v príspevku možno zhrnúť, že novodobá hospodárska kriminalita predstavuje zároveň najpálčivejší problém súčasnej svetovej ekonomiky i najvýznamnejšiu hrozbu medzinárodných ekonomických vzťahov do budúcnosti, a to nielen z hľadiska skutočne alebo fiktívne realizovaných transakcií, ale aj, a najmä, z hľadiska súvisiacich právnych aspektov. Je zrejmé, že najviac vypuklý je tento problém pri vzájomných vzťahoch medzi priemyselne vyspelými a menej priemyselne vyspelými krajinami, s osobitným ponímaním Číny ako krajiny najväčšmi ohrozujúcej aktivity medzinárodného spoločenstva v oblasti boja proti pliage hospodárskej kriminality. Aj vďaka takým aktivitám, akým je v dvojročnej periodicite uskutočňovaný prieskum „Global Economic Crime Survey“ sa medzinárodná odborná aj laická verejnosť dozvedá o skutočnom pozadí hospodárskeho diania, čo jej následne umožňuje aktívne zasahovať a zapájať sa do rozširovania správnej interpretácie fenoménu novodobej hospodárskej kriminality a podporovať tak úsilie odborníkov zaoberajúcich sa problematikou hospodárskej kriminality v jednotlivých krajinách. Regulácia zo strany zákonodarcu či orgánov verejnej správy sama o sebe nestačí, podobne, ako sám o sebe nestačí pri riešení uvedeného problému ani zodpovedný prístup subjektov k budovaniu a udržiavaniu férovej a korektnej súťaže. Je totiž potrebné si uvedomiť, že páchať hospodárske trestné činy nemusia vždy iba trhové subjekty, teda najmä podnikateľské subjekty a neziskové organizácie; za určitých podmienok a pri určitých trestných činoch sa takéhoto konania môžu dopúšťať aj iné subjekty či osoby v porovnaní s tými, ktoré predvída platná legislatíva. Akékoľvek úsilie v smere ďalšieho zblížovania spoločných postupov a prístupov v boji proti jednotlivým formám hospodárskych trestných činov sú v medzinárodnom spoločenstve veľmi vítané, no zatiaľ však značne obmedzované iba na vybrané druhy trestných činov (napríklad korupciu) a presadzované najmä na mimovládnej úrovni. Proces boja svetovej verejnosti proti hrozbe následkov hospodárskej kriminality bude neľahký a vzhľadom na rôznorodosť prostredí v jednotlivých krajinách a regiónoch veľmi zdĺhavý, no jedno však bude isté vždy: čím rozsiahlejšia a fundovanejšia bude všeobecná informovanosť o fenoméne hospodárskej kriminality a jej základných aspektoch, tým bude boj účinnejší.

Literatura:

- Dôvodová správa návrhu nového Trestného zákona predložená do legislatívneho procesu podľa Plánu legislatívnych úloh vlády SR na rok 2004 dňa 21. apríla 2004.
- CHMELÍK, J. - HÁJEK, P. - NEČAS, S.: Úvod do hospodárskej kriminality. Plzeň : Aleš Čeněk, 2005, s. 9-41. ISBN 80-86898-13-X.
- KUČHTA, J. - VÁLKOVÁ, H. a kol.: Základy kriminologie a trestní politiky. Praha : C. H. Beck, 2005, s. 350-367. ISBN 80-7179-813-4.
- NOVOTNÝ, O. - ZAPLETAL, J. a kol.: Kriminologie. 2. přeprac. vyd. Praha : ASPI Publishing, 2004, s. 263. ISBN 80-7357-026-2.
- SCHEINOST, M. a kol.: Výzkum ekonomické kriminality. Praha : Institut pro kriminologii a sociální prevenci, 2004, s. 91-92. ISBN 80-7338-031-5.
- Zákon č. 300/2005 Z.z. Trestný zákon v platnom znení.

- Dokument AntiFraudSolutions. [online]. [cit. 2008-08-27]. Dostupný z WWW: http://www.pwc.de/portal/pub/!ut/p/kcxml/04_Sj9SPykssy0xPLMnMz0vM0Y_QjzKLd4p3dgoFSYGYLm4W-pEQhgtEzCDeESICUuXrkZ-bqh-k760foF-QGxpR7uioCACZt4Zs/delta/base64xml/L3dJdyEvd0ZNQUFzQUMvNEIVRS82X0JfQ0JW?siteArea=49c4e38420924a4b&content=e5e3e24ab3c9fcc&topNavNode=49c4e38420924a4b.
- Dokument Vyšetřovací a forenzní služby - Hospodářská kriminalita: lidé, prostředí a kontrola - 4. ročník globálního průzkumu hospodářské kriminality - Slovenská republika. [online]. [cit. 2008-08-27]. Dostupný z WWW: [http://www.pwc.com/Extweb/pwcpublications.nsf/docid/C7DD1B9C0001E461802573710060FBB0/\\$file/GECS_SK.pdf](http://www.pwc.com/Extweb/pwcpublications.nsf/docid/C7DD1B9C0001E461802573710060FBB0/$file/GECS_SK.pdf).
- Dokument Wirtschaftskriminalität 2007 - Sicherheitslage der deutschen Wirtschaft. [online]. [cit. 2008-08-27]. Dostupný z WWW: http://www.pwc.de/fileserver/RepositoryItem/studie_wikri_2007.pdf?itemId=3169192.
- Dokument Wirtschaftskriminalität. [online]. [cit. 2008-08-27]. Dostupný z WWW: <http://www.handelsblatt.com/unternehmen/strategie/diskrete-jaeger-der-weisse-kragen-taeter;1173995>;
<http://www.handelsblatt.com/unternehmen/strategie/diskrete-jaeger-der-weisse-kragen-taeter;1173995;2>.
- Dokumenty Business Crime Control e.V. [online]. [cit. 2008-08-27]. Dostupné z WWW: <http://www.wirtschaftsverbrechen.de/europa/gesetze.html>;
<http://www.wirtschaftsverbrechen.de/europa/wikri.html>;
<http://www.wirtschaftsverbrechen.de/wirtschaftsverbrechen/wirtschaftsverbrechen.html>;
<http://www.wirtschaftsverbrechen.de/wirtschaftsverbrechen/wirtschaftskriminalitaet.html>.
- Dokumenty Forum Wirtschaftskriminalität (powered by the AuditFactory). [online]. [cit. 2008-08-27]. Dostupné z WWW: <http://www.forum-wirtschaftskriminalitaet.org/>;
<http://www.forum-wirtschaftskriminalitaet.org/einfuehrung/begriffe/wirtschaftskriminalitaet.html>;
<http://www.forum-wirtschaftskriminalitaet.org/einfuehrung/begriffe/dolose-handlungen.html>;
<http://www.forum-wirtschaftskriminalitaet.org/einfuehrung/taeterbild.html>;
<http://www.forum-wirtschaftskriminalitaet.org/einfuehrung/kosten.html>;
<http://www.forum-wirtschaftskriminalitaet.org/einfuehrung/kosten/primaere-schaeden.html#c382>;
<http://www.forum-wirtschaftskriminalitaet.org/einfuehrung/kosten/sekundaere->

schaeden.html#c383;

<http://www.forum-wirtschaftskriminalitaet.org/einfuehrung/afm.html>;

<http://www.forum-wirtschaftskriminalitaet.org/einfuehrung/afm/einrichtung-und-evaluierung.html>.

- Dokumenty Wirtschaftskriminalitaet.com - Zahlen - Daten - Fakten: Rund um das Thema Wirtschaftskriminalität. [online]. [cit. 2008-08-27]. Dostupné z WWW: <http://www.wirtschaftskriminalitaet.com>;
- <http://www.wirtschaftskriminalitaet.com/einfuehrung.html>;
- <http://www.wirtschaftskriminalitaet.com/grundsatz.html>.
- Odporúčanie Výboru ministrov Rady Európy č. R (81) 12 o hospodárskych trestných činoch. [online]. [cit. 2008-08-27]. Dostupné z WWW: [http://www.coe.int/t/Dg1/Greco/general/R\(81\)12%20on%20economic%20crime_EN.pdf](http://www.coe.int/t/Dg1/Greco/general/R(81)12%20on%20economic%20crime_EN.pdf).

Kontaktní údaje na autora – email:

janakoprlova@yahoo.com

DAŇOVÉ PROBLÉMY POSKYTOVÁNÍ REKLAMY NA INTERNETU

JAN KOPŘIVA

Fakulta podnikatelská, VUT v Brně; Právnická fakulta Masarykovy univerzity,
Česká republika

Abstrakt v rodném jazyce

Příspěvek je zaměřen na oblast specifické ekonomické činnosti spočívající v poskytování úplatné reklamy na webových stránkách. Cílem příspěvku je přesně identifikovat popisovanou problematiku a následně nalézt odpověď na otázku jak k dané činnosti přistupovat z hlediska našeho právního a daňového systému.

Klíčová slova v rodném jazyce

Reklama na webových stránkách, podnikání, oprávnění k podnikání, daně.

Abstract

This paper is intent on area specific economics activities incumbent in provide of paid advertising on websites. The goal of this paper is exactly identify described problems and subsequently find answer to question how to this activity approach point of view our law and tax system.

Key words

Advertising on websites, entrepreneurship, licence to enterpreneu, taxes.

ÚVOD

Příspěvek je zaměřen na oblast specifické ekonomické činnosti fyzické osoby (rezidenta ČR) spočívající v poskytování úplatné reklamy na webových stránkách, a to z pohledu daňového (DPFO a DPH) a právního (živnostenský zákon).

POPISNÉ VYMEZENÍ PROBLÉMOVÉ OBLASTI

Provozování internetové stránky a vystavování vlastního obsahu na takové stránce dnes patří k běžným praktikám uživatelů Internetu. Pokud má autor článků navštěvovaný web, pak lze jednoduše vydělávat peníze tím, že si na své stránky umístí reklamní jednotku nějaké společnosti specializující se na tuto činnost. Klikne-li návštěvník stránek na tuto reklamní jednotku, pak autor obdrží určitou částku. Vše vypadá jednoduše.

Problémem však je, jak se na takovou činnost dívat z hlediska daňového a živnostenského práva u těch autorů, kteří nevlastní živnostenské oprávnění na tuto činnost. Dalším problémem, a to jak u autorů, kteří nevlastní živnostenské oprávnění, tak i u těch, kteří ho vlastní, je hledisko daňové, konkrétně daň z příjmů fyzických, resp. právnických osob a v poslední řadě daň z přidané hodnoty.

ANALÝZA TYPICKÉHO SUBJEKTU – GOOGLE ADSENSE

Zřejmě nejznámějším reklamním systémem na Internetu je program Google AdSense od společnosti Google. Ten automaticky prochází obsah autorových stránek a zobrazuje na nich reklamy, které jsou relevantní obsahu stránek. Uživatel, který se rozhodne využít tohoto programu, musí mít internetové stránky, které neodporují pravidlům resp. zásadám programu

AdSense. Tyto zásady zakazují především neplatné prokliky, pobídky ke kliknutí. Vysvětlují, pro jaký obsah webových stránek nelze tohoto programu využít, upozorňují na problematiku materiálů chráněných autorskými právy. Dále pak pojednávají o chování webových stránek a umístování reklamních jednotek. Jestliže jsou tyto zásady dodrženy, uživatel se může zúčastnit tohoto programu. Vytvoří si účet u společnosti Google a jakmile je jeho účet pro Google AdSense aktivní, přihlásí ke svému účtu a v přehledném prostředí si vybere formát reklamy.

Pro úspěšné zobrazení reklam je zapotřebí vložit vygenerovaný HTML kód reklamní jednotky do webových stránek uživatele. Od této doby se reklamní jednotky na stránce zobrazují a v případě, že na tyto reklamy nějaký návštěvník klikne, přibude majiteli stránek na jeho Google AdSense účet výdělek. Výdělek se uvádí v dolarech. K tomu, aby se výdělek realizoval v platbu, je nutné učinit pět následujících kroků. Je nutné zadat a zkontrolovat adresu účastníka, dále je nutné zadat daňové údaje (společnost Google je povinna shromažďovat daňové údaje všech účastníků služby AdSense, včetně účastníků se sídlem mimo USA). Dokud tyto údaje nebudou zadány, nebude majiteli stránek a účtu Google AdSense zaslána žádná platba. Účastník programu Google AdSense si následně vybere způsob platby (bankovní převod, šek se standardním doručením nebo šek s bezpečným expresním doručením). Jakmile celkový výdělek za AdSense pro obsah a AdSense pro vyhledávání dosáhne 50 USD, zašle společnost Google uživateli reklamního systému na jeho platební adresu uvedenou v účtu osobní identifikační číslo (PIN). Pro úspěšnou realizaci plateb musí být tento PIN zadán do účastníkového účtu (ověření účastníka). Až celkový nevyplacený výdělek dosáhne 100 USD, koncem následujícího měsíce bude zaslána platba. Jestliže celkové nevyplacené výdělky nedosáhnou v jednom měsíci výše 100 USD, převedou se do dalšího měsíce a budou se načítat až do dosažení minimální hodnoty 100 USD. Platba bývá uhrazena přibližně do 30 dnů od konce měsíce.

Pro ilustraci standardů chování uvedeného subjektu přetiskujeme diskusi z webu Google:

Otázka : Poskytujete společnost Google faktury nebo prohlášení o výdělcích?

Odpověď: Momentálně nedokážeme našim účastníkům vydávat žádná prohlášení o výdělcích, faktury a podobné dokumenty. Doporučujeme Vám, abyste si pro vlastní záznamy zkopírovali celý šek před jeho zúčtováním a vytvořili si kopie výpisů z vašeho bankovního účtu. Podrobné informace o výdělcích vašeho účtu AdSense naleznete rovněž na stránkách Podrobné přehledy a Historie Plateb.

Přímý zdroj pro získání této a dalších informací:

<https://www.google.com/adsense/support/bin/answer.py?answer=59599&ctx=sibling>

<https://www.google.com/adsense/support/bin/answer.py?answer=21591&ctx=sibling>

ZKOUMANÁ PROBLEMATIKA Z POHLEDU ŽIVNOSTENSKÉHO ZÁKONA

Živností dle definice živnostenského zákona je soustavná činnost provozovaná samostatně, vlastním jménem, na vlastní odpovědnost, za účelem dosažení zisku a za podmínek stanovených živnostenským zákonem. Z pohledu zkoumané problematiky je potřeba vyřešit zda provozování internetové reklamy (i v malém měřítku) naplňuje znaky živnosti.

Rozeberme proto jednotlivé složky živnosti:

1. Soustavná činnost – je vykonávána pravidelně, trvale, sezóně, nebo opakovaně, tedy nikoliv jednorázově, nahodile. Výše popsaná reklama na internetu podle našeho názoru soustavnost naprosto splňuje, reklama či reklamní prostor je poskytován 24 hodin denně, 365 dní v roce.

2. Samostatnost – činnost je prováděna na základě vlastního rozhodnutí o zahájení a skončení podnikání, přičemž se neřídí pokyny jiné osoby. Samostatnost pak nutno chápat tak, že vlastník webové stránky poskytuje reklamní prostor sám za sebe.

3. Pod vlastním jménem – tedy pod vlastním jménem či obchodní firmou. Vlastním jménem je pak v kombinaci se prvkem samostatnosti myšleno to na čí jméno (obchodní firmu) je smlouva, resp. zřízení účtu se společností Google uzavíráno.

4. Vlastní odpovědnost – podnikatel nese veškerá rizika spojená s podnikatelskou činností. Podnikatel odpovídá za výsledky své podnikatelské činnosti sám, nemá možnost přenést odpovědnost na jinou osobu.

5. Posledním pojmovým znakem živnostenského podnikání je jeho účel, kterým je dosažení zisku. Není přitom rozhodující, zda zisku bude či bylo skutečně dosaženo, ale záleží pouze na tom, zda u dané činnosti dosahování zisků objektivně přichází v úvahu.

V rámci zkoumané problematiky je asi nejzajímavějším a nejvíce problematickým účel zisku. V případě, že tedy účelem provozování reklamy prostřednictvím vlastního webu je snaha dosáhnout zisku, resp. zisk je primárním účelem, je podle našeho názoru nutno mít na tuto činnost živnostenské oprávnění. V rámci stávající systematiky živnostenského zákona je dle našeho názoru optimální živnost volná - Reklamní činnost a marketing.

V případě, že by tedy příslušný Živnostenský úřad v jednotlivém konkrétním případě usoudil, že se jedná o činnost, ke které je nutno mít živnostenské oprávnění a daný subjekt by jej neměl, bude Živnostenský úřad posuzovat tuto činnost jako tzv. neoprávněné podnikání. Neoprávněným podnikáním je provozování činnosti, která je předmětem živnosti, bez živnostenského oprávnění pro tuto živnost. Fyzické osobě, která neoprávněně podniká v činnosti, která je předmětem živnosti volné, živnostenský úřad uloží pokutu až do výše 50 000,- Kč.¹

DAŇOVÝ POHLED - DAŇ Z PŘÍJMŮ FO

Zkoumanou problematikou poskytování reklamního prostoru na soukromých webových stránkách za úplatu je pak nutno dále posuzovat z pohledu daně z příjmů fyzických osob.

V případě, pokud bude mít poplatník vyřízeno živnostenské oprávnění, spadá tento příjem pod § 7 odst. 1 písm. b) ZDP², tedy příjmy z podnikání a jiné samostatné výdělečné činnosti. S tím samozřejmě souvisí i nutnost registrace poplatníka jako OSVČ pro zdravotní a tzv. sociální pojištění.

¹ Při určení výše pokuty se přihlíží zejména k rozsahu, závažnosti, způsobu, době trvání a následkům protiprávního jednání.

² Zákon č. 586/1992 Sb., o daních z příjmů, ve znění pozdějších předpisů (dále jen „ZDP“).

Tato první varianta je jak s ohledem na výše uvedený právní pohled, tak i z hlediska v zákoně definovaného postupu přiřazování příjmů do jednotlivých skupin (§ 6 - § 10 ZDP) z našeho pohledu správná a další varianty uvádíme pro úplnost pohledu a pro rozvinutí diskuse.

Druhou možností je pak, že poplatník nemá vyřízeno živnostenské oprávnění. V daném případě je možno posoudit tento příjem jako příjem § 10 odst. 1 písm. a) ZDP. Tedy příjem z příležitostné činnosti. Ovšem zde narážíme na problém deklarované příležitostnosti této aktivity a obhajitelnosti tohoto postupu.

Třetím a z pohledu jak poplatníků tak státu reprezentovaného správci daně a živnostenskými úřady kompromisním řešením by bylo posuzovat celou popisovanou činnost poskytování reklamy na webových stránkách jako nájem. Tento přístup by však vyžadoval změnu současné legislativní úpravy zákona o daních z příjmů - současný § 9 ZDP řeší zdanění pouze pronájmu nemovitostí a movitých věcí. (V daném případě by podle našeho názoru došlo ke kompromisu mezi poplatníky a státem. Stát by dostal nějaké daně a poplatníci by si nemuseli vyřizovat živnostenský list, kdy je od toho odrazuje povinnost platit poplatek 1 000,- Kč, což často nebývá ani roční příjem z dané činnosti a současně pak se vznikem živnostníka OSVČ jsou spojeny další povinnosti – viz výše. V případě zdanění § 9 ZDP by poplatník, dle našeho názoru, státu odvedl daň a netajil by své příjmy tak jak je tomu často v současné době).

Z pohledu nutnosti podat daňové přiznání za zkoumané příjmy je zásadní ustanovení § 38g ZDP.

Z uvedeného je patrné, že zcela pohledy jednotlivých dotčených fyzických osob budou silně diferencované, a to zejména ve vztahu k výši reálných příjmů touto aktivitou dosahovaných. Výše uvedená problematika zdanění příjmů fyzických osob z poskytované reklamy resp. reklamní plochy je značně nejasná a komplikovaná. V každém jednotlivém případě nutno zvážit všechny okolnosti konkrétního případu, nejlépe vyřešit se svým daňovým poradcem (popř. prodiskutovat se svým místně příslušným správcem daně – zde je třeba připomenout, že tato otázka nemůže být řešena v režimu závazného posouzení).

PROBLEMATIKA Z POHLEDU DPH

Předmětem daně z přidané hodnoty je ³ poskytnutí služby za úplatu osobou povinnou k dani, v rámci uskutečňování ekonomické činnosti s místem plnění v tuzemsku. Pro nás konkrétní případ je nutno rozebrat pojmy:

Poskytnutí služby

Osoba povinná k dani

Uskutečňování ekonomické činnosti s místem plnění v tuzemsku.

Osoba povinná k DPH, která má sídlo, místo podnikání nebo provozovnu v tuzemsku, je osvobozena od uplatňování daně, pokud její obrat nepřesáhne za nejbližších 12 předcházejících po sobě jdoucích kalendářních měsíců částku 1.000.000,- Kč. Obrat je pak

³ § 2 odst. 1 písm. b) zákona č. 235/2004 Sb., o dani z přidané hodnoty, ve znění pozdějších předpisů (dále jen „ZDPH“).

definován § 6 odst. 2 ZDPH⁴. Z toho je patrné, že na většinu námi zvolených subjektů nedojde k překročení hranice 1 mil. Kč, tudíž budou osobami osvobozenými od DPH.

V případě, že tomu tak nebude, je nutno zkoumat další skutečnosti, zejména pak Místo plnění při poskytnutí služby - § 9 ZDPH. Místem plnění při poskytnutí služby je obecně místo, kde má osoba poskytující službu své sídlo, místo podnikání, místo pobytu nebo místo kde se obvykle zdržuje⁵. Současně je však stanoveno, že pokud osoba poskytuje službu prostřednictvím provozovny, považuje se za místo plnění místo, kde je provozovna umístěna. Vedle obecného místa plnění při poskytnutí služby stanoví § 10 místo plnění ve zvláštních případech při poskytnutí služby, kdy se toto ustanovení může přímo dotýkat výše specifikovaného problému – poskytnutí reklamního prostoru na vlastní webové stránce.

Ustanovení § 10 odst. 6 ZDPH stanoví, že při poskytnutí služby zahraniční osobě nebo osobě registrované k dani v jiném členském státě, které nemají sídlo, místo podnikání nebo provozovnu v tuzemsku, je místem plnění místo, kde má osoba, které je služba poskytnuta, sídlo, místo podnikání, popřípadě místo pobytu či místo, kde se obvykle zdržuje, nebo místo, kde mají tyto osoby provozovnu, je-li služba poskytnuta pro tuto provozovnu, pokud jde o reklamní službu či elektronickou službu⁶.

Zde je tedy z našeho úhlu pohledu podstatné, jakému subjektu je reklamní služba poskytována. Na oficiálních stránkách⁷ uvádí společnost Google následující - Google nevyžaduje zasílání faktur kvůli DPH. I když své platby získáváte v místní měně, všechny platby jsou prováděny společností Google, Inc., společností zapsanou v USA, v souladu s platebními podmínkami dle vaší smlouvy s Google. Pokud máte nějaké další dotazy, kontaktujte prosím svého místního daňového poradce. Pokud vaše vláda vyžaduje, abyste zaslali fakturu, můžete ji poslat na níže uvedenou adresu. Pamatujte prosím, že nemůžeme zpracovávat všechny faktury.

Google AdSense Payments - VAT

Gordon House

Barrow Street, Dublin 4

Irsko

Pro vaši informaci, naše daňové identifikační číslo je EU372000041.

⁴ Obratem se pro účely tohoto zákona rozumí výnosy za uskutečněná plnění s výjimkou plnění, která jsou osvobozená od daně bez nároku na odpočet daně, u osob, které mají povinnost vést účetnictví nebo účetnictví vedou dobrovolně, nebo příjmy za uskutečněná plnění, s výjimkou plnění, která jsou osvobozená od daně bez nároku na odpočet daně, u ostatních osob.

⁵ § 9 odst. 1 ZDPH.

⁶ Pro účely ZDPH se rozumí elektronickou službou dodání webových stránek (website supply), hostitelství webových stránek (web-hosting), vzdálená údržba programového vybavení, dodání programů a jejich aktualizace, dodání prezentace, textů a informací, včetně vytvoření dostupné databáze, dodání hudby, filmů a her, včetně hazardních her, a dodání politických, kulturních, uměleckých, sportovních, vědeckých a zábavních vysílání, dodání výuky na dálku; za poskytnutí elektronické služby se nepovažuje komunikace přes elektronickou poštu mezi osobou, která službu poskytuje, a osobou, které je služba poskytována.

⁷ <https://www.google.com/adsense/support/bin/answer.py?answer=64176&topic=148> ke dni 28.4.2008.

Domníváme se, že služba je tedy poskytována mimo EU, zejména pak z důvodu neexistujícího DIČ v rámci centrální registrace DPH na stránkách EU viz - http://ec.europa.eu/taxation_customs/vies/vieshome.do?selectedLanguage=EN. Podle této centrální databáze předpona EU vůbec neexistuje.

Přestože v daném případě pak je otázkou, kam je služba poskytnuta, zda do státu Evropského společenství či mimo něj, je v obou případech DPH ve výši 0 %. V první případě s odkazem na § 10 odst. 6 ZDPH a v druhém případě se jedná o tzv. osvobozené plnění s nárokem na odpočet daně⁸. Konkrétně se pak jedná o ustanovení § 67 ZDPH, které stanoví, že poskytnutí služby do třetí země⁹ je od daně osvobozeno s nárokem na odpočet.

ZÁVĚR

Zvolená problematika představuje bezesporu málo podstatnou oblast pro teorii a aplikaci práva v oblasti podnikání, jakož i práva daňového. Přesto ji lze považovat za závažnou, neboť přináší otázky současnou legislativou obtížně uchopitelné a tudíž pro všechny zúčastněné strany problematické. Náš článek přináší návrhy a odpovědi, které nebudou poskytovateli těchto služeb považovány za atraktivní, ale jen přes pojmenování problémů vede cesta k jejich následnému systémovému řešení.

Náš závěr je následující – provozování reklamy na vlastní webové stránky např. prostřednictvím Google AdSense je z pohledu živnostenského zákona živností, příjmy fyzické osoby z této činnosti jednoznačně podléhají DPFO, a z pohledu DPH se jedná o poskytnutím tzv. elektronické služby podle § 10 odst. 8 písm. a) ZDPH případně reklamní služby § 10 odst. 6 ZDPH. Jestliže je poskytovatel neplátcem DPH, nemá z pohledu DPH důvod vůbec nic řešit.

Situaci však musí řešit český plátc DPH (poskytovatel služby). Je-li příjemce služby buď zahraniční osobou (tj. se sídlem mimo EU – dle našeho názoru popsáný případ) nebo osobou registrovanou k dani (tj. „plátcem“) v jiné zemi EU, a nemá-li v ČR sídlo, místo podnikání nebo provozovnu, pak místo plnění z hlediska DPH je podle § 10 odst. 6 ZDPH v místě sídla příjemce, tj. mimo ČR. Tuzemskému poskytovateli reklamy resp. elektronické služby plátc DPH nevznikají žádné povinnosti odvodu DPH. V rámci podávání daňového přiznání pak poskytnutou službu plátc daně vykáže jako plnění s místem plnění v zahraničí (součást údaje na ř. 510 přiznání) a dále má povinnost vystavit daňový doklad podle § 33 ZDPH. Tento mu pak slouží pro vlastní záznamní evidenci.

Z pohledu samotných poskytovatelů pak lze pro účely daňové kontroly jen poradit ukázat stránky Google AdSense, jejich prohlášení že mají sídlo v USA a jakési DIČ EU372000041. Dále považujeme za vhodné zmínit, že existuje česká pobočka Google, která však nemá nic společného s poskytováním programu Google AdSense.

Literatura:

- MADAR, Z. a kol.: Slovník českého práva. 2. rozšířené a podstatně přepracované vydání, Praha: Linde Praha, 1999. ISBN 80-7201-150-2.

⁸ § 63 a násl. ZDPH.

⁹ Třetí zemí se rozumí podle § 2 odst. 1 písm. b) území mimo území Evropského společenství.

- MINAŘÍKOVÁ, V. a KOPŘIVA, J.: Nauka o podnikání - skriptum. 1. vyd. CERM: Brno 2004. 87 s. ISBN: 80-214-2760-4
- POLÁK, M. a KOPŘIVA, J.: Daň z příjmů fyzických osob – skriptum. 2. přepracované vyd. CERM: Brno 2007. 81 s. ISBN: 978-80-214-3492-9
- Google. Google AdSense – Historie plateb. [online]. [cit. 14. 1. 2008]. Dostupné z: <<https://www.google.com/adsense/reports-payment>>.
- Google. Google AdSense – Jaké způsoby platby mám k dispozici?. [online]. [cit. 14. 1. 2008]. Dostupné z: <<https://www.google.com/adsense/support/bin/answer.py?answer=15818&hl=cs>>.
- Google. Google AdSense – Nastavení AdSense. [online]. [cit. 14. 1. 2008]. Dostupné z: <<https://www.google.com/adsense/adsense-products>>.
- Google. Google AdSense – Průvodce platbami. [online]. [cit. 14. 1. 2008]. Dostupné z: <<https://www.google.com/adsense/support/bin/answer.py?answer=21591&sourceid=aso&subid=ww-ww-et-asui&medium=link>>.
- Google. Google AdSense - Vydělávejte peníze ze souvisejících reklam na svých webových stránkách. [online]. [cit. 14. 1. 2008]. Dostupné z: <<https://www.google.com/adsense/login/cs/>>.
- Google. Google AdSense - Zásady programu Google AdSense [online]. [cit. 14. 1. 2008]. Dostupné z: <<https://www.google.com/adsense/support/bin/answer.py?answer=48182&sourceid=aso&subid=ww-ww-et-asui&medium=link#hl=cs>>.

Kontaktní údaje na autora – email:

kopriva@advokacie-brno.cz

DRUHÝ ŽIVOT ORGANIZACÍ

JAROSLAVA KUBÁTOVÁ

Filozofická fakulta, Univerzita Palackého v Olomouci, Česká republika

Abstrakt

Ve virtuálním světě se bouřlivě rozvíjí reálná ekonomika. Příspěvek zkoumá, které české firmy si tuto realitu již uvědomily a vybudovaly svá sídla ve virtuálním světě Second Life na česko-slovenském ostrově Bohemia, jaké byly jejich motivy a jaká mohou být jejich očekávání.

Klíčová slova

Virtuální svět Second Life, virtuální ekonomika.

Abstract

Real economy has been developing dramatically in virtual world. This paper examines which Czech companies are aware of this process and which have built their places of business in the virtual world Second Life on the Czech-Slovak Island called Bohemia, what are their motives and what they can expect.

Key words

Virtual world Second Life, virtual economy.

1. VIRTUÁLNÍ SVĚT SECOND LIFE

Second Life (SL) je třídimensionální (3D) virtuální svět přístupný na internetu. Byl vytvořen v roce 2003, ale světové pozornosti se mu dostalo na přelomu let 2006 a 2007. Každý uživatel internetu může vstoupit do SL prostřednictvím svého virtuálního reprezentanta, tzv. avatara, kterého řídí ze svého počítače. Second Life není hra, je to paralelní virtuální svět, ve kterém jeho obyvatelé žijí, komunikují spolu a potkávají nové přátele, budují, cokoli je napadne (domy, nábytek, oblečení apod.), poznávají nová místa, nakupují, vzdělávají se, chodí na přednášky, baví se v kavárnách a barech, tančí na diskotékách.

V SL je zavedena vlastní měna, tzv. Linden Dolary, zkráceně Lindeny. Lindeny jsou v SL směnitelné za US dolary (a naopak), současný kurz je asi 280 Lindenů za jeden USD. Lindeny si lze koupit za USD nebo si je v SL různými způsoby vydělat (a pak směnit za reálné USD). V září 2008 byla průměrná výše jedné transakce v SL průměrně 470 Lindenů, celkový obrat činil cca 11,2 mld. Lindenů. to znamená, že zářijový obrat v SL činil reálných 40 mil. USD.

Second Life je tedy z jiného úhlu pohledu 3D sociální síť a marketingový kanál, který je vnímán jako internet nové generace. Díky propojení Second Life s reálnou měnou se stává Second Life nezávislou a dynamicky rostoucí ekonomikou. Společnosti jako Dell, IBM, Vodafone, Philips, Mazda, Adidas a stovky dalších využívají Second Life pro budování image inovativní společnosti, pro komunikaci v rámci mezinárodních poboček či se svými zákazníky, pro testování nových výrobků a marketingových aktivit, pro realizaci elektronického vzdělávání a pro podporu prodeje svých reálných produktů.

Česká a slovenská komunita se v SL koncentruje ve městě Bohemia. Město Bohemia nedávno oslavilo první výročí své existence. Bohemia architektonicky odpovídá českému a slovenskému městu a jeho oficiálním jazykem je čeština a slovenština. Je v něm možné

komunikovat česky a slovensky s prodavači v obchodech, s kamarády v baru a např. i s pracovníky informačního centra, kteří vám pomohou v nesnázích.

2. VYUŽÍVÁNÍ SECOND LIFE

Second Life je rostoucí měrou využíván nejen v komerční, ale i v akademické sféře. Inspirující jsou příklady organizací, které nevidí Second Life pouze jako nový marketingový kanál, ale i např. jako nástroj k vedení neformální komunikace se svými zákazníky, k realizaci průzkumu mezi firemní cílovou skupinou, k efektivnímu testování nových firemních produktů či marketingových aktivit, ke vzdělávání v e-learningové prostředí, k setkávání pracovníků v rámci mezinárodních týmů či dokonce k náboru nových pracovníků apod.

Klíčovým faktorem úspěchu jakýchkoliv aktivit v rámci Second Life je dokázat oslovit jeho obyvatele. To však může být velmi obtížné, neboť lidé v Second Life se neshromažďují na jednom místě, nedívají se na několik málo televizních kanálů, nepoužívají žádný jednotný rozcestník míst v Second Life apod. Efektivním řešením je využití lokálních skupin a zájmových komunit. Jednou z těchto skupin je např. i československá komunita obyvatel Second Life, která je cíleně budována pomocí portálu www.secondlife.cz a projektu prvního českého virtuálního města. Díky tomuto portálu a městu Bohemia lze oslovit zhruba 80% české populace, která se o Second Life zajímá. Počet registrovaných uživatelů portálu secondlife.cz se blíží 20 tisícům.

2.1 EFEKT A NÁKLADY VSTUPU DO SECOND LIFE

Jak už bylo předesláno, v internetově vyspělejších státech je Second Life využíván nejen k marketingovým účelům, k prezentaci nových služeb a produktů apod., ale také k realizaci průzkumů, k získávání zpětné vazby od zákazníků a zaměstnanců, ke komunikaci, ke vzdělávání a školení, k náboru nových zaměstnanců, k setkávání s obchodními partnery apod. Česká a Slovenská republika jsou v tomto ohledu zhruba 6 měsíců v prodlení. Největší efekt vstupu firmy do Second Life spočívá nyní v budování image inovativní společnosti, která je jako jedna z prvních ochotna hledat využití nových technologií ve svých obchodních procesech. Díky současnému zájmu českých médií o dění v Second Life tak mají nově vstupující firmy zajištěnou příznivou mediální publicitu.

Vstup firmy do českého virtuálního města znamená:

- budování image inovativní společnosti
- pozitivní zájem médií
- propagace v československém městě i na portále www.secondlife.cz
- možnost využití městských prostor pro organizaci firemních akcí
- prezentace firmy při společenských událostech ve městě (setkání, diskuze, koncerty...)
- oslovení uživatelů, kteří navštíví československý ostrov

Náklady spojené s využitím Second Life se dělí na několik položek:

- vybudování firemního sídla
- měsíční pronájem pozemku a provoz sídla
- marketingové výdaje spojené s oslovením obyvatel

Firemním sídlem může být rozlehlý palác za desítky tisíc korun nebo také pouze menší kancelář za několik stokorun. Pronájem pozemku nebo kanceláře začíná v českém městě na

částce 1000 Kč měsíčně. Náklady na oslovení obyvatel Second Life jsou závislé na realizovaných marketingových kampaních. Využije-li však firma pronájem kanceláře či pozemku v českém městě, má zajištěnu propagaci ve městě i na portále www.secondlife.cz zdarma. V rámci československého města tedy může organizace vstoupit do Second Life s investicí již od několika stovek českých korun a měsíčním poplatkem 1000 Kč.

3. ČESKÉ SPOLEČNOSTI V SL

Ke konci října 2008 se v SL dlouhodobě prezentovalo 15 českých organizací. Jejich loga jsou vidět na obrázku 1. Panel s logy je umístěn na nejfrekventovanějším místě Bohemie, kudy prochází každý avatar, který do města vstupuje. Níže uvádíme důvody, proč tyto organizace zbudovaly v SL své sídlo (dle pořadí vstupu do SL).



Obrázek 1: Vstupní místo do Bohemie

Telefonica O2 Czech Republic, a.s.

Telefonica O2 má v Bohemii na Novém náměstí budovu inspirovanou reálným sídlem společnosti. Ve virtuální budově jsou organizovány přednášky a výstavy, je zde několik zajímavých dárků a atrakcí. V Bohemii ji reprezentují i chlapci 11 a 88, kteří denně mezi 17 a 19 hod pomáhají návštěvníkům Bohemie žít virtuální život.

Pivovary Staropramen, a.s.

Staropramen provozuje hospodu na Starém náměstí. Kromě pití piva tu lze hrát kulečník, šachy či dámu.

Policie ČR

Policie ČR pomáhá a chrání i v Bohemii. S jejími členy v policejní uniformě se můžete setkat každý den od 19 do 20 hodin, kde radí nováčkům v SL. Kromě toho je na Novém náměstí nová policejní služebna, která znázorňuje, jak budou do několika málo let vypadat všechny

služebny Policie ČR. V horním patře služebny je možné navštívit i celu předběžného zadržení. Kromě popularizace usiluje Policie ČR o nábor reálných členů.

Český rozhlas

Český rozhlas provozuje v Bohemii stan, v němž je studio rádia Leonardo a také sekce s obrazovým napojením do pražské ZOO, které je provozováno pod názvem Odhalení. Ve stanu ČRo jsou návštěvníkům k dispozici drobné dárky. Pokud přijdete do Bohemie se zapnutým zvukem, uslyšíte rádio Wave. Každý pátek ve 13:20 je přímý přenos rádia Wave z centra dění v Bohemii.

Raiffeisenbank, a.s.

Raiffeisenbank má svou virtuální pobočku na Starém náměstí a kromě základních prezentačních materiálů je možné využít terminál k odeslání dotazu kompetentním pracovníkům banky. Raiffeisenbank připravuje možnost přímé směny českých korun na lindenské dolary.

Millward Brown Czech Republic, s.r.o

Millward Brown je výzkumná agentura. Má virtuální kancelář na adrese Brněnská 1 a provádí zde placené průzkumy mezi avatary. Za vyplněný dotazník náleží respondentovi odměna 200 lindenských dolarů.

J&T Banka

J&T Banka vlastní virtuální ostrov JTFinanceGroup, na kterém kromě firemního sídla s aktuálním přenosem denních finančních komentářů provozuje i stadion fotbalového klubu AC Sparta Praha.

AC Sparta Praha

Spartánský stadion leží na zmíněném ostrově JTFinanceGroup a kromě šatny s fotkami hráčů, obchůdku pro fanoušky je možné vyběhnout na hrací plochu a vyzkoušet si kopání penalt. Kdo je šikovným fotbalistou, vykope si dobrým výkonem i virtuální čepici AC Sparta.

Výzkumný ústav pivovarský a sladařský, a.s.

Na Starém náměstí je umístěna i virtuální kuchyň Výzkumného ústavu pivovarského a sladařského, kde je možné uskutečnit ojedinělý experiment - každý návštěvník si může uvařit své virtuální pivo stejně tak, jak je možné jej uvařit i v reálném světě.

Regionální knihovna Karviná

Virtuální knihovna virtuálně představuje reálné služby knihovny v Karviné a je zároveň příjemnou relaxační zónou pro unavené avatary.

Ignum, s.r.o.

Ignum má v Bohemii serverovnu, kterou si každý návštěvník může projít a prohlédnout. Díky této virtuální prohlídce se mu tak naskytne pohled do míst, která jsou běžnému smrtelníkovi zcela nepřístupná.

Level

Ve virtuální kanceláři herního magazínu Level je kromě náhledu na obálky časopisů možnost také spustit streamované video s reportážemi z herních akcí.

CROY wine&design manufacture

Mladá, ambiciózní značka CROY navazuje svojí snahou na vinařskou tradici PODLUŽÍ rodu Studenků sahající k roku 1632. Ambicí je etablovat značku CROY jako exkluzivního, pokrokově smýšlejícího, zdánlivě nesouvisící kontexty netradičně propojujícího, producenta originálních vín.

CzechTourism

Agentura CzechTourism vstoupila do Bohemie s cílem představit mladým návštěvníkům krásy Česka a nalákat je k návštěvě republiky i v reálu. Česko je tak po Švédsku, Estonsku a Maledivách jedním z prvních států, které mají na Second Life své zastoupení.

Ve městě Bohemia se neplatí žádné daně, nevybírání se vstupné na akce, nehradí se uživatelská podpora, nehradí se lektoři na kurzech a přednáškách apod. Město je pro jeho návštěvníky zdarma. Jenže nákup a údržba pozemků, výstavba budov a atrakcí, provoz města, provoz portálu, marketingová a PR činnost, organizování aktivit ve městě a vše ostatní související s provozem a rozvojem města je samozřejmě spjato s náklady. Ty jsou hrazeny společností beVirtual, s.r.o. Náklady na výstavbu a jeden rok provozu města Bohemia přesáhly částku 700 tis. Kč.

4. VÝHLEDY V SL

Předmětem dalšího rozvoje v SL bude zřejmě e-learning (již probíhala výuka angličtiny, tvorby grafiky v SL apod.), komunikace (osvědčily se dny otevřených dveří a prezentace produktů v SL), vedení porad (beVirtual, s.r.o. již nyní vede tým cca deseti pracovníků výhradně virtuálně), diskuze, přednášky, vizualizace reálných projektů v SL apod. Bohemia by měla být místem, kde česká a slovenská komunita bude světu prezentovat své dovednosti. Virtuální perlou je např. prezentace vily Tugendhat, kterou lze libovolně procházet a dokonce si zahrát na klavír.



Obrázek 2: Vila Tugendhat v SL

Literatura:

- www.secondlife.cz, 28. 10. 2008.
- www.secondlife.com, 3. 10. 2008.
- http://secondlife.com/whatis/economy_stats.php, 27. 10. 2008.

Kontaktní údaje na autora – email:

jaroslava.kubatova@upol.cz

ELEKTRONICKÉ PENÍZE V AKTUÁLNÍ PRÁVNÍ PRAXI

LIBOR KYNCL

Právnická fakulta Masarykovy univerzity, Česká republika

Abstrakt v rodném jazyce

Cílem tohoto příspěvku bude analyzovat aktuální právní problémy týkající se elektronických peněz, jejich vydávání a praktických aspektů využití elektronických peněz zákazníky. Zmíní též případy, kdy si zákazník uloží peněžní prostředky na tzv. zákaznickou předplatní kartu, ale nejedná se o elektronické peníze.

Klíčová slova v rodném jazyce

Elektronické peníze, elektronické platební prostředky, elektronické peněžní prostředky, finanční arbitr, platební styk, obchodní podmínky, zpětná výměna.

Abstract

The aim of this paper is to analyze current legal problems with electronic money, their issuance and practical aspects of using electronic money by customers. Case when customer stores the money on so called customer pre-paid card but it does not contain electronic money will be also mentioned.

Key words

Electronic money, electronic payment instruments, electronic money instruments, financial arbitor, payment system, general terms and conditions, redeemability.

1. ÚVOD

Cílem tohoto příspěvku je analýza v současné době velice aktuální a rozvíjející se oblasti elektronických peněz v kontextu aktuálních právních otázek jejich vydávání a praktických aspektů jejich použití zákazníky.

Kromě typických případů využití elektronických peněz v rámci elektronických peněžních prostředků zmíním též obecnější pojem elektronických platebních prostředků, k nimž elektronické peněžní prostředky také patří, ale které v sobě zahrnují i prostředky vzdáleného přístupu k peněžní hodnotě. V příspěvku bude na praktických příkladech ukázáno, které peněžní hodnoty elektronickými penězi jsou a které již nikoli.

Okrajově též přijdou na řadu témata zákaznických karet a v současnosti opomíjený subjekt instituce elektronických peněz. Vzhledem k rozsáhlosti předmětné oblasti příspěvek nemůže být obecným, budu se však snažit postihnout základní praktické problémy této oblasti.

Veřejnoprávní regulace elektronických peněz i elektronických platebních prostředků obecně patří do nefiskální části finančního práva, konkrétněji ji můžeme řadit do oblasti peněžního trhu, neboť všechny uvedené prostředky pracují s penězi v jejich různých podobách – buď s elektronickými penězi nebo v podobě peněz uchovávaných na účtu.

2. ELEKTRONICKÉ PLATEBNÍ PROSTŘEDKY OBECNĚ

Zákon č. 124/2002 Sb., o převodech peněžních prostředků, elektronických platebních prostředcích a platebních systémech (zákon o platebním styku), ve znění pozdějších předpisů, zavádí pojem elektronické platební prostředky, které definuje výčtem jako:

1. elektronické peněžní prostředky, nebo
2. prostředky vzdáleného přístupu k peněžní hodnotě.¹

Oba druhy platebních prostředků mají shodné znaky, kterými jsou:

1. prostředek má elektronickou povahu,
2. prostředek pracuje s peněžní hodnotou, kterou má v sobě uloženu nebo ke které umožňuje přístup,
3. prostředek sám o sobě není peněžní hodnotou, pouze k ní umožňuje přístup,
4. držitel prostředku nemusí být vlastníkem peněžní hodnoty, která je prostředkem zpřístupňována (např. kreditní karta, pomocí které se čerpá úvěr),
5. peněžní hodnota zpřístupňovaná prostředkem má stejně jako prostředek elektronickou povahu, nemá tedy hmotný měnový substrát,
6. peněžní hodnota uložená v prostředku nebo zpřístupňovaná prostředkem představuje pohledávku (za vydavatelem peněžní hodnoty nebo za osobou vedoucí příslušný účet),
7. provedení transakce s prostředkem se projeví buď ihned nebo odloženě.

Tyto platební prostředky nahrazují použití peněžní hodnoty v papírové podobě, tedy peněz v užším slova smyslu.² Pro peněžní hodnotu, která je v nich uložena nebo ke které umožňují přístup, bankovky nebo mince fyzicky neexistují. Peněžní substrát v papírové podobě u těchto prostředků nahrazují záznamy umístěné v evidenci osoby, která tyto prostředky vydává, případně prostředky na účtu, ke kterému je prostředek navázán. Osoba užívající zákonem aprobované elektronické platební prostředky je chráněna způsobem obdobným ochraně peněžního substrátu v papírové podobě, tj. obecně erga omnes jakožto držitel elektronického platebního prostředku i konkrétně v rámci závazkových vztahů, do nichž s použitím elektronických platebních prostředků vstupuje. Vzhledem k užitým technologiím se ovšem tento způsob ochrany zásadním způsobem odlišuje.

3. ELEKTRONICKÉ PENĚŽNÍ PROSTŘEDKY VS. PROSTŘEDKY VZDÁLENÉHO PŘÍSTUPU K PENĚŽNÍ HODNOTĚ

Hlavním rozdílem mezi dvěma výše zmíněnými druhy elektronických platebních prostředků je umístění záznamu o peněžní hodnotě. U elektronických peněžních prostředků je záznam

1 Viz § 15 odst. 1 zákona č. 124/2002 Sb., o převodech peněžních prostředků, elektronických platebních prostředcích a platebních systémech (zákon o platebním styku), ve znění pozdějších předpisů.

2 K bankovkám a mincím jakožto penězům v užším slova smyslu viz např. Kol. *Peníze v ČR*. In Schlossberger, O., Soldánová, M. *Platební styk*. Praha: Bankovní institut, a.s., 2005. s. 214 an.

o peněžní hodnotě umístěn přímo v tomto prostředku. Tomuto záznamu obvykle odpovídá i další záznam v evidenci vydavatele (pro účely účetní a daňové evidence vydavatele). Lze tedy říci, že elektronický peněžní prostředek je uchovatelem peněžní hodnoty. Na rozdíl od bankovek či mincí, které nemají samy o sobě stanovenou platnost, elektronický peněžní prostředek na sobě obvykle obsahuje údaj, kdy skončí platnost daného prostředku.

Elektronickým peněžním prostředkem jsou v praxi především zákaznické karty autobusových přepravců, ale patří sem též některé společnosti vydávající zákaznické karty pro jiné účely než uhrazování přepravy.

Naproti tomu prostředky vzdáleného přístupu k peněžní hodnotě v sobě záznam o peněžní hodnotě, ke které přistupují, neobsahují, a peněžní hodnotu držiteli vydávají nebo protiplnění uhrazují na základě ověření dostupnosti dané peněžní hodnoty v evidenci vydavatele prostředku nebo v evidenci jeho smluvního partnera (například v evidenci kartové asociace nebo v evidenci banky provozující terminál).

Peněžní hodnota u tohoto prostředku je uchovávána na běžném účtu, spořicímu účtu, úvěrovém účtu nebo jiném typ účtu, což ovlivňuje právní režim tohoto prostředku. U debetních karet se jedná o běžný účet nebo spořicí účet, který obsahuje peněžní hodnotu obvykle patřící držiteli tohoto prostředku nebo osobě, které umožnil využívání této peněžní hodnoty. Naproti tomu u kreditních karet se jedná o úvěrový účet, z něhož je užitím karty čerpáno, a peněžní hodnota na tomto účtu není vlastnictvím držitele karty, ale vydavatele této karty nebo s ním spolupracujícího subjektu. Držitel kreditní karty tedy čerpá z „cizí peněžní hodnoty“.

Lze též zmínit případy, kdy je peněžní hodnota pomocí prostředku vzdáleného přístupu k peněžní hodnotě vydávána, aniž dochází k ověření aktuálně dostupných prostředků na vzdálené peněžní hodnotě – tímto případem je např. platba embosovanou platební kartou pomocí tzv. žehličky.³

Rozbor prostředků vzdáleného přístupu k peněžní hodnotě však není předmětem tohoto příspěvku, neboť, jak bude ukázáno níže, tyto prostředky nepracují s elektronickými penězi, jak jsou definovány českým právem.

4. POJEM ELEKTRONICKÝCH PENĚZ

Elektronické peníze jsou brány jako peněžní hodnota, která:

1. představuje pohledávku za vydavatelem,
2. je uchovávána na elektronickém peněžním prostředku,
3. je vydávána proti přijetí peněžních prostředků v hodnotě ne nižší, než je hodnota vydávaných elektronických peněz,

³ Žehlička je speciálním typem terminálu, u něhož není nutné vzdálené připojení ke zdroji peněžní hodnoty, ale který pouze provede otisknutí vystouplých znaků (zejména čísla karty, jména držitele karty a konce platnosti karty) na list papíru, který posléze držitel karty vlastnoručně podepíše. Zmíněný dokument vytvořený žehličkou je poté fyzicky předán bance, která na základě něj poskytovateli zboží nebo prodávajícímu uhradí částku, ke které je oprávněn na základě předaného dokumentu.

4. je přijímána jako platební prostředek vydavatelem samotným i jinými osobami než vydavatelem.⁴

Všechny body této definice jsou nutné, aby bylo možné peněžní hodnotu považovat za elektronické peníze.

Jopek dělí elektronické peníze na dva druhy dle jejich umístění:

- „elektronické peníze na fyzicky existujícím samostatném nosiči,
- elektronické peníze uchované v paměti počítače.“⁵

K tomuto dělení doplňuji, že existují i elektronické peníze, které jsou uchovávány na obou místech současně – jsou jak na existujícím samostatném nosiči (např. kartě autobusového přepravce), tak i v paměti počítače. Na obchodních podmínkách vydavatele elektronických peněz závisí, které elektronické peníze jsou elektronickými penězi ve smyslu právním a která uchovávaná hodnota je pouze informativní. Obecně lze říci, že spíše je rozhodující údaj o množství uchovávaný na fyzicky existujícím samostatném nosiči a evidence v paměti počítače slouží pro účely vydavatele elektronických peněz. Pokud by totiž byla rozhodující hodnota uchovávaný v počítači a zároveň by k této peněžní hodnotě existoval vzdálený samostatný nosič, jednalo by se o hraniční případ blížící se prostředkům vzdáleného přístupu k peněžní hodnotě.

Dále je nutné zdůraznit rozdíl mezi elektronickými penězi samotnými a elektronickými peněžními prostředky, ve kterých jsou tyto elektronické peníze uchovávány. Elektronické peníze samy o sobě nejsou elektronickým peněžním prostředkem, a tedy nejsou ani elektronickým platebním prostředkem.

5. PENĚŽNÍ HODNOTY, KTERÉ NEJSOU ELEKTRONICKÝMI PENĚZI

Peněžní hodnota, která je zpřístupňována pomocí prostředků vzdáleného přístupu k peněžní hodnotě, však sama o sobě není elektronickými penězi. Tyto peníze nejsou uchovávány na elektronickém peněžním prostředku.⁶ Představují pohledávku za vydavatelem, ale neprobíhá zde proces přijímání peněžních prostředků a odpovídající vydávání elektronických peněz. Prostředky vzdáleného přístupu k peněžní hodnotě také jsou obvykle přijímány jako platební prostředek širším okruhem osob, nikoli pouze jejich vydavatelem (přijímají je např. všechny banky a jiné osoby provozující terminály působící na území státu vydavatele). Jsou tedy splněny definiční znaky elektronických peněz 1) a 4), nejsou však splněny znaky 2) a 3). Mezi výše uvedené peněžní hodnoty se řadí například peněžní prostředky na běžných, vkladových, termínovaných, úvěrových a jiných účtech u bank, spořitelních a úvěrních družstev i dalších subjektů, které tedy nejsou elektronickými penězi, ale jejich alternativou.

4 Výčet znaků je citací z § 15 odst. 3 zákona č. 124/2002 Sb., o převodech peněžních prostředků, elektronických platebních prostředcích a platebních systémech (zákon o platebním styku), ve znění pozdějších předpisů.

5 Srovnej Jopek, D. *Veřejnoprávní regulace bezhotovostních plateb v ČR*. Rigorózní práce, Katedra správní vědy, správního práva a finančního práva, Právnická fakulta, Masarykova univerzita, 2006, s. 120.

6 K tomuto více v kapitolách 2.2.4 Platební karty a 2.2.5 Elektronické peníze v Evropská centrální banka. *Modrá kniha – Platební styk v České republice* [citováno 1. listopadu 2008]. Dostupný z: http://www.cnb.cz/m2export/sites/www.cnb.cz/cs/platebni_styk/modra_kniha/download/modra_kniha_text_2007_srpen.pdf.

Jak vyplývá z posledního bodu definice, elektronickými penězi nejsou ani peněžní prostředky uložené na předplatním účtu, například zákaznické kartě, které jsou přijímány jako platební prostředek pouze jejich vydavatelem dané karty. V takovém případě není splněn znak 4). Tento případ se v praxi týká především zákaznických předplatních karet pro stravování na školských zařízeních a v závodních jídelnách. Tyto karty nejsou elektronickými peněžními prostředky a jejich vydávání nepodléhá povolovacímu řízení u České národní banky jako vydávání elektronických peněz. Pokud by došlo u načrtnuté situace k posunu a peněžní hodnotu na dané předplatní kartě by bylo možné využít u restaurací několika různých subjektů (např. u dvaceti různých restaurací v Brně, které provozuje různý provozovatel), jednalo by se za splnění ostatních definičních znaků o elektronické peníze.

Elektronickými penězi také nejsou kredity, které jsou přičítány k zákaznickému účtu bez přijetí protihodnoty peněžních prostředků vydavatelem těchto kreditů, kdy není splněn znak 3). Na tento případ tedy nedopadá regulace elektronických peněz.

6. SUBJEKTY DOTČENÉ PŘI POUŽITÍ ELEKTRONICKÝCH PENĚZ

1. vydavatel elektronických peněz – fyzická nebo právnická osoba, jejichž seznam pro Českou republiku zveřejňuje Česká národní banka. Může se jednat pouze o osoby taxativně uvedené v zákoně, jiné osoby nejsou oprávněny elektronické peníze vydávat. Konkrétně jde o:⁷
 - a. banky a pobočky zahraničních bank, zahraniční banky v rámci jednotné licence,
 - b. spořitelní a úvěrní družstva pro své členy,
 - c. instituce elektronických peněz a obdobné instituce ze zahraničí, které vydávají elektronické peníze na základě licence vydané Českou národní bankou – subjekt, jehož hlavní činností je právě vydávání elektronických peněz, v ČR zatím žádná instituce elektronických peněz neexistuje,
 - d. Česká národní banka,
 - e. jiné osoby na základě povolení vydaného Českou národní bankou.
2. držitel elektronických peněz – může jím být jakákoli osoba, nejsou na ni zákonem kladeny žádné speciální požadavky, je ve smluvním vztahu s vydavatelem, který se řídí obchodními podmínkami, které je vydavatel povinen zveřejnit.
3. poskytovatel služeb nebo prodávající – fyzická nebo právnická osoba, obvykle podnikatel, které jsou elektronickými penězi uhrazovány zboží nebo služby. Z pojmu elektronických peněz vyplývá, že tato osoba nemusí být shodná s osobou vydavatele; pokud by elektronické peníze nebyly uznatelné jako prostředek úhrady třetí osobou, nejednalo se by se o elektronické peníze.
4. zprostředkovatel – fyzická nebo právnická osoba, které budoucí držitel předá peněžní prostředky, za něž mají být vydány elektronické peníze, a která budoucímu držiteli zprostředkuje vydání elektronických peněz. Osoba zprostředkovatele není zákonem

⁷ Srovnej § 18a zákona č. 124/2002 Sb., o převodech peněžních prostředků, elektronických platebních prostředcích a platebních systémech (zákon o platebním styku), ve znění pozdějších předpisů.

explicitně upravena, ale na druhou stranu není zakázána. Např. spotřebitel u společnosti A nakoupí elektronické peníze vydané společností B, které mu budou připsány na elektronický peněžní prostředek vydaný společností B. Společnost A tedy není vydavatelem, ale do procesu vydávání je zapojena.

7. VYDÁVÁNÍ, SPOTŘEBA A ZPĚTNÁ VÝMĚNA ELEKTRONICKÝCH PENĚŽ

Všechny způsoby užití elektronických peněz musí být konkretizovány v obchodních podmínkách vydavatele elektronických peněžních prostředků. Tyto obchodní podmínky jsou vytvářeny na základě vzorových obchodních podmínek vydávaných ze zákona Českou národní bankou. Pokud obchodní podmínky vydavatele neodpovídají vzorovým obchodním podmínkám, vydavatel je povinen v úvodu svých obchodních podmínek odchylky uvést.⁸

Proces vydávání elektronických peněz je dvoustranným závazkovým právním vztahem mezi vydavatelem elektronických peněz a jejich budoucím držitelem, kterému budou elektronické peníze vydány. V základním případě držitel předává vydavateli peníze v hotovosti nebo bezhotovostně probíhá převod z účtu držitele na účet vydavatele a zároveň dojde k vydání odpovídajícího množství elektronických peněz a jejich připsání do elektronického peněžního prostředku držitele (na kartu). Speciálním případem vydávání elektronických peněz je připsání elektronických peněz na elektronický peněžní prostředek bez protiplnění ze strany držitele – může se jednat např. o smluvní odměnu za spotřebování jistého objemu elektronických peněz, o navrácení již uhrazených elektronických peněz při nedodržení smluvních podmínek (např. když je vinou poskytovatele služeb nebo prodávajícího dodáno nikoli řádně a na základě smlouvy dojde k náhradě části předchozí úhrady).

Druhým možným způsobem užití elektronických peněz je jejich spotřeba, tj. uhrazení zboží či služeb pomocí elektronických peněz. Při spotřebě dojde ke snížení množství elektronických peněz uchovávaných na elektronickém peněžním prostředku a vydavatel elektronických peněz předmětnou částku převede ve prospěch poskytovatele služeb nebo osoby prodávající zboží, v jehož prospěch je úhrada prováděna (poskytovatelem nebo prodávajícím může být i sám vydavatel).

Poslední variantou užití elektronických peněz je zpětná výměna elektronických peněz.⁹ V době platnosti elektronických peněz je vydavatel povinen uskutečnit zpětnou výměnu za bankovky nebo mince ve výši nominální hodnoty elektronických peněz nebo je povinen provést převod nominální hodnoty elektronických peněz na účet. Za zpětnou výměnu je oprávněn si účtovat pouze náklady nezbytné k provedení zpětné výměny, tyto náklady však nesmí být cenou služby. Pro zpětnou výměnu lze stanovit minimální částku, která může být vyměněna, ta však nesmí přesáhnout 10 EUR nebo ekvivalent této částky v Kč. Zpětná výměna elektronických peněz představuje jeden z prostředků zajištění důvěryhodnosti elektronické emise peněz.¹⁰

8 Viz §§ 16 a 17 zákona č. 124/2002 Sb., o převodech peněžních prostředků, elektronických platebních prostředcích a platebních systémech (zákon o platebním styku), ve znění pozdějších předpisů.

9 Anglicky *redeemability*. Srovnej § 20 zákona č. 124/2002 Sb., o převodech peněžních prostředků, elektronických platebních prostředcích a platebních systémech (zákon o platebním styku), ve znění pozdějších předpisů.

10 Viz Důvodová zpráva k zákonu č. 124/2002 Sb., o převodech peněžních prostředků, elektronických platebních prostředcích a platebních systémech (zákon o platebním styku).

8. ŘEŠENÍ SPORŮ VE VĚCI ELEKTRONICKÝCH PENĚŽ

Spory ve věci elektronických peněz a obecněji elektronických platebních prostředků mohou být rozhodovány buď před soudem v občanském soudním řízení nebo před finančním arbitrem ve správním řízení.

Na webu finančního arbitra lze dohledat též seznam institucí vydávajících elektronické platební prostředky, tedy institucí, jejichž postup může finanční arbitr v individuálním případě posuzovat.¹¹ Mezi tyto instituce ovšem patří kromě vydavatelů elektronických peněz i vydavatelé prostředků vzdáleného přístupu k peněžní hodnotě, které neobsahují elektronické peníze. Finanční arbitr dále ještě rozhoduje v oblasti převodů peněžních prostředků.

Finanční arbitr zveřejňuje své nálezy na svém webu www.finarbitr.cz. Dle údajů dostupných z let 2003 – 2007 lze dovodit, že finanční arbitr rozhodoval především v oblasti prostředků vzdáleného přístupu k peněžní hodnotě a v oblasti převodů peněžních prostředků, dle dostupných výročních zpráv neexistuje zatím rozhodovací praxe finančního arbitra v oblasti elektronických peněz samotných.¹²

9. ZÁVĚR

V tomto příspěvku bylo stručně pojednáno o aktuálních otázkách v oblasti elektronických peněz, jejich vydávání, spotřeby a zpětného odběru i elektronických platebních prostředků obecně. Elektronické platební prostředky dělíme na elektronické peněžní prostředky, které v sobě elektronické peníze uchovávají, a prostředky vzdáleného přístupu k peněžní hodnotě, které s elektronickými penězi naopak nepracují, protože přistupují k penězům uchovávaným na určitém účtu. K elektronickým penězům v praxi se také vážou způsoby jejich užití, tedy především vydávání, spotřeba a zpětná výměna.

Byly zmíněny také případy peněžních hodnot, které nejsou elektronickými penězi, zejména peněžní hodnota uchovávaná na zákaznické kartě, kterou lze využít pouze u vydavatele této hodnoty (tato hodnota nesplňuje jeden z definičních znaků elektronických peněz, kterým je právě přijímání jinými osobami než vydavatelem této hodnoty). Další diskutovanou otázkou byla absence rozhodovací praxe finančního arbitra v oblasti elektronických peněz – finanční arbitr dle svých výročních zpráv rozhodoval především v oblasti vzdáleného přístupu k peněžní hodnotě a převodů peněžních prostředků, ale nikoli v oblasti elektronických peněz samotných.

Při daném rozsahu příspěvku dle mého názoru nelze postihnout všechny související aspekty, věřím však, že příspěvek poskytne základní přehled o této oblasti. Bylo by možné na tuto analýzu dále navázat v oblasti institucí elektronických peněz, jimž vzhledem k neexistenci tohoto subjektu v ČR zatím nebylo věnováno při výzkumu v oboru finančního práva příliš pozornosti.

11 Srovnej Finanční arbitr České republiky. *Instituce - Seznam institucí / Finanční arbitr České republiky* [citováno 1. listopadu 2008]. Dostupný z: <http://www.finarbitr.cz/cs/instituce-seznam-instituci.html>.

12 Viz Finanční arbitr České republiky. *Výroční zprávy / Finanční arbitr České republiky* [citováno 1. listopadu 2008]. Dostupný z: <http://www.finarbitr.cz/cs/vyrocnizpravy.html>.

Literatura:

- Důvodová zpráva k zákonu č. 124/2002 Sb., o převodech peněžních prostředků, elektronických platebních prostředcích a platebních systémech (zákon o platebním styku).
- Evropská centrální banka. Modrá kniha – Platební styk v České republice [citováno 1. listopadu 2008]. Dostupný z: http://www.cnb.cz/m2export/sites/www.cnb.cz/cs/platebni_styk/modra_kniha/download/modra_kniha_text_2007_srpen.pdf.
- Finanční arbitr České republiky. Instituce - Seznam institucí | Finanční arbitr České republiky [citováno 1. listopadu 2008]. Dostupný z: <http://www.finarbitr.cz/cs/instituce-seznam-instituci.html>.
- Finanční arbitr České republiky. Výroční zprávy | Finanční arbitr České republiky [citováno 1. listopadu 2008]. Dostupný z: <http://www.finarbitr.cz/cs/vyrocnizpravy.html>.
- Jopek, D. Veřejnoprávní regulace bezhotovostních plateb v ČR. Rigorózní práce, Katedra správní vědy, správního práva a finančního práva, Právnická fakulta, Masarykova univerzita, 2006.
- Schlossberger, O., Soldánová, M. Platební styk. Praha: Bankovní institut, a.s., 2005. 368 s.
- Zákon č. 124/2002 Sb., o převodech peněžních prostředků, elektronických platebních prostředcích a platebních systémech (zákon o platebním styku), ve znění pozdějších předpisů.

Kontaktní údaje na autora – email:

libor.kyncl@gmail.com

PRAWNE PODSTAWY GOSPODARKI FINANSOWEJ SAMORZĄDU TERYTORIALNEGO W HISPANII

JAROSŁAW MARCZAK

Instytut Finansów, Bankowości i Ubezpieczeń, Uniwersytet Łódzki, Polska

Abstrakt v rodném jazyce

Sprawne funkcjonowanie samorządu terytorialnego, jego poszczególnych szczebli i jednostek jest uzależnione od zupełności i jasności przepisów prawa. W każdym państwie porządek prawny wyznacza konstytucja, ale unormowania są bardzo często odmienne, co wynika m. in. z zaszczości historycznych i innej kultury prawnej. Poznawanie innych systemów jest bardzo ważne tak dla stanowienia prawa, jak i w praktyce, bowiem stanowi doskonałe źródło inspiracji, a także wielokrotnie klucz do rozwiązywania trudnych problemów, bądź daje gotowe wzorce. Państwem, w którym samorząd terytorialny cieszy się bardzo dużą autonomią jest Hiszpania. Dlatego pożytecznym wydaje się przybliżenie rozwiązań tam stosowanych, tym bardziej, że są one w niewielkim stopniu znane, jeżeli w ogóle. W niniejszych rozważaniach przedstawia się najważniejszy akty prawne z krótką ich charakterystyką dotyczącą gospodarki finansowej, poczynając od Konstytucji hiszpańskiej i dwóch ustaw poświęconych gospodarce finansowej: jednej wspólnotom autonomicznym, a drugiej korporacjom lokalnym (gminom i prowincjom).

Klíčová slova v rodném jazyce

Samorząd terytorialny, finanse samorządu terytorialnego, prawo finansowe samorządu terytorialnego, Hiszpania.

Abstract

Efficient functioning of local government and its particular tiers and units depends on the completeness and clarity of law. Every country's legal order is set out in its constitution, but the regulations frequently vary, one reason being different historical past and diverse legal cultures. The knowledge of other systems is very important because it helps establish laws and regarding its practical dimension it provides a perfect source of inspiration, in many cases a key solving difficult problems, as well as proven models to follow. Spain is the country where local governments enjoy substantial autonomy. It seems therefore useful to present the Spanish solutions, especially that they are rather unfamiliar, if known at all. The presentation outlines major Spanish laws with short descriptions presenting the laws' implications for finance management, starting with the Spanish Constitution and two acts of parliament dedicated to finance management, one of which applies to autonomous communities and the other to local corporations (communes and provinces).

Key words

Local government, local government finance, local government finance law, Spain.

Właściwe funkcjonowanie samorządu terytorialnego zależy od kilku czynników. Po pierwsze, od właściwie skonstruowanego prawa, regulującego całokształt zagadnień jego dotyczących. Po drugie, właściwego stosowania tego prawa. Związane jest to zarówno z samymi jednostkami samorządowymi i ich agendami, jak również od instytucji nadzorujących stosowanie tego prawa, np. Trybunału Konstytucyjnego. Po trzecie, zależy od ludzi, którzy zarządzając jednostkami samorządu terytorialnego wykorzystują prawo na co dzień. Prawo reguluje działalność samorządu terytorialnego we wszystkich aspektach. Kluczowym

aspektem samorządu terytorialnego jest gospodarka finansowa. Przepisy prawa regulujące gospodarkę finansową należą zatem do najważniejszych aktów prawnych nie tylko w obszarze samorządu terytorialnego, ale także danego państwa. Każde państwo ma prawo regulować porządek na swoim terytorium co wynika z jego suwerenności. Oczywiście, że nie może być w tym obszarze zupełnej dowolności, bowiem władza może działać w określonych granicach, chociażby wynikających z mandatu przyznanego przez wyborców. W państwach demokratycznych zakres ograniczeń jest znacznie szerszy. Stanowienie prawa w każdym państwie odbywa się także w pewnej ciągłości historycznej oraz z uwzględnieniem specyficznych rozwiązań społecznych, kulturowych, ekonomicznych i innych. Porządki prawne w poszczególnych państwach różnią się. Obszary poddane regulacjom przepisów mogą funkcjonować lepiej lub gorzej, zatem często pojawia się pytanie: czy zastosowanie innych rozwiązań, np. obowiązujących w innych państwach byłoby korzystne? Odpowiedź na tak postawione pytanie nie może być jednoznaczna. Bowiem w praktyce zastosowanie rozwiązań skutecznych na obszarze jednej jurysdykcji, może być zupełnie błędne, czy też nawet szkodliwe na obszarze drugiej jurysdykcji. Natomiast studiowanie i analizowanie rozwiązań stosowanych przez innych jest jak najbardziej wskazane, bowiem może stanowić źródło inspiracji do doskonalenia własnych rozwiązań, niewykluczone, że także zastosowanie ich bez jakichkolwiek zmian.

Państwa Europy Środkowowschodniej, do których należą także Polska, Czechy i Słowacja, budowały swoją demokrację m. in. przez przebudowę dawnych systemów prawnych, gospodarczych, społecznych, administracyjnych, ale również wprowadzając nowe rozwiązania, oparte bądź na dawniejszych (historyczne), bądź implantowane z państw wyżej rozwiniętych, czy też „starych demokracji”. Można stwierdzić, że w obszarze samorządu terytorialnego, choć działa on w Polsce ponad 18 lat, można dokonać wielu zmian i poprawek, a zapewne podobnie jest w Czechach i Słowacji. Dlatego też, przedmiotem niniejszych rozważań są regulacje prawne samorządu terytorialnego w Hiszpanii, a celem zainteresowanie rozwiązaniami tam stosowanymi, z punktu widzenia możliwości aplikacyjnych.

Porządek prawny w Hiszpanii, tak jak w każdym państwie, wyznacza konstytucja, zwana często po łacinie Carta Magna. **Konstytucja** hiszpańska z 29 grudnia 1978 roku, choć została uchwalona w bardzo trudnym momencie tworzenia demokracji w Hiszpanii, przetrwała z jedną niewielką poprawką. Konstytucja ta zawiera bardzo istotne rozwiązania dla samorządu terytorialnego. Przede wszystkim pojawia się nowy szczebel samorządu terytorialnego, obok gminy i prowincji powołuje się wspólnoty autonomiczne (które już działały w Hiszpanii przed wojną domową w 1936r.), a którym to poświęcono 16 artykułów (1/10 Konstytucji). Gminom i prowincjom poświęcono tylko trzy, a wszystkim szczeblom samorządu łącznie, w Rozdziale pierwszym – Zasady ogólne – także trzy. W odniesieniu do gospodarki finansowej samorządu terytorialnego można wskazać artykuły i regulacje konstytucyjne, które bezpośrednio odnoszą się do tej kwestii i takie, które mają istotny wpływ na rozwiązania stosowane w praktyce.

W sposób zasadniczy na kształtowanie systemu finansowego i ekonomicznego samorządu terytorialnego w Hiszpanii rzutuje art. 2 Konstytucji, którego pełne brzmienie jest następujące: „Konstytucja opiera się na nierozzerwalnej jedności Narodu hiszpańskiego, wspólnej i niepodzielnej ojczyzny wszystkich Hiszpanów, i uznaje i gwarantuje prawa do autonomii narodowościom i regionom, które ją integrują i solidarności między nimi wszystkimi”. W literaturze przedmiotu ten artykuł jest jednym z najczęściej cytowanych, bowiem wypływa z niego jedna z najważniejszych zasad konstytucyjnych porządku prawnego w Hiszpanii: zasada solidarności oraz zasada jedności. Przesądza to zatem rozwiązania

dotyczące zadań i kompetencji samorządu terytorialnego i jego gospodarki finansowej, szczególnie zaś wspólnot autonomicznych.

Wpływ na kształtowanie się porządku prawnego samorządu terytorialnego posiada parlament hiszpański – Kortezy Generalne (*las Cortes Generales*), składające się z dwóch izb: Kongresu Deputowanych (*el Congreso Diputados*) oraz Senatu (*el Senado*). Art. 69 stanowi, że Senat jest izbą reprezentacji terytorialnej, w której wspólnoty autonomiczne i prowincje mają swoich przedstawicieli według określonego klucza. Inicjatywa ustawodawcza przysługuje m. in. Senatowi. W tym miejscu należy podkreślić, że Konstytucja hiszpańska daje możliwość przedstawiania własnych projektów ustaw przez zgromadzenia wspólnot autonomicznych (parlamenty regionalne) za pośrednictwem rządu lub prezydium Kongresu.

W ust. 1 art. 131 znajdującego się w Tytule VII Gospodarka i Finanse Publiczne (*Economía y Hacienda*) jest zapisane: „Państwo, za pomocą ustaw, będzie planować działalność ekonomiczną w sposób ogólny, aby uwzględnić potrzeby kolektywne, równowagę i harmonizację rozwoju regionalnego i branżowego i pobudzać wzrost dochodu i jego sprawiedliwy podział.” Natomiast w ust. 2 zapisano: „Rząd opracuje projekty planów, zgodnie z prognozami dostarczonymi przez Wspólnoty Autonomiczne i doradców oraz współpracy z centralami związkowymi i innymi organizacjami zawodowymi, przedsiębiorczymi i gospodarczymi. W tym celu powoła się Radę, której kształt i funkcje zostaną określone ustawą.”

Bardzo istotny jest zapis art. 133, w którym określa się wyłączone prawo do nakładania podatków państwu za pomocą ustawy, zaś w ust. 2 zapisano: „Wspólnoty Autonomiczne i Korporacje Lokalne mogą nakładać i pobierać podatki zgodnie z Konstytucją i ustawami”.

Samorządowi terytorialnemu poświęcone są artykuły zawarte w Tytule VII O Organizacji Terytorialnej Państwa. Składa się on z trzech rozdziałów: Zasady ogólne (trzy artykuły), O Administracji Lokalnej (trzy artykuły) i O Wspólnotach Autonomicznych (szesnaście artykułów). W Rozdziale Pierwszym uwagę zwraca art. 138, bowiem odnosi się on do pewnych ogólniejszych kwestii ekonomicznych. W ustępie 1 tego artykułu ustala się, że państwo gwarantuje zastosowanie zasady solidarności dbając o zaprowadzenie równowagi ekonomicznej, stosownie i sprawiedliwie między różnymi częściami terytorium hiszpańskiego, i biorąc pod uwagę w szczególności kwestie wyspiarskie. W ustępie 2 podkreśla się, że Statuty wspólnot autonomicznych nie mogą powodować przywilejów ekonomicznych lub socjalnych. Jest to potwierdzone w kolejnym artykule 139, że wszyscy Hiszpanie mają te same prawa i obowiązki w jakiegokolwiek części terytorium państwa.

W Rozdziale II O Administracji Lokalnej istotnym, z punktu widzenia regulacji finansowych, jest artykuł 142, w którym wyraźnie się stwierdza, że jednostki samorządu lokalnego powinny dysponować wystarczającymi środkami (*los medios suficientes*), aby wywiązywać się z nałożonych przez ustawy funkcji oraz, że będą one zasadniczo wzmocnione daninami własnymi i udziałami w daninach państwa i wspólnot autonomicznych.

Najwięcej miejsca poświęcono wspólnotom autonomicznym, jak już wspomniano aż 16 artykułów. Wynika to z ich szczególnego znaczenia w systemie politycznym Hiszpanii. Należy podkreślić, że w tym Rozdziale wyraźnie zostały rozdzielone zadania i kompetencje państwa i wspólnot autonomicznych. Kwestiom finansowym i ekonomicznym poświęcono trzy artykuły: 156, 157 i 158. W art. 156 podkreśla się, że wspólnoty autonomiczne posiadają autonomię finansową dla rozwijania i wypełniania swoich zadań i kompetencji zgodnie z zasadą koordynacji z gospodarką finansową państwa i solidarności między Hiszpanami.

W tymże samym artykule znajdują się zapisy o możliwości występowania wspólnot autonomicznych jako przedstawicieli lub współpracowników państwa w obszarze poboru, administrowania oraz rozliczania podatków państwowych zgodnie z ustawami i statutami. W artykule następnym, 157 wymienia się środki, które stanowią źródła dochodów wspólnot autonomicznych. Są nimi: podatki całkowicie lub częściowo scedowane przez państwo, dodatki (nierzuty) do podatków państwowych oraz inne udziały w dochodach państwa; własne podatki, opłaty i świadczenia specjalne; transfery z Funduszu Wyrównywania Międzyterytorialnego (*el Fondo de Compensación Interterritorial - FCI*) i inne przydziały (*los asignaciones*) obciążające budżet państwa; wpływy pochodzące z majątku i prywatnoprawne; zyski z operacji kredytowych. Dalej podkreśla się, że wspólnoty autonomiczne nie mogą czynić przeszkód dla swobodnego przepływu towarów i usług. W tymże artykule znajduje się zapowiedź regulacji na podstawie specjalnej ustawy organicznej regulującej wypełnianie kompetencji i zadań w zakresie gospodarki finansowej wymienionych wyżej, zasad rozstrzygania konfliktów, które mogą się pojawić i możliwe formy współpracy finansowej między wspólnotami autonomicznymi i państwem. W artykule 158 znajdują się rozwiązania dotyczące środków wyasygnowanych z budżetu państwa gwarantujących minimalny poziom świadczenia podstawowych usług publicznych na całym terytorium Hiszpanii. Ponadto znajduje się w tym artykule zapowiedź powołania Funduszu Wyrównania Międzyterytorialnego jako wyraz realizacji zasady solidarności wyrażonej w art. 2.

Jako uzupełnienie należy wskazać pewne rozstrzygnięcia znajdujące się w art. 153, który poświęcono kontroli i nadzorowi nad działalnością organów wspólnot autonomicznych. Pod literą a) wskazuje się nadzór Trybunału Konstytucyjnego nad prawem stanowionym przez wspólnoty autonomiczne, ale wyłącznie w odniesieniu do konstytucyjności rozporządzeń normatywnych z mocą ustawy (*las disposiciones normativas con fuerza de ley*), jakie mogą uchylać zgromadzenia (parlamenty) wspólnot autonomicznych (co także oznacza, że mogą one nakładać podatki ale z ograniczeniami, o których już było wcześniej). Z kolei pod literą d) wymienia się Trybunał Obrachunkowy z kompetencjami kontrolnymi i nadzorczymi w obszarze ekonomicznym i budżetowym.

W hiszpańskim modelu gospodarki finansowej samorządu regionalnego istnieją obecnie dwa systemy finansowe: powszechny (*común*) oraz uprzywilejowany (*foral*). Temu rozwiązaniu poświęcono Pierwsze Postanowienie dodatkowe, którego treść brzmi następująco: „Konstytucja chroni i przestrzega praw historycznych na terenach uprzywilejowanych. Ogólną aktualizację wspomnianej zasady *foral* przeprowadzi się w ramach Konstytucji i Statutów Autonomii.” Należy w tym miejscu wspomnieć, że ten system obejmuje dwie wspólnoty autonomiczne: Kraj Basków oraz Nawarrę i znacząco odbiega od systemu obowiązującego pozostałych 15 wspólnot autonomicznych. Z kolei Trzecie Postanowienie dodatkowe poświęcone jest specjalnym uregulowaniom gospodarki finansowej dotyczącym Wysp Kanaryjskich, co wiąże się ze znaczną odległością od metropolii i wyższymi z tego tytułu kosztami funkcjonowania tej wspólnoty.

Istotne znaczenie mają także Postanowienia końcowe, które nawiązują do rozstrzygnięć zawartych w art. 143 i 151, które nadawały odmienne uprawnienia wspólnotom autonomicznym. Związane to było z zasadami powoływania wspólnoty autonomicznej. Te wspólnoty, które zdołały w pierwszym terminie spełnić przewidziane Konstytucją (art. 143) warunki do ich powstania uzyskały szerszy zakres zadań i kompetencji (były to Katalonia, Galicja, Andaluzja, Walencja oraz Wyspy Kanaryjskie), a pozostałych dziesięć miało zakres tych kompetencji węższy, co wynikało z postanowień art. 151. Wyrównanie kompetencji i zadań nastąpiło od 2002 roku. Do tego czasu istniały trzy generalne typy wspólnot

autonomicznych pod względem gospodarki finansowej – *común* wg art. 143 i *común* wg art. 151 i *foral*.

Należy zwrócić uwagę, że Konstytucja hiszpańska zawiera regulacje, które, choć zawierane w bardzo trudnym okresie dla państwa, przetrwały trzydzieści lat. Jeżeli pojawiają się żądania zmian, to można je w większości przypadków przeprowadzić za pomocą ustaw organicznych, a nawet i zwykłych. Część żądań ma charakter czysto polityczny i dotyczy rozwiązań ustrojowych, jak choćby przekształcenia Hiszpanii w państwo federacyjne. Z punktu widzenia gospodarki finansowej bardzo silnie lansowane są rozwiązania poświęcone federalizmowi fiskalnemu, zatem niekoniecznie związane z przekształceniami ustrojowymi.

Pozostałe akty prawne regulujące gospodarkę finansową samorządu terytorialnego są pochodną wskazanych wcześniej rozwiązań, uszczegółowień i zapowiedzi znajdujących się w Konstytucji. Wymieniając je, przede wszystkim należy rozdzielić je na akty prawne dotyczące korporacji lokalnych, zwłaszcza gmin i prowincji oraz wspólnot autonomicznych.

1. AKTY PRAWNE POŚWIĘCONE KORPORACJOM LOKALNYM

W przypadku należy wskazać dwie najważniejsze ustawy wywołujące pośrednio i bezpośrednio skutki o charakterze finansowym. Pierwsza ustawa poświęcona jest regulacjom podstaw ustroju lokalnego (*Ley 7/1985, de 2 de abril, Reguladora de las Bases del Régimen Local – LRBRL*). W akcie tym znalazły się regulacje odnoszące się zarówno bezpośrednio, jak i pośrednio do gospodarki finansowej korporacji lokalnych, podobnie jak to było w przypadku Konstytucji. W Tytule I Dyspozycje ogólne znajdują się dwa artykuły (1 i 4), z których pierwszy podkreśla samodzielność gmin i prowincji w zakresie własnych spraw, natomiast w art. 4 ust. 1 enumeruje się kompetencje władz gmin, prowincji oraz wysp (niektóre wyspy w archipelagu Wysp Kanaryjskich i Balearów posiadają własne zarządy, w celu sprawniejszej administracji), w których znajdują się m. in. władztwo podatkowe i finansowe, a inne mają istotny wpływ na gospodarkę finansową. W Tytule II Gmina na podkreślenie zasługują dwa artykuły 21 i 22, w których zostały wymienione kompetencje burmistrza (*el Alcalde*) – art. 21 oraz rady (*el Pleno*), której przewodniczący burmistrz. Wśród tych kompetencji znajdują się takie które odnoszą się bezpośrednio do spraw finansowych i ekonomicznych np. dotyczące budżetu, zarządzania majątkiem gminnym, zaciągania pożyczek, jak i pośrednio wpływające na tę gospodarkę. Podobnie jest w przypadku kompetencji Rady. W Tytule III omawianej ustawy poświęconym Prowincji, także znajdują się dwa artykuły określające i rozwijające kompetencje władz prowincji. Art. 33, poświęcono Radzie prowincji, a art.34 Prezydentowi prowincji a ich kompetencje są podobne jak w przypadku gmin. W Tytule V Dyspozycje wspólne dla Jednostek Lokalnych w Rozdziale I Zasady funkcjonowania znajdują się trzy artykuły ważne dla gospodarki finansowej korporacji lokalnych (47, 49 i 52), na szczególną uwagę zasługuje art. 47. W artykule tym znajdują się m. in. regulacje dotyczące transferowania uprawnień dotyczących dóbr publicznych, a także procedury zatwierdzania niektórych operacji finansowych, podatków i zasad zarządzania nimi. Ponadto należy wymienić art. 63 z Rozdziału III, poświęconemu kwestionowaniu aktów prawnych lokalnych przez odpowiednie organy państwowe lub wspólnoty autonomicznej, oraz art. 70 z Rozdziału IV dotyczący informowania mieszkańców i ich udziałowi w życiu publicznemu danej jednostki samorządowej. Najbardziej związanym z gospodarką finansową hiszpańskiego samorządu lokalnego jest Rozdział VIII zatytułowany Gospodarka finansowa lokalna (*Haciendas locales*), w którym znajduje się 12 artykułów (105-116). Zawierają one przede wszystkim regulacje proceduralne porządku finansowego gminy lub prowincji.

Wymieniona wyżej ustawa jest bardzo ważna dla korporacji lokalnych, ale zawiera tylko niewiele aspektów finansowych, dlatego najważniejsza jest ustawa regulująca lokalną gospodarkę finansową (*Ley 39/1988, de 28 de diciembre, Reguladora de las Haciendas Locales – LRHL*). Składa się ona z sześciu Tytułów zasadniczych i jednego wstępnego oraz Dyspozycji dodatkowych, Dyspozycji przejściowych, Dyspozycji znoszących oraz Dyspozycji końcowych. Tytuł I poświęcono środkom finansowym lokalnej gospodarki finansowej zarówno gmin, jak i prowincji. Składa się on z siedmiu rozdziałów. W Rozdziale I wymieniono środki finansowe, a następnym rozdziałach zostały one szczegółowo omówione. W Rozdziale II znajdują się Dochody prywatnoprawne, w Rozdziale III Daniny, w Rozdziale IV Udziały w podatkach państwa i wspólnot autonomicznych, w Rozdziale V Subwencje, w rozdziale VI Ceny publiczne a w Rozdziale VII Operacje kredytowe. Tytuł II dotyczy Środków finansowych gmin. W Rozdziale I są one wymienione, w Rozdziale II omawia się Daniny własne, na które składają się podatki (od nieruchomości, od działalności gospodarczej, od środków transportowych, od budów, instalacji i prac, od wzrostu wartości terenów o charakterze miejskim), Rozdział III poświęcono Udziałom w podatkach państwowych, Rozdział IV Cenom publicznym a rozdział V Świadczeniom osobowym i transportowym (*la Prestación personal y transporte*). Tytuł III przeznaczony został środkom finansowym prowincji. Składa się nań sześć rozdziałów, Rozdział I tradycyjnie wymienia te środki. W Rozdziale II reguluje się Środki daninowe (*los Recursos tributarios*), do których, w przypadku prowincji, zalicza się: opłaty, świadczenia specjalne (*las Contribuciones especiales*) i narzuty do podatków. W Rozdziale III mieszczą się Udziały w podatkach państwowych, w Rozdziale IV Subwencje, Rozdziale V Ceny publiczne, a w Rozdziale VI Inne środki. Tytuł IV poświęcony jest Środkom finansowym Innych Jednostek Lokalnych, np. obszarom metropolitalnym, Komarkom (*las comarcas*), jednostkom stowarzyszonym. W Tytule V przedstawiono Uregulowania specjalne, które obejmują następujące obszary terytorialne: Wyspy Kanaryjskie, Baleary, Ceutę i Melillę, Madryt i Barcelonę. Tytuł VI Budżet i wydatki publiczne. Składa się on z czterech rozdziałów. Pierwszy Rozdział poświęcony został Budżetowi, Rozdział II Płynności finansowej jednostek lokalnych, Rozdział III rachunkowości a rozdział IV Kontroli finansowej i podatkowej. Pozostałe akty prawne nie mają tak doniosłego znaczenia dla funkcjonowania jednostek samorządu lokalnego w Hiszpanii.

2. AKTY PRAWNE POŚWIĘCONE WSPÓLNOTOM AUTONOMICZNYM

Kwestie dotyczące zagadnień ustrojowych wspólnot autonomicznych znalazły się w Konstytucji, co zostało już przedstawione, i rozwinięte w Statutach wspólnot autonomicznych. Najważniejszym zaś aktem prawnym regulującym gospodarkę finansową wspólnot autonomicznych jest Ustawa organiczna o finansowaniu wspólnot autonomicznych (*Ley Orgánica 8/1980, de 22 de diciembre, de Financiación de las Comunidades*

Autónomas – LOFCA). Można ją określić jako konstytucję finansową wspólnot autonomicznych. Jest ona rozwinięciem, a raczej realizacją zapowiedzi z art. 157 ust. 1 Konstytucji hiszpańskiej. Ustawa ta była wielokrotnie modyfikowana (w 1989, 1996, 1998 i w 2001). Modyfikacje w 2001 roku miały bardzo szeroki zasięg, co wynikało z zasadniczych zmian w gospodarce finansowej wspólnot autonomicznych wprowadzonych od 2002 roku. Najogólniejsza charakterystyka tej ustawy sprowadza się do stwierdzenia, że znajdują się w niej delegacje, uprawnienia, czy też upoważnienia w zakresie podatków i innych danin, gospodarki budżetowej, które następnie będą mogły być rozwijane przez własne zgromadzenia wspólnot autonomicznych, określenia reguł cedowania podatków państwowych na rzecz wspólnot autonomicznych, stosowania zasady solidarności międzyterytorialnej i międzyludzkiej oraz rozstrzygania konfliktów między wspólnotami a państwem.

Bardzo istotnym jest stwierdzenie, że gospodarka finansowa jest regulowana przepisami wymienionej ustawy, która ulega korektom lub modyfikacjom na podstawie działań ciała ukonstytuowanego przez przedstawicieli rządu i wszystkich wspólnot autonomicznych. Ustawa o finansowaniu wspólnot autonomicznych jest bardzo „oszczędna” w konstrukcji, a także i treści i składa się z czterech rozdziałów, z czego pierwszy rozdział zawiera ogólne rozwiązania. W Rozdziale II wymienione są środki finansowe wspólnot autonomicznych, w Rozdziale III ich kompetencje w zakresie kwestii finansowych, zaś w Rozdziale IV rozstrzygane są kwestie konfliktów.

Byłoby dużym uproszczeniem stwierdzenie, że wymienione akty prawne obejmują cały obszar gospodarki finansowej, istnieje bowiem, chociażby niemały dorobek orzecznictwa, zwłaszcza w odniesieniu do wspólnot autonomicznych. Jednakże, co należy podkreślić, zasadnicza część regulacji gospodarki finansowej samorządu terytorialnego w Hiszpanii jest skoncentrowana w tych kilku wymienionych. Dzięki temu łatwiej jest te akty opanować i trudniej nimi manipulować, są one bardziej spójne. Niestety, ale nie można tego powiedzieć o polskich rozwiązaniach. Istnieje bowiem znacznie więcej aktów prawnych regulujących gospodarkę finansową samorządu terytorialnego, co utrudnia utrzymanie spójności rozwiązań tej gospodarki i umożliwia łatwiejsze manipulowanie zmianami, niekoniecznie korzystnymi. Wydaje się zatem słusznym postulowanie, aby nie tylko uprościć system prawny, ale także zebrać przepisy w jednym akcie.

Literatura:

- Constitución Española de 1978, BOE de 20 de diciembre 1978.
- Ley 7/1985, de 2 de abril, Reguladora de las Bases del Régimen Local – LRBRL, BOE del 3; Corrección de errores BOE del día 11 de junio.
- Ley 39/1988, de 28 de diciembre, Reguladora de las Haciendas Locales- LRHL, BOE del 30. Corrección de errores BOE, del 14 de agosto de 1989.
- Real Decreto Legislativo 2/2004, de 5 de marzo, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley Reguladora de las Haciendas Locales, BOE n.^{os} 59 y 63 de 9 y 13 de marzo de 2004.
- Ley Orgánica 8/1980, de 22 de diciembre, de Financiación de las Comunidades.
- Autónomas – LOFCA, B.O.E. n° 236, de 1 de octubre.

Kontaktні údaje na autora – email:

jjm@uni.lodz.pl; marczak.jaroslaw@gmail.com

ZÁSADY NEJEN ROZPOČTOVÉ

HANA MARKOVÁ

Právnická fakulta Univerzita Karlova Praha, Česká republika

Abstrakt v rodném jazyce

Rozpočtové zásady mají teoreticky představovat systém poznatků, zevšeobecněných zkušeností, které se nahromadily v průběhu historického vývoje státního rozpočtu a rozpočtového procesu. Jde o aplikační pravidla, která se neuplatňují jen na nějaký typ řízení či v jeho rámci, ale na jeden subsystém finančního práva. Při zabezpečení ekonomické role státu se dají zásady sledovat z různých pohledů např. z hlediska času a reálnosti.

Klíčová slova v rodném jazyce

Rozpočet, rozpočtové zásady, čas, reálnost.

Abstract

Budgetary principles represent the system of requirements and experiences, which were collected during the historical evolution of the state budget and budgetary process. Budgetary principles are not exercised only within the budgetary process, but within the whole subsystem of financial law. These principles can be regarded from many different views (eg. time or reality) by ensuring the economic role of the state.

Key words

Budget, budgetary principles, time, reality.

1. STÁT A VEŘEJNÝ ROZPOČET

Úloha státu na úseku státních financí byla původně chápána jako nezbytnost, a to pouze z důvodů zabezpečení jeho základních funkcí, teprve později došlo k rozšíření úlohy státu o ekonomickou funkci a tím i k rozšíření jeho fiskálně zaměřených funkcí.

Základním pravidlem řádného hospodaření by mělo vždy být to, že největší část státních výdajů má být kryta řádnými příjmy, za druhé to, že řádné příjmy musí být minimálně tak vysoké, aby jimi bylo možno krýt řádné výdaje, neboli na řádné výdaje si nemá stát půjčovat. Růst řádných státních příjmů - hlavně růst daní, dávek a poplatků - má svou hranici politické a ekonomické únosnosti. Jestliže je s řešením otázky rozvrhu daňového břemene ze strany státu spojeno zvětšení centralizovaně přerozdělované části národního důchodu, vyvolává to buď zvýšení politického napětí nebo útlum podnikatelské aktivity. V historickém trendu stále rostou výdaje státu, které jsou hlavním způsobem financování převážné části státních zásahů do ekonomiky.

Zásady, které ovládají či mají ovládat rozpočtovou politiku jsou nejčastěji vyjadřovány jako reálnost, úplnost, dlouhodobá vyrovnanost a publicita.¹

Zároveň s obecnými zásadami ovládajícími rozpočtové hospodaření jako celek, existují zásady, které se objevují v právní úpravě procesu získávání či hospodaření s finančními prostředky. Obdobně zásady uplatňované v jednotlivých oblastech finančního práva jsou také

¹ Blíže viz Hamerníková B., Kubátová K.: Veřejné finance, Eurolex Praha 2004, str. 251 an.

tyto zásady chápány jednak jako obecné principy tvorby práva a jednak principy nutné pro jeho interpretaci a aplikaci. Jedno pojetí nevylučuje druhé, navzájem se ovlivňují. Lze nalézat jak principy platné pro celý právní řád tak takové, které jsou typické pro jeho jeden úsek (např. veřejné právo), pro určité odvětví (finanční právo) či pododvětví (rozpočtové právo). Rozlišit je také třeba principy uplatňované v oblasti práva hmotného či práva procesního.²

Mezi všeobecné právní zásady lze řadit např. zásady demokraticismu, legality, legitimacy, mezi principy, které jsou významné pro regulaci fiskální oblasti lze dále zařadit takové principy jako je zásada účelovosti, efektivnosti a hospodárnosti, zásada veřejnosti, kontroly a finanční disciplíny či zásada nadřazenosti finančních zájmů státu nad individuálními zájmy.³

Na příkladu některých z nich, zejména principů uplatňovaných v oblasti veřejných rozpočtů se pokusím porovnat jejich význam pro naplnění rozpočtové politiky, na uplatnění právních principů ve vztahu k ekonomice.

2. ROZPOČTOVÉ ZÁSADY

Rozpočtové zásady představují určitý systém poznatků, zkušeností, které se nahromadily v průběhu historického vývoje státního rozpočtu a rozpočtového procesu, kterými se vyjadřují a odrážejí určité zákonitosti. Mají teoreticky představovat systém poznatků, zevšeobecněných zkušeností, které se nahromadily v průběhu historického vývoje státního rozpočtu a rozpočtového procesu. Jde o aplikační pravidla, která se neuplatňují jen na nějaký typ řízení či v jeho rámci, ale na jeden subsystém finančního práva.

Jednou z rozpočtových zásad je např. zásada přednosti výdajů před příjmy, která vyjadřuje skutečnost, že výdaje by se měly využívat k ekonomickému růstu, pro který je třeba zajistit příslušné prostředky. Primárně by tudíž veřejné rozpočty měly mít stanoveny cíle a účely, na které je potřeba výdaje a k těmto výdajům zajistit odpovídající příjmy. Důležitá v tomto směru je také stabilizační funkce veřejných rozpočtů vůči ekonomice státu. Účelným vynakládáním výdajů je nutné umožnit ekonomický růst a trvale udržitelný rozvoj společnosti.

Československá finanční věda se na počátku minulého století pokusila rozlišit rozpočtové zásady podle určitých společných rysů a seskupila je do dvou základních skupin, které označila jako zásady všeobecné a zásady speciální.⁴ Mezi všeobecné rozpočtové zásady byly zařazeny např. jasnost, pravdivost, úspornost státního rozpočtu, mezi zásady speciální potom - časová omezenost rozpočtu, jednotnost a úplnost, specializace a vázanost i zákaz virementu, zásada brutto rozpočtu, zásada zákonnosti a publicity.

Teoretické práce a zejména učebnice z doby více či méně vzdálené, ať už zabývající se financemi z ekonomického pohledu či z pohledu finančního práva, se sice otázkám zásad

2 Mrkývka P.: Finanční právo a finanční správa, 1.díl MU Brno 2004

3 Podrobněji viz např. Pařízková I.: Finance územních samosprávných celků, AUBI Brno 1998 či Marková H., Boháč R.: Rozpočtové právo, C.H.Beck Praha 2007

4 Macek J. v úvodu ke knize H. Dalton : Základy veřejných financí Praha 1930; Kalfus J.: Slovník národohospodářský, sociální a politický, III.díl, Praha 1933 str.357-64

nevyhýbaly, autoři se snažili zásady sestavení rozpočtu a hospodaření podle něj přibližovat, avšak aplikační praxe neměla potřebu se těmito otázkám příliš nevěnovat.⁵

Jak posoudit situaci dnes, má ještě význam věnovat pozornost teoretickým otázkám v oblasti rozpočtového hospodaření, existují stále stejné rozpočtové zásady nebo jsou již jiné a které z nich se dají označit mezi takové principy, které by se měly prosadit při tvorbě právních norem a které při aplikaci na existující právní vztahy? Odpověď na tyto otázky by si vyžádala mnohem podrobnější rozbor, na tomto místě se pokusím nalézt alespoň některé sjednocující prvky a skutečnosti, které by měly rozpočtové vztahy mít a které se v nich projevují. Klasické rozpočtové zásady se pokusím rozdělit ze dvou pohledů - z pohledu času a prvku reálnosti zmíněných zásad.

2.1 ČAS

Pro oblast rozpočtového hospodaření je třeba věnovat pozornost prvku času, který považuji za jeden z nejcharakterističtějších jevů v rozpočtových vztazích. První věcí, kterou je třeba brát v úvahu, pokud se mluví o rozpočtových vztazích je to, že rozpočet se sestavuje na omezenou dobu – zpravidla na jeden rok.

S tímto časovým vymezením úzce souvisí to, že za jednu ze zásad rozpočtového práva je považována včasnost sestavení a přijetí rozpočtu. Pro řádné fungování státu je nutné, aby veřejný rozpočet byl projednán, schválen a stanoveným způsobem publikován před začátkem příslušného rozpočtového roku. Jak ukázala zkušenost z projednávání státního rozpočtu na rok 2009, na všechna pravidla zákony upravující postup projednávání návrhu jsou obsažena v příslušné právní normě a to znamená hledat způsoby řešení vzniklé situace i pomocí výkladu určitých ustanovení.

Se zásadou včasnosti souvisí i nezbytnost stanovení pravidel pro případ, že na začátku rozpočtového roku není k dispozici schválený řádný rozpočet, podle kterého by se mělo postupovat v příslušném rozpočtovém roce. Při neschválení rozpočtu ve stanoveném časovém úseku, nastává od počátku nového rozpočtového roku období, které se označuje jako období rozpočtového provizoria, což je důsledek toho, že není dodržena zásada včasnosti veřejných rozpočtů. Rozpočtové hospodaření se po dobu rozpočtového provizoria řídí objemem příjmů a výdajů státního rozpočtu, který byl schválen pro předchozí rozpočtový rok. Výdaje státního rozpočtu se uvolňují jednotlivým kapitolám státního rozpočtu do výše jedné dvanáctiny celkové roční částky v každém měsíci období rozpočtového provizoria rozhodnutím ministerstva financí. Překročení rozpočtu výdajů je v současné době možné ve dvou případech. Za prvé se jedná o tzv. mandatorní výdaje, pokud k překročení dochází v přímé souvislosti s financováním uloženým jiným zákonem. Za druhé jde o peněžní prostředky, které jsou v rozpočtu Evropské unie na příslušný rozpočtový rok určeny jako vlastní zdroje Evropských společenství, vycházející z daně z přidané hodnoty nebo založené na hrubém národním produktu⁶ a které je Česká republika povinna odvést do rozpočtu Evropské unie.

⁵ Zásady formulované v celostátních učebnicích (jako např. v učebnici z roku 1979), odvozovali autoři z textů ústavních zákonů, zákonů o rozpočtových pravidlech, ale i z metodických pokynů na sestavování státních rozpočtů a či z praxe. Zásady označovali za zásadní a podrobnější dělení zásad neprováděli.

⁶ Viz čl. 2 odst. 1 písm. c) a d) rozhodnutí Rady č. 597/2000 (ES, Euratom), o systému vlastních zdrojů Evropských společenství.

S časem souvisí také další zásada, která je některými autory nazývána jako zásada omezeného časového použití finančních prostředků a která úzce souvisí se zásadou každoročního sestavování a schvalování veřejných rozpočtů. Její podstatou je povinnost přijmout a vynaložit vymezené rozpočtové prostředky v daném rozpočtovém roce. Důsledkem striktního dodržení této zásady při hospodaření podle veřejných rozpočtů může být nehospodárnost vynakládání veřejných prostředků. V určitých případech je zásada časového ohraničení veřejných rozpočtů prolomena možností převodu rozpočtových prostředků do dalšího rozpočtového roku. V současné době je u nás možné do následujících rozpočtových let převést zejména prostředky státních fondů.

S prvkem času do určité míry také souvisí také zásada omezení přesunů ve veřejných rozpočtech na úhrady potřeb v těchto rozpočtech nezajištěných, která se projevuje možností provádět ve veřejných rozpočtech přesuny prostředků (tzv. rozpočtová opatření) pouze za zákonem daných podmínek, neboť rozpočtové prostředky jsou určeny k použití v příslušném rozpočtovém roce na předem stanovené cíle a účely.

2.2 REÁLNOST

Veřejné rozpočty by měly vycházet ze zhodnocení ekonomických procesů a obsahovat reálně předpokládané příjmy a výdaje. Považuje se za vhodné stanovit minimální výši nutných příjmů a maximální výši výdajů tak, aby výdaje, které je nutné vynaložit v daném rozpočtovém roce, mohly být skutečně vynaloženy. Výdaje by se měly využívat k ekonomickému růstu, pro který je třeba zajistit příslušné prostředky, rozpočtové příjmy by proto měly stabilizovat ekonomiku a umožnit její růst. Reálnost a pravidovost má znamenat sestavení takového rozpočtu, který vychází z analýzy hospodářských procesů, schopností odhadu budoucího vývoje apod. Sestavení reálného rozpočtu má zabránit nutnosti různých rozpočtových přesunů.

S reálností souvisí zásada jednotnosti veřejných rozpočtů, ve které se projevuje shodná klasifikaci a třídění příjmů a výdajů všech článků soustavy veřejných rozpočtů. Toto jednotné třídění příjmů a výdajů je obsaženo v rozpočtové skladbě, která platí také pro všechny subjekty napojené na veřejné rozpočty. Veřejné rozpočty by měly být přehledné, což také zajišťuje zmíněná rozpočtová skladba. Z uvedeného důvodu by měla být rozpočtová skladba jasná, jednoduchá a srozumitelná.

Někdy se jednotnost ztotožňuje se zásadou úplnosti. Podstatu zásady úplnosti veřejných rozpočtů je možné vyjádřit jako zahrnutí všech příjmů a výdajů do jednoho rozpočtu. Takto chápané uplatnění zásady úplnosti rozpočtu by ve svém důsledku vyloučilo existenci místních rozpočtů a rovněž fondovního hospodaření a proto se v současné době tato zásada spíše vztahuje na veřejné rozpočty jako celek.

Prvek reálnosti souvisí i s další rozpočtovou zásadou a tou je vyrovnanost. Jde o vyjádření tradičního požadavku na rovnost příjmové a výdajové stránky veřejných rozpočtů. Dnes je tato zásada modifikována a chápána tak, že rozpočty by měly být vyrovnané z dlouhodobého hlediska, což znamená, že se připouští krátkodobá nevyrovnanost, které je, v určitých případech, z hlediska rozpočtového hospodaření chápána jako nutnost. Dlouhodobá nevyrovnanost veřejných rozpočtů není žádoucí a může vést až k destabilizaci ekonomického prostředí a rozpočtového hospodaření. V případě, že příslušný veřejný rozpočet není sestaven jako vyrovnaný, může se jednat buď o rozpočet schodkový (deficitní) či o rozpočet přebytkový (suficitní). V reálném hospodaření státu je možné krátkodobě uplatnit deficitní

financování podle záměrů finanční politiky daného státu, ale s ohledem na rozvoj ekonomiky by se nemělo stát deficitní financování trvalým jevem.

S prvkem reálnosti se také někdy spojuje vyjádření zásady sestavování veřejných rozpočtů jako brutto (hrubých) rozpočtů. Jde o princip sestavování veřejných rozpočtů obsahujících celkové příjmy a celkové výdaje. Takovým způsobem jsou v České republice sestavovány všechny veřejné rozpočty, neboť na příslušný rozpočtový rok je vždy stanoven celkový objem předpokládaných příjmů a celkový objem předpokládaných výdajů. Hrubý rozpočet vykazuje nezkráceně všechny příjmy a výdaje, umožňuje tak lepší zhodnocení celkového ekonomického dopadu předkládaného rozpočtu. Opakem této zásady je zásada sestavování veřejných rozpočtů jako netto (čistých) rozpočtů, jenž vykazují na jedné straně pouze čisté výnosy v jednotlivých oblastech po srážce výdajů a na druhé straně jen potřeby oblastí po srážce příjmů, které tyto oblasti nabývají. Čistě sestavený rozpočet nemá takové vypovídací schopnosti jako hrubě sestavený rozpočet, i když se na první pohled se může jevit jako přehlednější.⁷

Z dalších zásad stojí za to připomenout zásadu neúčelovosti příjmů a účelovosti výdajů veřejných rozpočtů. Opět jde o uplatnění reálnosti v rozpočtových vztazích, což je vyjádřením skutečnosti, že rozpočtové příjmy nemají přímé určení na předem stanovené účely a naopak, že rozpočtové výdaje by měly být použity pouze na předem stanovený účel. Neúčelovost příjmů veřejných rozpočtů se projevuje zejména u daní, neboť výnos jednotlivých daní je možné použít na jakýkoli účel. Účelovost výdajů, vyjadřuje skutečnost, že rozpočtové prostředky mohou být používány jen k účelům, pro které byly určeny, a to na krytí nezbytných potřeb, na opatření zakládající se na právních předpisech a k zajištění nerušeného chodu orgánu či organizace. Finanční prostředky je možné čerpat jen do výše stanovené v příslušném rozpočtu (nebo rozpočtu zřizovatele), a to v mezích závazných ukazatelů a v souladu s věcným plněním. Účelovost rozpočtových prostředků se určuje individuálně (ve vztahu ke konkrétnímu úkolu), odvětvově (ve vztahu k potřebám daného odvětví), nebo územně ve vztahu k potřebám vymezeného území nebo jeho části anebo místa).

Reálnost nelze oddělit ani od zásady efektivnosti a hospodárnosti veřejných rozpočtů. Ta je vyjádřením toho, že by prostředky veřejných rozpočtů měly být používány co nejefektivněji, aby nedocházelo k jejich nehospodárnému používání. Důležité je v tomto ohledu nejen hledisko věcné (použití prostředků na stanovený účel), ale i hledisko časové (použití prostředků ve správnou dobu).

Hospodárnost veřejných rozpočtů znamená zabezpečení funkcí veřejných rozpočtů pomocí co nejmenších příjmů potřebných na uskutečnění určitých cílů a efektivnost veřejných rozpočtů pak účelné vynakládání příjmů na stanovené cíle. S finančními prostředky veřejných rozpočtů by nemělo být plýtváno, přičemž vynakládání těchto prostředků na stanovené cíle by mělo být vždy transparentní, jasné a snadno kontrolovatelné. Z těchto důvodů právní předpisy stanoví např. pravidla pro poskytování dotací, zadávání veřejných zakázek, financování programů pořízování majetku apod.

V určitých případech se může stát, že postup vynakládání veřejných prostředků stanovený právním předpisem se jeví jako neúčelný a nehospodárný. V takovém případě je nutné učinit veškerá možná rozpočtová opatření, která by tento negativní stav eliminovala – není-li to

⁷ Názory na to, zda má být rozpočet sestaven jako hrubý (brutto) či čistý (netto) se v diskutovaly zejména v minulosti, kdy převahu získaly názory na nutnost sestavování hrubého rozpočtu.

zajištěno, dochází k vynakládání veřejných prostředků nehospodárným a neúčelným způsobem. Těmto situacím by se mělo při nakládání s veřejnými prostředky předcházet, např. už důsledným dodržováním zásady zjišťování rozpočtových důsledků připravovaných nových právních předpisů či jejich změn. Jde zejména o povinnost předkladatelů nových právních předpisů či změn dosavadních platných předpisů, vyčíslit předpokládaný dopad těchto změn na veřejné rozpočty.

K nehospodárnosti někdy přispívá i princip časového ohraničení veřejných rozpočtů (viz výše), kdy na konci rozpočtového roku může docházet k nehospodárnému vynakládání peněžních prostředků.

Účelnost a hospodárnost musí být vždy spjité nádoby. Zjednodušeně se dá říci, že má-li být účel hospodářství státu shodný s účelem existence státu, hospodaření by pak mělo být aplikací zásady hospodárnosti na určitý účelový obsah.⁸

Kontrolu hospodaření s veřejnými prostředky má zajistit, mimo jiných nástrojů, také zásada veřejnosti (publicity) veřejných rozpočtů, která vyjadřuje jednak skutečnost, že veřejné rozpočty jsou projednávány veřejně, a jednak skutečnost, že samotné veřejné rozpočty jsou zveřejněny. Cestou kontroly ze strany veřejnosti se má zajistit transparentnost hospodaření s rozpočtovými prostředky.

3. ZÁVĚR

Co uvést závěrem. Obecné právní zásady mají různý význam, jsou různě chápány – jako zásady normativní či nenormativní, kdy nenormativní význam přibližuje tyto zásady k pravidlům interpretace textu právní normy. Pokud se v zákonech objevují základní zásady, jde o pravidla, která mají mimo jiné napomoci výkladu práva tam, kde o objevuje legislativní mezera. I když tento přístup platí více pro oblast soukromého práva než práva veřejného, rozlišení norem soukromoprávního a veřejnoprávního typu je v některých případech již dosti obtížné.⁹

Rozpočtové zásady je možné chápat jako pravidla, které by měla přispět k plnění ekonomické funkce státu na úseku jak tvorby právních norem, které regulují oblast nakládání s veřejnými prostředky, tak při jejich naplňování.

Literatura:

- Marková H., Boháč R.: Rozpočtové právo Praha, C.H.Beck 2007, počet stran 248, ISBN 978-80-7179-598-8.
- Mrkývka P. a kol.: Finanční právo a finanční správa, 1.díl MU Brno 2004, počet stran 404, ISBN 80-210-3578-1.
- Gerloch A. a kol.: Teorie a praxe tvorby práva, Praha ASPI 2008, počet stran 424, ISBN 978-80-7357-362-1.

⁸ Již v roce 1924 byl vydán zákon č. 286/1924 Sb.z.n. o úsporných opatřeních ve veřejné správě. Stěžejní zásadou tohoto zákona bylo, že úkoly veřejné správy musí být obstarávány co nejjednodušeji a nejjúsporněji.

⁹ Gerloch A. a kol.: Teorie a praxe tvorby práva, Praha ASPI 2008.

Kontaktní údaje na autora – email:
markova@prf.cuni.cz

SOCIAL AND ECONOMIC COSTS OF ROAD ACCIDENTS IN EUROPE

DOROTA MAŚNIAK

The Faculty of Administration, Gdańska Wyższa Szkoła Administracji, Poland

Abstract in original language

Ogromne korzyści wynikające z rozwoju motoryzacji są osiągnięte ogromnym kosztem – ludzkim i ekonomicznym, stanowiącym skutek wypadków drogowych. Bezpieczeństwo drogowe jest traktowane jako zadanie priorytetowe we wszystkich krajach europejskich, ale jego poziom nie jest równomierny. Na mapie Europy wyróżnić można Pas SEC – państw charakteryzujących się wysokim poziomem ryzyka groźnych w skutkach wypadków drogowych. Rzeczywiste koszty wypadków drogowych daleko przewyższają szacunki poszczególnych państw. Przyczynę takiego stanu stanowią niekompletne i niewiarygodne statystyki, trudne do wyceny długotrwałe skutki wypadków oraz wpływ różnic społecznych.

Key words in original language

Wypadek drogowy, bezpieczeństwo drogowe, metody wyceny kosztów, długotrwałe skutki szkód.

Abstract

The current generation has far greater opportunities for motorised travel than their forefathers. But their advantages have been achieved at a large cost – the human and economic costs. Road safety is considered to be a high priority issue in all European countries, but is not equally distributed across Europe. The risk being killed or injured in road accident is much higher in “SEC Belt countries”. The real costs of deaths, injuries and social and economic consequences far exceed the estimates for the following reasons: incomplete and inaccurate accident statistics, long term impacts of traffic injury and socio-economic dimensions of traffic injury.

Key words

Road accident, road safety, methods of estimating costs, long terms impact of traffic injury.

1. INTRODUCTION

Motorised road transport plays a central role in European societies. Obviously most of the goods needed for everyday life are transported by road and the current generation has far greater opportunities for motorised travel in the course of work and leisure than their forefathers. But their advantages have been achieved at a large cost – the human and economic costs, in terms of the numbers of road accidents and of people killed and injured as a result of them.

Despite the important decrease in the number of deaths in the European roads during the last decade, there are certainly many more steps to be taken in order to achieve a further decrease in the number of road accident victims in Europe. Road safety is considered to be a high priority issue in all European countries and consequently many efforts have been made to

implement safety measures that will contribute to improving the situation. The objective of the EU is to limit the number of road accident deaths from 54.000 in 2001 to 27.000 in 2010¹.

2. THE SEC BELT COUNTRIES – ROAD ACCIDENT RATE

Road safety is not equally distributed across Europe. The risk of being killed or injured in a road accident is much higher in some European countries than in others. One should mention here the “North – South divide” in European transport safety: while North – Western European countries have developed and implemented plans and policies that have significantly improved road safety, Southern European in turn countries generally suffer from greater road risk. This contrast between safer and less safe Member States has become even more pronounced after the accession to the European Union of new countries in 2004. In addition to the North-South divide in traffic safety, there exists now also the East-West divide².



¹ White Paper “European Transport Policy for 2010:time to decide” com (2001)0370

² Road accident data in the enlarged European Union, European Transport Safety Council, Brussels 2006, s. 2



Figure 1. The “SEC Belt” countries

The levels of motorisation and road safety and the gathering of accident data are not uniform throughout Europe. Consequently, three groups of EU countries are taken into account: the “Non SEC Belt countries (North-Western countries hereafter), The Old SEC Belt countries (Southern countries hereafter) and the “New SEC Belt countries” - the most important for us. SEC means Southern, Eastern and Central European countries – countries with a lower level of safety.

"Non SEC Belt countries"	"Old SEC Belt countries"	"New SEC Belt countries"
"North-Western countries"	"Southern countries"	"New countries"
Austria	Belgium	Cyprus
Denmark	France	Czech Republic
Finland	Greece	Estonia
Germany	Italy	Hungary
Ireland	Portugal	Latvia
Luxembourg	Spain	Lithuania
Netherlands		Malta
Sweden		Poland
United Kingdom		Slovakia
		Slovenia

According to Figure 2, the two Member States showing the highest rates of “road accident deaths per million inhabitants” are Latvia and Lithuania, which both belong to the “New countries” cluster. Malta seems to have lower rates than the rest of the European countries. Furthermore, the Netherlands, Sweden and the United Kingdom are found to be characterised by a rather low rate, while the rates for Greece and Portugal on the one hand and for Poland, Slovenia and Czech Republic on the other hand, are among the highest. It seems that the countries in the “North-Western” group have the lowest rates, while the highest rates occur in the “New” cluster. The only exception is Malta, where the limited length of the road network could contribute to the low death rates by restricting the average mileage per motor vehicle.

Number of Deaths per Million Inhabitants (2004)

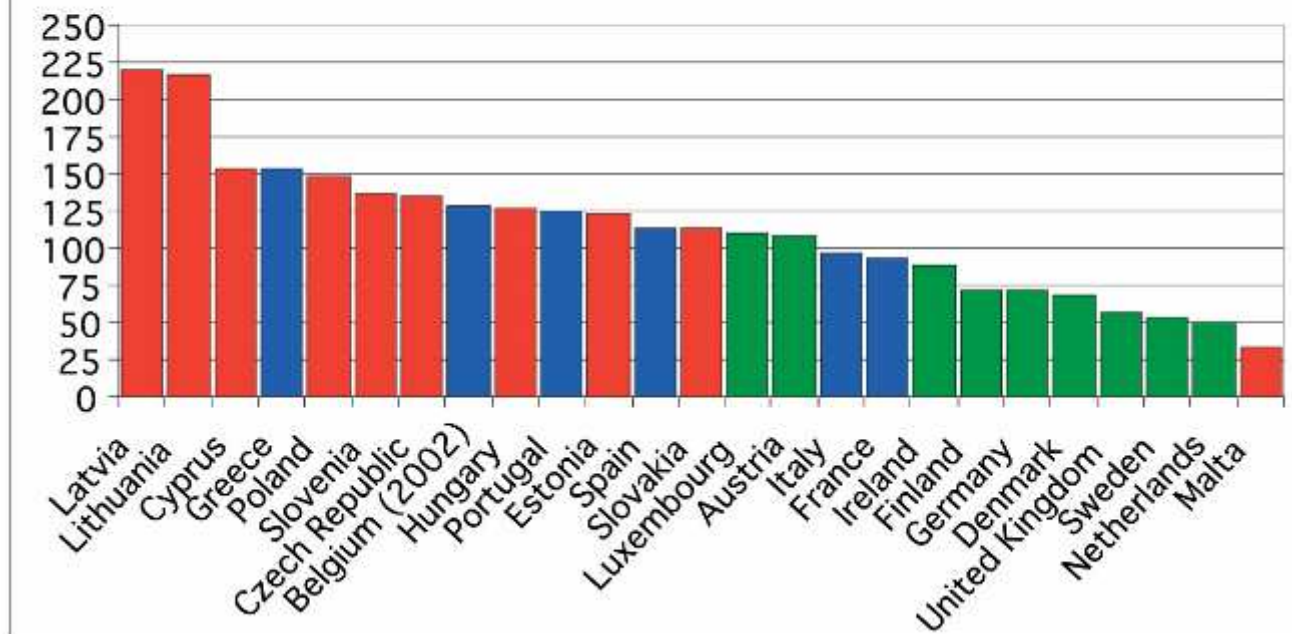


Figure 2. Road Accident Deaths per million Inhabitants for 2004, Road accident data in the enlarged European Union, European Transport Safety Council, Brussels 2006, s. 8

3. COSTS TO SOCIETY OF TRAFFIC INJURY - VALUATION OF ROAD ACCIDENT DEATH

In 2004 the estimated annual costs, both direct and indirect, of traffic injury in the EU- 15 countries exceeded 180 billion euros. At European Union level, the most frequently used “magic number” to put a value on the prevention of casualties is the “1 Million euro rule”³. The 1 Million euro value is frequently used as a test of the effectiveness of traffic safety measures and implies that a measure can be considered for implementation when for every million euros spent on a road safety measure, at least one death is prevented. This amount takes into account the economic damage of a death, and also a certain proportion of the damage resulting from (serious) injuries and from accidents with only property damage. Because, on average, for every prevented death there will also be a number of accidents with injuries and an even greater number of accidents with only property damage⁴. This estimation has not been updated since 1997.

³ This was introduced by the European Commission in its 17 Road Safety Programme 1997-2001 to help select traffic safety measures - Promoting road safety in the EU: The Programme for 1997-2001, Commission of the European Communities 1997

⁴ Wesemann, P. Economic evaluation of road safety measures. Contribution to the 117th Round Table, 26 and 27 October 2000, Paris. SWOV Publication D-2000-16E. SWOV Institute for Road Safety Research, The Netherlands.

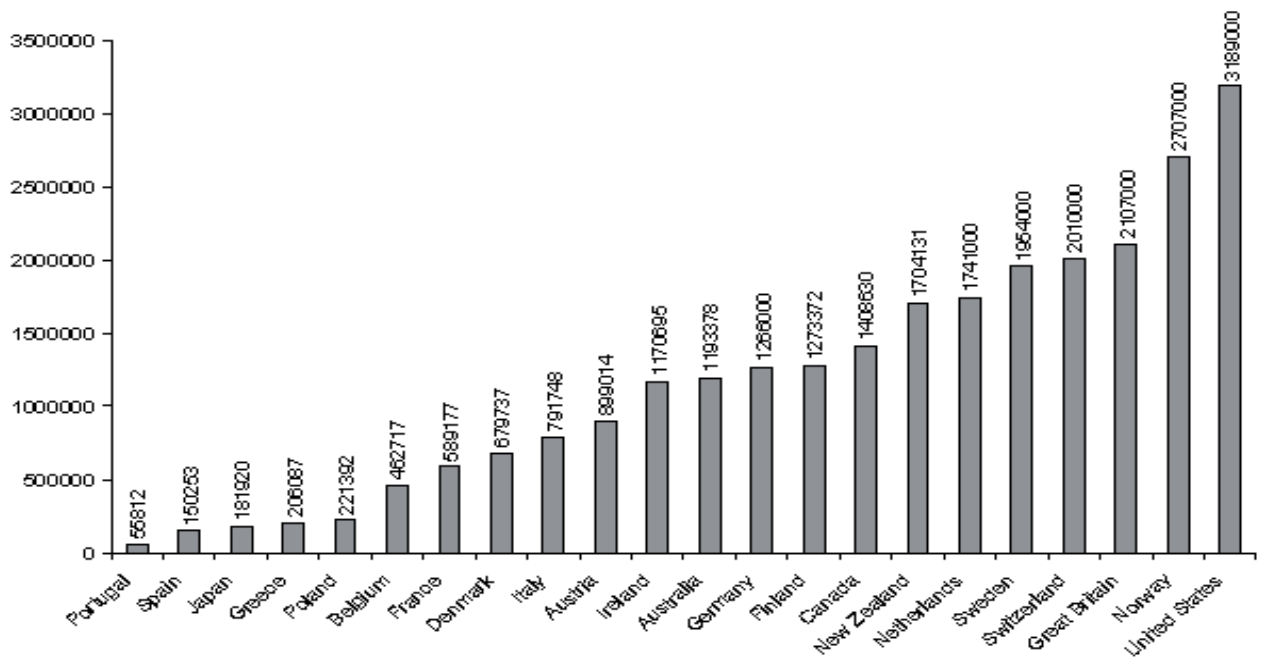


Figure 3 Official monetary valuation of a road accident death in selected countries (Euro in 2002-prices), Social and economic consequences of road traffic injury in Europe, European Transport Safety Council, Brussels 2007, p. 17

The Figure 3 shows the official monetary valuation of a road accident death in a number of countries⁵. The valuations vary substantially. It would be interesting to notice that some of the countries that have a good safety record, such as Norway, Great Britain, Sweden and the Netherlands, assign a high monetary value to the prevention of a traffic death, whereas countries with a rather bad road safety record, like Portugal, Spain and Greece, assign a low monetary value to the prevention of death. These values are determined by two main factors.

The first is the method used for estimating them. The typology of methods for estimating costs shown in Figure 4 below⁶. Values based on the willingness-to-pay approach tend to be about twice as high as values not based on the willingness-to-pay approach. The costs of restitution are the direct costs generated by road accidents (for example, medical costs, property damage or administrative costs). Generally speaking, the human capital approach is used to estimate the value of lost productive capacity due to a traffic death, whereas the willingness-to-pay approach is used to estimate the value of lost quality of life. Two varieties

⁵ Sælensminde, K. Verdsetting av trafikksikkerhet i ulike lands nytte-kostnadsanalyser. Arbeidsdokument SM/1352/2001, Transportøkonomisk institutt, Oslo 2001 and Blaeij, A. de., Koetse, M., Tseng, Y.-Y., Rietveld, P., Verhoef, E., Valuation of safety, time, air pollution, climate change and noise; methods and estimates for various countries. Report prepared for ROSEBUD. Department of Spatial Economics, Vrije Universiteit, Amsterdam 2004

⁶ This typology was developed in COST 313: Alfaro, Chapuis and Fabre, Socio-economic cost of road accidents, final report of action COST 313, Brussels, Commission of the European Community 1993

of the willingness-to-pay approach are normally used: the individual willingness-to-pay approach and the social willingness-to-pay approach⁷.

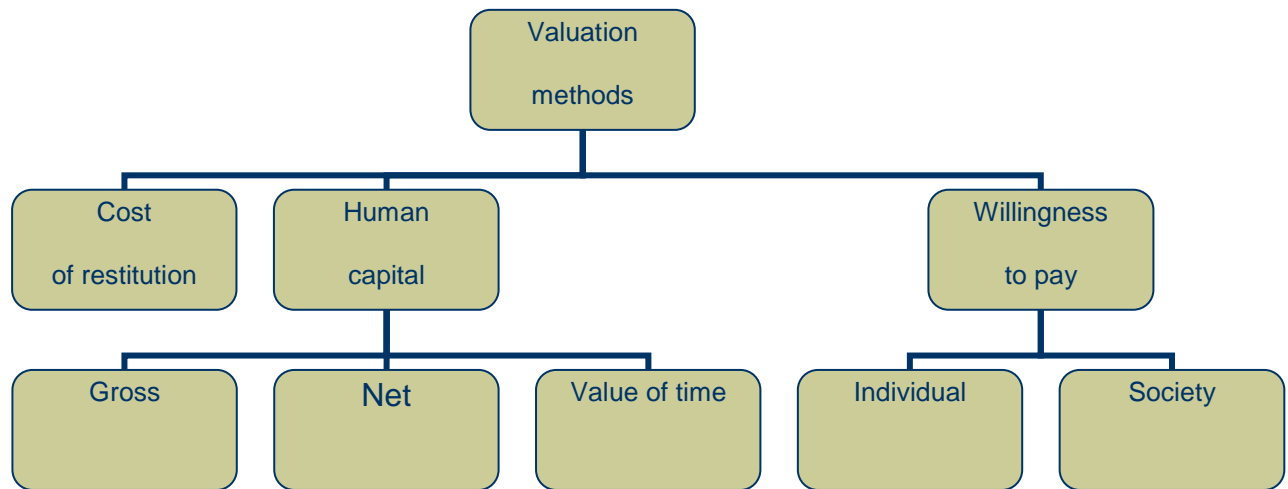
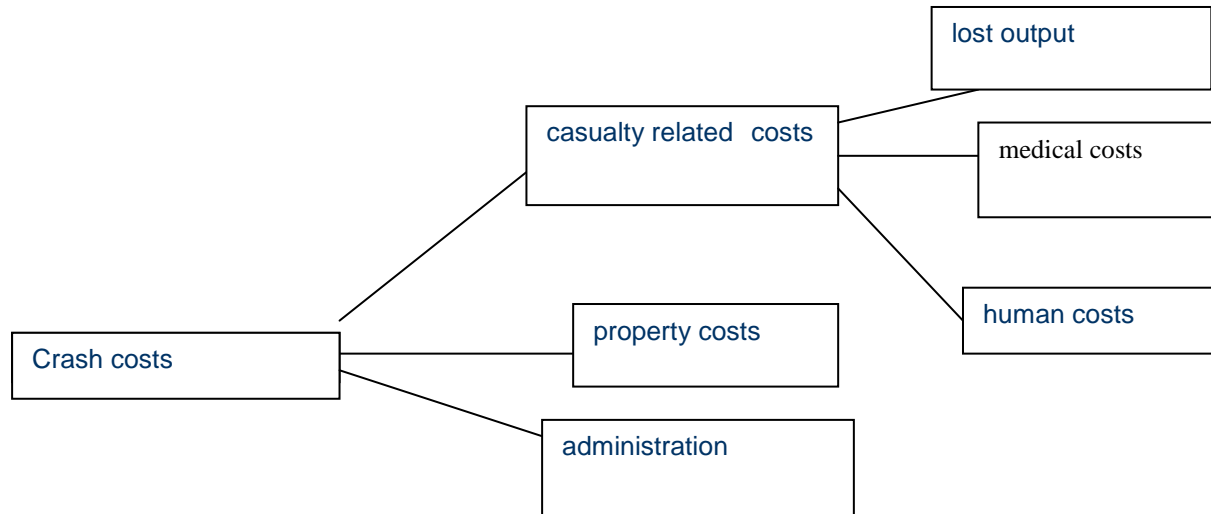


Figure 4 Methods for estimating costs of traffic injury - Social and economic consequences of road traffic injury in Europe, European Transport Safety Council, Brussels 2007, p 16

The second factor determines the monetary valuation of a road accident death as real income in a country. Generally speaking, lower values are found in countries that have a relatively low gross domestic product per capita, higher values are found in the richer countries.

4. COMPONENTS OF CRASH COSTS



⁷More information about methods for estimating costs is given by Trawén, A., Maraste, P. and Persson, U. Methods for estimating road accident costs – A comparison of costs for a fatal casualty in different countries. Paper to Traffic Safety on Three Continents, International Conference in Moscow, 2001, p. 19-21 September, 2001, Wesemann, Economic evaluation of road safety measures. Contribution to the 117th Round Table, 26 and 27 October 2000, Paris. SWOV Publication D-2000-16E. SWOV Institute for Road Safety Research, The Netherlands 2000, Blaeij, A. de., Koetse, M., Tseng, Y-Y., Rietveld, P., Verhoef, E. Valuation of safety, time, air pollution, climate change and noise; methods and estimates for various countries. Report prepared for ROSEBUD. Department of Spatial Economics, Vrije Universiteit, Amsterdam 2004.

In the Human Capital method the cost can be divided in 5 categories – shown in Figure 5.

Figure 5: Babbie Ross Silcock, Guidelines for Estimating the Cost of Road Crashes in Developing Countries, Final Report, Department for International Development, London, May 2003, p. 8

By far the largest portion of property damage stems from damage to vehicles. Other property damage is small. Because of the typically large proportion of damage only crashes, the cumulative cost of vehicle damage can contribute to the greatest proportion of total costs of crashes in a country. The total cost of property damage is likely to have been underestimated. The total number of crashes is rarely adjusted for the often substantial under-reporting within official statistics. Previously, it has usually been the case that insurance company data has been used, but this is not representative of all crashes and will reflect the more costly crashes only. Although insurance company data is likely to remain as the main source of vehicle damage cost data, it might be possible to supplement this with the data from other sources such as motor repair businesses, fleet owners or individual vehicle owner surveys, but experience has shown that this is often difficult. Data is also required on the average numbers of vehicles involved in each crash, and the average number of vehicles damaged in each crash. These numbers will be different. For example, in some fatal crashes a vehicle may be completely destroyed, in others the vehicle may suffer negligible damage, even though a pedestrian is killed.

Police and administration costs are usually low when compared to other cost components. The only source of data is from the police service, courts and insurance companies themselves. These costs are typically low compared to other cost components, such as vehicle damage.

Lost output refers to the lost productive capacity from those affected by road crashes and is typically the largest part of casualty related costs. It can range from the value resulting from as little as one day of lost time for a slight casualty, up to decades of foregone work for those killed or permanently disabled. Lost output is believed to have been underestimated in most past studies, as it was limited to the crash victim(s) only and to the number of work days lost - either to recovery or to average retirement age in the case of death. Some of those injured will not return to their jobs, and will spend additional time looking for new employment. Thus there is not only lost working time to take into account, but also reduced income after resuming employment. Lost output estimates should also take account of income lost by caregivers. When someone in a poor family is injured the whole family gets involved; those on daily wages may lose their job, children may not go to school and older members may spend less time caring for infants. A further concern is that costings focus on the short term, with little information on the long-term disabled.

Medical costs of those injured in crashes range from at-scene to recovery, or death, and include first aid and rescue services (ambulance), hospital costs (food and bed, operations, x-rays, medicines, doctors services) and rehabilitation costs (treatment and prosthetics). Medical costs only usually constitute a small proportion of the total costs of crashes. However, the burden of road casualties on medical sector resources is likely to be significant. The medical costs will often be the first and most tangible economic burden experienced by the family. Insufficient consideration has also been given to the effect on hospitals of road casualties. For example, if a crash victim is using a hospital bed, this means it may not be available to others requiring medical treatment. The medical resources available to treat other patients as a result of a reduction of road casualties requiring treatment could be significant.

Traditionally medical costs have been assessed from the perspective of individual hospitals, with data provided on cost per bed estimated from overall public sector budget allocations. However, medical costs may consist of both private and public sector expenditure, and can be long term costs, depending upon the severity of injury. To estimate the medical costs resulting from casualties of crashes, data is required on a range of items for example the cost of at scene care, transport, in-hospital stay, out patient treatment, drugs and prosthetics. Data may be available from national hospital expenditure estimates, insurance payments, hospital studies and casualty surveys.

The human costs, usually defined as ‘pain grief and suffering’, is added to the overall estimate of crash costs. As well as the cost elements described previously, which directly or indirectly affect the economy of the country, there are also other effects of crashes such as suffering and bereavement and other adverse effects on the quality of life. The amount to be added could be considered as part of a social objective of poverty alleviation, as crashes are known to have a greater adverse effect upon the poor. The amount to add to reflect pain grief and suffering within the Human Capital method is essentially a political decision, to be made for each crash costing undertaken. Because of the disproportionate effect of crashes upon the poor, an amount added to reflect pain grief and suffering could be considered as part of an overall objective of poverty alleviation.

The greater the amount added, the higher the value society would place upon the prevention of crashes. However, the amount to be added can be informed by consideration of the amounts added. An appreciation of the wider effects of crashes on poorer households, as well as the effects that it has not been possible to quantify accurately and include within other cost elements, could also be used as justification for adding a greater amount to reflect pain grief and suffering⁸.

5. THE BARRIERS OF ESTIMATING REAL COSTS – RECOMMENDATIONS FOR POLICY AND LAW MAKING

5.1 INCOMPLETE AND INACCURATE OFFICIAL ROAD ACCIDENTS STATISTICS

The level of reporting for injuries treated in hospital is, on the average, less than 50%. It can be seen that the percentage of injury accidents reported in official road accident statistics varies substantially between countries. In most countries, the level of reporting has been determined by comparing the number of injured road users treated in hospitals (including outpatients not staying in hospital overnight) to the number of injured road users recorded by the police. For some of the new member states of the European Union (Poland, Slovakia, the Baltic states), the level of accident reporting in official statistics is not known.

Injuries are not always correctly classified by severity in police accident reports. Definitions of reportable injuries are often not very clear and not standardised. A simple injury scale should be developed for use by the police and the other emergency services. Final classification of injuries according to severity should be performed by medical professionals. Countries should make injury data more comparable between countries. The national linked dataset of road traffic crash data should be produced from hospital admissions

⁸ See Babbie Ross Silcock, Guidelines for Estimating the Cost of Road Crashes in Developing Countries, Final Report, Department for International Development, London, May 2003, p.13-32

and police road traffic accidents data for use by policymakers, researchers, planners and practitioners. They should encourage electronic linkages between sources of injury data, like STRADA in Sweden⁹. Moreover countries should regularly monitor the level and accuracy of reporting in official road accident statistics and make the results of studies available to other countries. It is needed to provide a set economic valuations of the benefits to society of preventing road accident deaths and injuries for use in cost-benefit analyses of road safety programmes¹⁰.

5.2 LONG TERM IMPACTS OF TRAFFIC INJURY

Long term impacts of traffic injury are poorly documented in all European countries. Little is known about these impacts. Mortality rates are fairly well known in the different member states. Statistics on survivors are much less reliable, especially for slight injuries. These patients are usually only to a small extent included in the trauma registries or police records, even though the long-term consequences of injury might be severe. The EU and member states should consider adopting targets for reducing not just deaths, but also serious injuries. There are, however, reasons to believe that a number of people living with lasting impairments as a result of traffic injury is likely to be increasing.

To describe the long-term outcome following injuries a large number of scales have been developed. An ideal instrument to evaluate the outcome should include both objective and subjective assessments and still be simple, quick, reliable, reproducible and cost-effective. Calculations as well as other methods of describing the burden of injury on society all have their flaws. Thus it seems reasonable to use several measures in combination to provide relevant information on the different perspectives following injury. Countries are recommended to adopt a consensus based prospective injury impairment scale (based on the Abbreviated Injury Scale AIS¹¹).

In most countries, official road accident statistics make a distinction between three levels of injury severity: fatal, serious and slight. In most countries, fatal injuries include all those who die within 30 days of the accident as a result of injuries sustained in the accident. The European Union should encourage member states to adopt a common definition of slight and serious injuries and of lasting impairments. Implementing common definitions of these concepts would make road accident statistics more comparable across countries than they are today¹².

⁹ Swedish Data Traffic Acquisition

¹⁰ See Social and economic consequences of road traffic injury in Europe, European Transport Safety Council, Brussels 2007, p.9-12

¹¹ The Abbreviated Injury Scale (AIS) describes injuries on a 6-point numerical scale in terms of threat to life and tissue damage. Thus, an AIS 1 (minor) injury does not pose a threat to survival, whereas survival is highly uncertain in the case of an AIS 5 (critical) injury. Another injury scale, the Injury Severity Score (ISS) provides a numerical scale (from 1 to 75) that uses three injuries with the highest severity in three different body regions to measure the overall severity where a score of 75 is, for all intents and purposes, non-survivable - see Baker, S. P., O'Neill, B., Haddon, W., Long, W. B. The Injury Severity Score: A method for describing patients with multiple injuries and evaluating emergency care. *Journal of Trauma* 14, 1971, p.187-196. A New ISS has been proposed which uses three of the most severe injuries anywhere in the body to calculate an ISS score: NISS - see Osler, T., Baker, S. P., Long, W. (1997) A modification of the injury severity score that both improves accuracy and simplifies scoring. *The Journal of Trauma: Injury, Infection, and Critical Care*, 43, p. 922-926.

¹² See Social and economic consequences of road traffic injury in Europe, European Transport Safety Council, Brussels 2007, p. 18-26

5.3 SOCIO-ECONOMIC DIMENSIONS OF TRAFFIC INJURY

Social disparities in road accident risk in road accident are also not very well known. However, most studies show that individuals who have a low social status are more frequently involved in road accidents than individuals who have a high social status. This tendency applies to all groups of road users. Social disparities in risk are not immutable, but may be reduced by means of appropriate treatment. Thus, if men with a low level of education wore seat belts as often as those with a high level of education, their death rate would be reduced – perhaps not to the same level as for highly educated drivers, but at least the difference would be reduced¹³. Countries are encouraged to develop policies designed to reduce social disparities in road accident risk, to the extent that these are regarded as unjust¹⁴.

The study suggests that social disparities in child pedestrian risk can be reduced by means of traffic calming, and the more strongly traffic calming is concentrated in the deprived areas, the greater the reduction of the social disparities in risk¹⁵. A systematic use of traffic calming in residential areas for the purpose of reducing social disparities in road accident risk is encouraged. Moreover European countries should develop policies aimed at modifying unsafe road user behaviour associated with low social status.

Literature:

- Alfaro, Chapuis and Fabre, Socio-economic cost of road accidents, final report of action COST 313, Brussels: Commission of the European Community 1993
- Baker, S. P., O'Neill, B., Haddon, W., Long, W. B. The Injury Severity Score: A method for describing patients with multiple injuries and evaluating emergency care: *Journal of Trauma* 14, 1971, p.187-196 .
- Blaeij, A. de., Koetse, M., Tseng, Y-Y., Rietveld, P., Verhoef, E. Valuation of safety, time, air pollution, climate change and noise; methods and estimates for various countries. Report prepared for ROSEBUD: Amsterdam, Department of Spatial Economics, Vrije Universiteit, 2004.
- Braver, E. R. , Rice, Hispanic origin, and socioeconomic status in relation to motor vehicle occupant death rates and risk factors among adults. *Accident Analysis and Prevention*, 35, 2003, p. 295-309.
- Jones, S. R., Lyons, R. A., John, A., Palmer, S. R. Traffic calming policy can reduce inequalities in child pedestrian injuries: database study. *Injury Prevention*, 11, 2005, p. 152-156.

¹³ According to the evidence provided by the study of Braver, E. R. , Rice, Hispanic origin, and socioeconomic status in relation to motor vehicle occupant death rates and risk factors among adults. *Accident Analysis and Prevention*, 35, 2003, p. 295-309.

¹⁴ See Social and economic consequences of road traffic injury in Europe, European Transport Safety Council, Brussels 2007, p. 33-35

¹⁵ Jones, S. R., Lyons, R. A., John, A., Palmer, S. R. Traffic calming policy can reduce inequalities in child pedestrian injuries: database study. *Injury Prevention*, 11, 2005, p. 152-156.

- Osler, T., Baker, S. P., Long, W. A modification of the injury severity score that both improves accuracy and simplifies scoring. *The Journal of Trauma: Injury, Infection, and Critical Care*, 43, 1993 p. 922-926.
- Road accident data In the enlarged European Union, European Transport Safety Council, Brussels 2006, pp. 40 ISBN: 90-76024-22-7
- Silcock B.R., Guidelines for Estimating the Cost of Road Crashes in Developing Countries, Final Report, London: Department for International Development, May 2003, pp 50
- Sælensminde, K. Verdsetting av trafikksikkerhet i ulike lands nytte-kostnadsanalyser. - Arbeidsdokument SM/1352/2001, Oslo: Transportøkonomisk institutt, 2001
- Social and economic consequences of road traffic injury in Europe, Brussels: European Transport Safety Council, 2007, pp. 50 ISBN: 9789076024271
- Trawén, A., Maraste, P. and Persson, U. Methods for estimating road accident costs – A comparison of costs for a fatal casualty in different countries. Paper to Traffic Safety on Three Continents, International Conference in Moscow, 2001, p. 19-21 September,
- Wesemann P., Economic evaluation of road safety measures. Contribution to the 117th Round Table, 26 and 27 October 2000, Paris. SWOV Publication D-2000-16E. SWOV Institute for Road Safety Research, The Netherlands 2000,

Contact – email

d.masniak@prawo.univ.gda.pl

VKLAD PODNIKU DO ZÁKLADNÍHO KAPITÁLU SPOLEČNOSTI A OSVOBOZENÍ OD DANĚ Z PŘEVODU NEMOVITOSTI

MICHAELA MOŽDIÁKOVÁ

Právnická fakulta Masarykovy univerzity, Česká republika

Abstrakt v rodném jazyce

Příspěvek je zaměřen na problematiku osvobození od daně z převodu nemovitostí dle zákona č. 357/1992 Sb., o dani dědické, dani darovací a dani z převodu nemovitostí, ve znění pozdějších předpisů, tedy na situace, kdy je podle obchodního zákoníku do základního kapitálu obchodní společnosti nebo družstva vkládána nemovitost. Důraz je kladen zejména na případy, kdy je do základního kapitálu vkládán podnik, jehož součástí je nemovitost.

Klíčová slova v rodném jazyce

Osvobození od daně, nemovitost, podnik, vklad do základního kapitálu.

Abstract

The paper is focused on the issue of exemption from the Real Estate Transfer Tax in accordance with Act no. 357/1992 Coll. of Inheritance Tax, Gift Tax and Real Estate Transfer Tax Act, as amended by the subsequent laws, i.e. on affairs, when the real estate is invested into the registered capital of a business company or co-operative according to the Commercial Code. Emphasis is particularly laid on cases, when an enterprise with real estate is invested into the registered capital.

Key words

Tax exemption, Real estate, enterprise, investment contribution into the registered capital.

1. ÚVOD

Osvobození od daně z převodu nemovitostí je zakotveno v zákoně č. 357/1992 Sb., o dani dědické, dani darovací a dani z převodu nemovitostí, ve znění pozdějších předpisů (dále jen „zákon o trojdani“). Již od účinnosti tohoto zákona (1.1.1993) je jeho pevnou součástí pestré spektrum osvobození od daně z převodu nemovitostí, přičemž jedním z nejdiskutovanějších je ustanovení § 20 odst. 6 písm. e), které od daně z převodu nemovitostí osvobozuje vklady do základního kapitálu obchodních společností nebo družstev dle obchodního zákoníku¹ a jehož účelem je podpora vzniku obchodních společností a družstev a s tím související zahájení a rozvinutí podnikatelské činnosti v České republice².

Ve vztahu k této problematice zůstávala donedávna nevyřešenou otázka, které bude věnován níže uvedený text, a to, zda se dané osvobození týká také nemovitostí, které tvoří součást části podniku vkládaného jako nepeněžitý vklad do základního kapitálu obchodní společnosti, tedy kdy nemovitost není samostatným nepeněžitým vkladem.

¹ Část druhá zákona č. 513/1991 Sb., obchodní zákoník, ve znění pozdějších předpisů.

² Vláda ČR. Důvodová zpráva k zákonu, kterým se mění zákon o dani dědické, darovací a z převodu nemovitostí. Zvláštní část, citováno dle ASPI č. 26918 LIT

2. CHARAKTERISTIKA VKLADU

Vkladem se rozumí souhrn peněžních prostředků (peněžité vklady) nebo souhrn jiných, penězi ocnitelných hodnot (nepeněžité vklady)³, které se určitá osoba zavazuje vložit do společnosti za účelem nabytí nebo zvýšení účasti v obchodní společnosti⁴. Formu nepeněžitého vkladu lze využít pouze za kumulativního splnění následujících podmínek:

- hospodářská hodnota vkládaného majetku musí být zjistitelná, vkládaný majetek lze tedy ocenit dle zákona o oceňování majetku⁵, a současně
- je možné tento majetek hospodářsky využít ve vztahu k předmětu podnikání

Vkladem (peníze, věci movité, nemovitosti, pohledávky či jiná majetková práva) do základního kapitálu vznikne vždy podíl na základním kapitálu, od něhož se odvozuje podíl na výsledku podnikání a podíl na čistém obchodním majetku společnosti nebo družstva.

Pro účely zákona o trojdani jsou vklady považovány za úplatnou operaci, kdy je úplata spatřována právě v obchodním podílu, který společník obchodní společnosti na základě vkladu získá⁶. Vklad nemovitosti je tedy posuzován jako úplatný převod vlastnického práva k nemovitosti a jako takový podléhá dani z převodu nemovitostí⁷.

3. PRÁVNÍ POVAHA PODNIKU

Definice podniku v daňových předpisech absentuje, je tedy nutné využít obchodního zákoníku, dle kterého je podnik souborem hmotných, jakož i osobních a nehmotných složek podnikání. K podniku náleží věci, práva a jiné majetkové hodnoty, které patří podnikateli a slouží k provozování podniku nebo vzhledem k své povaze mají tomuto účelu sloužit⁸. Na podnik je nazíráno komplexně jako na věc⁹ hromadnou, která je tvořena jednotlivými komponenty, součástí podniku však nejsou závazky podnikatele související s podnikem¹⁰.

V případě vkládání podniku či jeho části¹¹ (nepeněžitý vklad) do základního kapitálu společnosti se přiměřeně použijí ustanovení o smlouvě o prodeji podniku¹², která narozdíl od výše zmíněné koncepce chápe podnik pro účely této smlouvy jako souhrn práv a závazků, na které se prodej vztahuje. Dle tohoto vymezení je podnik souhrnem věcí, práv a závazků

³ Některé zákony vylučují využití majetku v nepeněžité formě jako vkladu do minimálního základního kapitálu, například § 4 odst. 1 zákona č. 21/1992 Sb., o bankách, ve znění pozdějších předpisů, §4 odst. 5 zákona č. 42/1994 Sb, o penzijním připojištění se státním příspěvkem a o změnách některých zákonů souvisejících s jeho zavedením, ve znění pozdějších předpisů nebo § 64 odst. 1 písm. g) zákona č. 189/2004 Sb., o kolektivním investování, ve znění pozdějších předpisů.

⁴ § 59 odst. 1 zákona č. 513/1991 Sb., obchodní zákoník, ve znění pozdějších předpisů.

⁵ Zákon č. 151/1997 Sb., o oceňování majetku a o změně některých zákonů, ve znění pozdějších předpisů.

⁶ Nesrovnal, J., Škampa, J. Tributum: Osvobození od daně z převodu nemovitostí, citováno dle ASPI č. 12269 LIT.

⁷ Vláda ČR. Důvodová zpráva k zákonu, kterým se mění zákon o dani dědické, darovací a z převodu nemovitostí. Zvláštní část, citováno dle ASPI č. 26918 LIT.

⁸ § 5 odst. 1 zákona č. 513/1991 Sb., obchodní zákoník, ve znění pozdějších předpisů.

⁹ Srov. § 118 odst. 1 zákona č. 40/1964 Sb., občanský zákoník, ve znění pozdějších předpisů.

¹⁰ Pelikánová, I. Komentář k § 5 zákona č. 513/1991 Sb., citováno dle ASPI č. 16929 LIT.

¹¹ § 59 odst. 5 zákona č. 513/1991 Sb., obchodní zákoník, ve znění pozdějších předpisů.

¹² § 476 an. zákona č. 513/1991 Sb., obchodní zákoník, ve znění pozdějších předpisů.

uvedených v účetní evidenci vkládaného podniku a bude pro účely vkladu oceněn v souladu se zákonem o oceňování majetku¹³, který cenu podniku stanovuje jako součet jednotlivých druhů majetků snížený o ceny závazků.

4. OSVOBOZENÍ OD DANĚ Z PŘEVODU NEMOVITOSTÍ

Zákon o trojdani v § 20 odst. 6 písm. e) osvobozuje od daně z převodu nemovitostí vklady vložené podle obchodního zákoníku do základního kapitálu obchodních společností nebo družstev, přičemž je pro využití tohoto osvobození nutné vložit do základního kapitálu celou hodnotu nemovitosti, nikoli ji částečně využít například na zvýšení rezervního fondu. Jedná se tedy pouze o vklady do společnosti či družstva zvyšující jejich základní kapitál. Je-li vkladem nemovitost stanovuje zákon o trojdani pro osvobození podmínku – tzv. pětiletý časový test (osvobození se neuplatní, jestliže do pěti let od vložení vkladu zanikne účast společníka v obchodní společnosti nebo člena v družstvu, s výjimkou případu úmrtí společníka, a nemovitost není společníku vrácena).

Jestliže tedy zanikne účast společníka ve společnosti nebo členství v družstvu do pěti let od vložení nemovitosti jako vkladu, je společník povinen oznámit tuto skutečnost do 30 dnů ode dne zániku účasti nebo členství místně příslušnému správci daně. Na základě oznámení dochází k zániku podmíněného osvobození a správce daně stanoví výměrem daňovou povinnost. Takto stanovená daň je splatná ve lhůtě 30 dnů ode dne doručení platebního výměru¹⁴.

Je-li do základního kapitálu obchodní společnosti nebo družstva vkládán podnik, je třeba si v této souvislosti uvědomit fakt, že dle zákona o trojdani je dani z převodu nemovitostí podroben pouze úplatný převod nebo přechod vlastnictví k nemovitosti¹⁵ a že by tedy této dani neměl být zásadně podroben úplatný převod nebo přechod vlastnictví jiných práv, závazků či věcí movitých.

5. ROZHODNUTÍ SOUDŮ Z TÉTO OBLASTI

Judikatura není, co se této problematiky týče, příliš četná. Lze však rozhodně poukázat na několik zásadních rozsudků, jako na rozsudek Krajského soudu v Ústí nad Labem¹⁶ ze dne 31.1.2003, rozsudek Krajského soudu v Hradci Králové¹⁷ ze dne 25.2.2003 a rozsudek Nejvyššího správního soudu¹⁸ ze dne 15.10.2007.

Ve výše uvedených případech soudci dospěli k závěru, že je-li do základního kapitálu obchodní společnosti vkládán podnik, je nutné na něj hledět jako na celek, přestože je vkládána pouze jeho část. Dle jejich názoru tedy není možné separovat jednotlivé části věci hromadné (např. na nemovitosti, věci movité a jiná práva). Tyto části jsou jeho součástí a sdílejí společný právní režim (nikoliv samostatný).

¹³ § zákona č. 151/1997 Sb., o oceňování majetku a o změně některých zákonů, ve znění pozdějších předpisů.

¹⁴ § 18 odst. 4 zákona č. 357/1992 Sb., o dani dědické, dani darovací a dani z převodu nemovitostí, ve znění pozdějších předpisů.

¹⁵ § 9 odst. 1 písm. a) zákona č. 357/1992 Sb., o dani dědické, dani darovací a dani z převodu nemovitostí, ve znění pozdějších předpisů.

¹⁶ Rozsudek Krajského soudu v Ústí nad Labem ze dne 31. 1. 2003, sp. zn. 59 Ca 91/2002.

¹⁷ Rozsudek Krajského soudu v Hradci Králové ze dne 25.2.2003, sp. zn. 31 Ca 11/2002-20.

¹⁸ Rozsudek Nejvyššího správního soudu ze dne 15.10.2007, sp. zn. 7 Afs 142/2006-59.

Pro ilustraci jsou na v tomto místě uvedeny základní okolnosti sporu, ze kterých při svém rozhodování vycházel Nejvyšší správní soud:

Příklad: Poplatník vkládal nepeněžitý vklad podniku v hodnotě cca 1 milion Kč do základního kapitálu jiné společnosti a o tuto částku se zvýšil základní kapitál společnosti. Součástí podniku byly nemovitosti v hodnotě cca 23 milionů. Správce daně dospěl k závěru, že hodnota nemovitostí tvořících součást vloženého podniku, která přesahuje výši základního kapitálu, rovnající se v podstatě hodnotě závazků připadajících na vkládanou část podniku, podléhá daní z převodu nemovitostí. Správce daně požadoval úhradu daně z převodu nemovitostí, jako by vkládal nepeněžitý vklad v hodnotě 22 mil. Kč. S tímto závěrem poplatník nesouhlasil¹⁹.

Nejvyšší správní soud se v odůvodnění rozsudku zabýval právním charakterem podniku, vkladu a nemovitosti zejména z pohledu zákona o trojdani právě v tom smyslu, jaký byl nastíněn v předcházejícím textu.

6. ZÁVĚR

Vkládá-li se podnik nebo jeho část jehož součástí je nemovitost do základního kapitálu obchodní společnosti či družstva a jestliže je tímto vkladem základní jmění zvýšeno o celou hodnotu převáděného podniku či jeho části, je tento vklad od daně z převodu nemovitostí osvobozen, zůstane-li vkladatel společníkem obchodní společnosti či členem družstva minimálně 5 let ode dne vkladu.

Literatura:

- Nesrovnal, J., Škampa, J. Tributum: Osvobození od daně z převodu nemovitostí.
- Pelikánová, I. Komentář k § 5 zákona č. 513/1991 Sb.
- Rozsudek Krajského soudu v Ústí nad Labem ze dne 31. 1. 2003, sp. zn. 59 Ca 91/2002.
- Rozsudek Krajského soudu v Hradci Králové ze dne 25.2.2003, sp. zn. 31 Ca 11/2002-20.
- Rozsudek Nejvyššího správního soudu ze dne 15.10.2007, sp. zn. 7 Afs 142/2006-59.
- Zákon č. 513/1991 Sb., obchodní zákoník, ve znění pozdějších předpisů.
- Zákon č. 357/1992 Sb., o dani dědické, dani darovací a dani z převodu nemovitostí, ve znění pozdějších předpisů.
- Zákon č. 151/1997 Sb., o oceňování majetku a o změně některých zákonů, ve znění pozdějších předpisů.
- Zákon č. 40/1964 Sb., občanský zákoník, ve znění pozdějších předpisů.

Kontaktní údaje na autora – email:

m.mozdiakova@gmail.com

¹⁹ Dashöfer, Verlag. Daně & Účetnictví: Vklad podniku a osvobození od daně z převodu nemovitostí [citováno dne 17.10.2008]. Dostupný z: <http://www.du.cz>.

FINANČNÍ SPRÁVA – SOUČÁST REALIZACE FINANČNÍHO PRÁVA

PETR MRKÝVKA

Právnická fakulta Masarykovy univerzity, Česká republika

Abstrakt v rodném jazyce

Příspěvek se zabývá vztahem finančního práva a správního práva. Na pozadí příspěvku významného profesora právní teorie Viktora Knappa, uveřejněného v časopise Právník v roce 1990, se věnuje svébytnosti finančního práva, konstatováním existence specifického předmětu právní regulace a relativně samostatné metody regulace, která však pro realizaci norem finančního práva využívá veřejnou správu. Příspěvek vymezuje tzv. finanční správu ve smyslu funkčním i organizačním a otvírá možnosti dalšího zpracování navazujících problémů.

Klíčová slova v rodném jazyce

Finanční právo, správní právo, předmět regulace, metoda regulace, veřejné finance, finanční systém, veřejná správa, finanční správa.

Abstract

This contribution deals with the financial law and administrative law relationship. On the background of famous professor Knap's article published in Pravník journal in 1990 my contribution concerns with the autonomy of financial law stating the existence of specific object of legal regulation and independent method of regulation in principle. Nevertheless the last-mentioned uses the public administration for financial law rules realization. The contribution delimitates so called financial administration in the functional and organization sense and uncovers the possibility to elaborate the consequential issues.

Key words

Financial law, administrative law, object of regulation, method of regulation, public finance, financial system, public administration, financial administration.

1. FINANČNÍ PRÁVO V GLOSE VIKTORA KNAPPA

Ústav státu a práva Československé akademie věd před osmnácti lety, přesně 2. července 1992, se zabýval systémem práva v nových společensko – politických podmínkách. V 11. čísle časopise Právník toho roku¹ profesor Viktor Knapp publikoval stať, jejímž základním zdrojem byl podkladový materiál pro diskusi na zmíněné konferenci z pera autorské skupiny tvořené P. Kalenským, M. Kindlem, F. Šamalíkem a M. Zuklínovou. Název oné staťi je Aktuální problémy systému československého práva. Zajímavé je znovu pročitat pojednání o přelomových momentech v našem právu, o vyhodnocení tehdejšího stavu práva a potřebách nutných změn, a to jak změnách legislativních, tak o nutnostech změn teoretických přístupů právní vědy. Knapp poznamenal, že změny v právním řádu při zachování právní kontinuity nelze provést ze dne na den. Doslova říká: „Přetvoření právního řádu je práce poměrně dlouhodobá, která si vyžádá několika let“, ale současně dodává, že některé změny bylo a bude třeba provést neprodleně, aby právo nebylo brzdou politického a ekonomického vývoje. Na tomto základě z hlediska dalšího vývoje práva určil dvě základní etapy, a to bezprostřední a perspektivní. V rámci etapy bezprostřední měly být provedeny změny v právním řádu, kdy

¹ Právník č. 11 (CXXIX), roč. 11, Ústav státu a práva ČSAV, Academia Praha 1990

konkrétní právní normy brání vývoji k politickému pluralismu, resp. k tržnímu hospodářství, tyto odstranit a vydat normy bezprostředně a nezbytně nutné. V druhé etapě perspektivní vidí nutnost kodifikace či rekodifikace občanského, obchodního, pracovního a trestního práva a současně též potřebu podstatně přetvořit právo správní. V roce 2008 je možné provést bilanci plnění těchto etap a konstatovat, že první etapa splněna byla, druhá však jen z části. Bohužel připouštěl-li pro svým charakterem revoluční první etapu přípustnost i „eventuelních legislativních nedokonalostí“, přenesla se toto revolučno i do etapy druhé, a tato etapa ve své podstatě stále trvá včetně legislativních nedokonalostí. Dílem to bylo dáno agónií federace, dílem též aproximačními a harmonizačními procesy, ale dílem též podivným přístupem legislativcům k tvorbě práva, které si nezádá až s hříšným experimentováním v právu. Takže se neustále ocitáme v době revoluční, provizoriu, kdy reforma stíhá reformu, aniž by byl patrný konec reformy předcházející.

Součástí Knappova pojednání je problém vymezení systému práva, systému zákonodárství a následně i otázka obsahu a vývoje právních odvětví. Byť krátce, jen ve dvou odstavcích se autor věnoval i finančnímu právu. Dovolím si je ocitovat v plném znění, neboť podle mého názoru jsou nadále aktuální a nebylo by dobré je nechat zapadnout:

„Finanční právo je svou povahou specifickou součástí práva správního, jeho zvláštností je však odlišují do té míry, že je většinou považováno (a i u nás bylo již v předmnichovské republice považováno) za samostatné právní odvětví. Současný vývoj nebrání tomu, aby tomu bylo tak i nadále. Jde ovšem o kvalitativní změnu finančního práva. I jeho těžiště se totiž v dřívějším politickém a ekonomickém režimu přeneslo do sféry soukromoprávní, tj. zejména do podnikání a do bankovníctví, kde se navíc neorganicky mísilo na jedné straně s právem administrativním a na druhé straně s právem hospodářským.

Současný politický a ekonomický vývoj tedy sice nevyžaduje opuštění pojmu finanční právo, ale jeho omezení na sféru veřejnoprávní, tzn. na právní otázky státního rozpočtu, na právní režim daní a dávek² (při současné radikální změně daňového systému), na právní otázky měny atd.“³

Ze strany Knappa a tvůrců onoho materiálu pro diskusi je patrné dvojí: chápání finančního práva jako nadstavby správního práva, a současně volání po purismu při stanovení obsahu té výšece právního řádu, kterým je finanční právo.

2. FINANČNÍ PRÁVO CO DO PŘEDMĚTU PRÁVNÍ REGULACE

Právní odvětví v systému práva a právní odvětví v systému zákonodárství není jedno a totéž, ačkoliv jsou si oba pohledy blízké. Prvé pojetí právního odvětví představuje spíše rovinu vědeckého přístupu a druhé více méně přístup legislativní, kdy se jedná o určitý vzájemně provázaný subsystém právních předpisů (odvětví právního řádu). V prvním případě pak jde o souhrn právních norem, který ve svém důsledku naplňuje tzv. odvětvotvorná kritéria: specifický a jedinečný předmět právní regulace, jednotící metoda právní regulace, úzká vazba právních norem dané výšece a konečně společenská akceptace samostatnosti právního

² V otištěném textu je sympatický překlep, na místo správného „dávek“ je uvedeno „dívěk“, což při striktním respektování autorovy autority by mohlo vést k masovému zájmu zejména mužské části populace o studium a bádání tohoto odvětví.

³ Právník č. 11 (CXXIX), roč.11, Ústav státu a práva ČSAV, Academia Praha 1990, s. 966.

odvětví.⁴ Finanční právo tato kritéria splňuje a je chápáno jako samostatné svébytné právní odvětví. Svých pout se správním právem se nezbavuje ani zbavit nemůže. Je s ním provázáno tak, jak v rámci soukromého práva např. obchodní právo s právem občanským. Je to dáno společnou evolucí a především základními rysy uplatňované metody právní regulace. Intenzita vzájemných vazeb však bude rozdílná s ohledem na specifika subsystémů finančního práva, tedy jeho pododvětví. Svou roli hraje též snaha zákonodárce v určitých momentech vytvářet legislativní bariéry mezi správním právem a finančním právem, což se promítá mimo jiné v možnost či nemožnosti subsidiárního použití obecných norem správního procesu pro zejména aplikační procesy finančního práva.

Předmětem finančního práva jsou specifické společenské vztahy, které vznikají a realizují se v procesu tvorby, rozdělování a užití veřejných peněžních fondů, nebo které se uskutečňují v rámci peněžního systému. Finanční právo je často charakterizováno výčtem jej tvořících systémů, jako ve výše uvedenému citaci příspěvku profesora Knappa. Je však zřejmé, že tyto subsystému co do předmětu regulace tvoří dvě svým způsobem diametrálně odlišné části již tradičně pojímaného finančního práva, které pojí pouze především to, že se jedná o vztahy související s penězi (peněžní vztahy), ingerence do těchto vztahů, resp. chování se děje ve veřejném zájmu a metodou, která je vlastní veřejnému právu. Odlišnost lze spatřovat zejména ve smyslu existence daných vztahů. V prvním případě jde o zajištění materiální báze veřejného sektoru pro jeho fungování a poskytování veřejných statků, přičemž v případě druhém se jedná o měnu, její fungování, jakož i fungování finančního trhu. V prvním případě předmětem zájmu bude množství peněz migrujících mezi soukromým a veřejným sektorem, resp. mezi soukromými (eventuelně neveřejnými) a veřejnými peněžními fondy, čili kvantita peněz v pohybu. V druhém případě je v podstatě zájem o kvalitu peněžního systému. Finanční právo, ve smyslu právního odvětví, je chápáno jako odvětví veřejnoprávní regulující vztahy s mocenským prvkem, tedy vztahy geometricky chápané jako nikoliv horizontální, které jsou doménou soukromého práva, ale vertikální s účastí veřejnou mocí nadané instituce nebo případně diagonální, kdy jakési kvazi mocenské postavení je právem přiznáváno jednomu z účastníků na základě jeho finančně právního statutu, ve kterém se spojují přiznaná vrchnostenská oprávnění s povinnostmi vůči skutečnému reprezentantu veřejné moci (takové postavení mají na příklad plátcí daně vůči poplatníkům, devizová místa vůči svým klientům při realizaci opatření proti legalizaci výnosů z trestné činnosti a financování terorizmu apod.). Předmětem finančního práva jako právního odvětví nejsou vztahy, kde jejich účastníci jsou v rovném postavení, byť se jedná o vztahy peněžní, byť realizované mezi neveřejnými a veřejnými fondy, či vztahy uskutečňované v rámci peněžního trhu. Typicky předmětem finančního práva nejsou bankovní obchody a smluvní vztahy v pojišťovnictví. To však neznamená, že nemohou být zařazovány do společné výšece právního řádu, resp. soustřeďovat společnou materii právního předpisu, vytvářet tak odvětví právního řádu jako komplexní úpravu určitého segmentu peněžních vztahů. Obdobně tak při koncipování didaktických předmětů, kde jistá míra prezentace vzájemných souvztažností více právních odvětví je více než žádoucí, než bazírování na striktně oborovém obsahu vyučované materie.

Ve stručnosti k předmětu finančního práva jako právního odvětví a v podstatě i jako odvětví právního řádu lze poznamenat, že v České republice tradičně pojímané finanční právo je odvětvím se dvěma kategoriemi předmětů, jednak to jsou v podstatě veřejné peníze a v druhém případě finanční či peněžní systém.

⁴ Srovnej Průcha, P. *Správní právo – obecná část*. Brno : Masarykova univerzita a Doplněk, 2004. s. 34.

Předmětový dualismus finančního práva lze uplatnit jako kritérium pro uspořádání materie finančního práva, resp. norem finančního práva do určitého smysluplného a užitečného systému. Finanční právo má obdobný handicap jako právo správní, že je odvětvím nekodifikovaným a jako celek se vši pravděpodobností i s využitím poznatků právní komparatistiky nekodifikovatelným. Vymezení obecné části finančního práva jako právního odvětví je záležitostí vědeckého zkoumání materie finančního práva a hledání obecných principů a zásad platných pro celé finanční právo, jakož i dalšího, co náleží do obecné části právního odvětví. Obecná část finančního práva jako odvětví právního řádu nemůže být pro formulování obecné části finančního práva jako právního odvětví nápomocna, protože vzhledem k nekodifikování a nekodifikovatelnosti finančního práva v podstatě neexistuje. S využitím předmětového kritéria finanční právo lze rozdělit do dvou částí, a to na regulaci veřejných financí, tj. fisku, a na regulaci finančního systému. Několik let více méně pracovně, zejména z důvodů didaktických, oba díly finančního práva označujeme za část fiskální a část nefiskální. Každý z těchto subsystémů finančního práva se skládá s subsystémů nižších řádů – subodvětví a eventuelně dalších dílčích částí. Fiskální část finančního práva tak tvoří rozpočtové právo, berní právo (daně, poplatky a další dávky), celní právo (cla) a neuspořádaná oblast veřejných výdajů. Nefiskální část je pak složena z měnového práva a devizového práva, dále pak z subsystémů upravujících veřejnoprávní dohled nad finančním trhem (veřejné bankovní právo, pojišťovnické právo, veřejné právo kapitálového trhu ad.). Pro zobecnění dané části finančního práva je nutné soustředit se zejména na hledání obecných principů a zásad daného subodvětví, jakož i pojmy, zkoumat podmínky aplikace hmotněprávní materie v procesech uplatňované v daném subsystému. Cestou průniků, sledování shod nalezených odpovědí, je pak možné určit, zda se jedná o element společný dané části finančního práva nebo dokonce vlastní celému finančnímu právu, či se jedná pouze o prvek jedinečně se vyskytující v rámci jednoho nebo několika sobě si blízkých subsystémů.

3. METODA

Jedním z elementů zkoumání subsystémových souvztažností nad míru důležitých pro obecnou charakteristiku finančního práva, resp. jeho předmětově vymezených částí, je další z odvětvotvorných kritérií, a to metoda právní regulace. Jak Petr Průcha ve vztahu ke správnímu právu správně tvrdí, že metoda právní regulace společně s předmětem úpravy dané právní odvětví (v jeho případě správní právo) významně profiluje,⁵ což beze zbytku platí i pro finanční právo.

Obecně metoda právní regulace navazuje na předmět právní regulace, neboť určuje, jakým způsobem předmět regulace je regulován. Jak tedy dané odvětví práva působí na společenské vztahy ve sféře jeho zájmu. S ohledem na zařazení materie finančního práva do veřejného práva a s ohledem na charakter jeho předmětu je metoda uplatněná ve finančním právu metodou veřejnoprávní, vyjadřující převahu subjektů reprezentujících veřejnou moc nebo alespoň veřejný zájem a nerovnost druhého subjektu, který je povinen legitimní a legální mocenského subjektu strpět i proti svým zájmu a své vůli. Je-li finanční právo považováno za nadstavbové odvětví k správnímu právu, pak i působení na adresáty finančněprávních norem bude mít svoji podstatu v uplatňování výkonné moci. Společná evoluce správního práva a finančního práva a obecný výchozí základ ve správním právu dávají finančnímu právu do vínku, že i metoda v jeho rámci uplatňovaná bude mít základ v administrativněprávní metodě regulace. Metoda uplatněná ve finančním právu je modifikací administrativněprávní.

⁵ Srovnej Průcha, P. *Správní právo – obecná část*. Brno : Masarykova univerzita a Doplněk, 2004. s. 36.

S ohledem na předmět právní regulace, resp. na charakter společenského vztahu jako objektu působení finančně právní normy, jsou administrativněprávní prvky posilovány nebo naopak oslabovány zejména pronikáním elementů vlastních odvětvím soukromého práva nebo specifických často majících svůj původ v ekonomických nástrojích. I přes tyto modifikace je patrné, že mocenská povaha metody uplatňované ve finančním právu ani při maximálním oslabení správních prvků není odstraněna. Znakem veřejnoprávních norem, včetně metody finančněprávní, je převažující kogentní charakter norem. Intenzita výskytu kogentních norem v jednotlivých subsystémech je různá a souvisí též s povahou předmětu regulace. Vzhledem k provázanosti předmětu finančněprávní regulace s ekonomikou je účelné a potřebné na místo striktního vymezení vzoru chování vymezit meze či vytvořit prostor pro využití vhodných ekonomických nástrojů, stimulů, ale také v procesu vlastního uvážení provést volbu a aplikaci vlastních strategických postupů, respektujících zákonné meze, principy, cíle a účel regulace, a to včetně uplatnění mocenského zhodnocení legálnosti a správnosti postupu, nikoliv však jeho ekonomické efektivity. Na rozdíl od administrativněprávní metody je tak dán adresátům norem finančního práva větší prostor pro rozmanitost realizace svých práv a povinností v reakci na ekonomické prostředí, resp. na jeho vývoj, dává možnost v intencích práva uvážit využití svých práv či navrhovaných vzorů chování a uplatnit je podle vlastní převážně ekonomické strategie. Toto není dáno jen adresátům v podřízeném postavení, ale může to být i součástí statutu adresátů s vrchnostenským oprávněním. Na rozdíl od metody administrativněprávní vznik, realizace a zánik finančněprávních vztahů se nemusí uskutečňovat na základě aktu orgánu výkonné moci, ale existuje po splnění zákonem stanovených podmínek a působení výkonné moci může být uplatněno až sekundárně jako uplatnění její kontrolní eventuelně sankční funkce. A. V. Demin⁶ vymezil specifika finančněprávní metody platná v moderním státě kontinentálně evropské právní kultury, jsou jimi:

Veřejnoprávní charakter účelu regulace.

a) Atributivní účast veřejné moci.

b) Mocenský charakter finančněprávních vztahů.

c) Převaha příkazujících a zakazujících norem.

d) Imperativní charakter právní regulace.

e) Majetkový, resp. peněžní charakter většiny finančněprávních vztahů.

f) Finančněprávní akt jako základní právní nástroj, jehož forma odpovídá povaze předmětu regulace od aktu svým charakterem odpovídajícím normativnímu nebo individuálnímu správnímu aktu, přes možnosti i formalizovaných závěrů určité negociace, až po akty deklarace vlastních subjektivních uplatněných práv a povinností. Specifickým finančněprávním aktem je zákon neobsahující právní normu, který je ve své podstatě finančním plánem hospodaření státu s hypotetickými příjmy a předpokládanými výdaji, ty však nejsou k příjmům vázány jako dispozice k hypotéze, neboť tato vzájemná interakce je zjištělná až po provedení roční bilance, v konečném důsledku postrádá se i vymezení právní odpovědnosti za nenaplnění příjmů či překročení výdajů.

⁶ Demin, A. V. *Finansovoe pravo*. Moskva : Infra-M, 2003. s. 25 an.

g) Internacionalizace, resp. vysoká míra transpozice mezinárodních závazků státu do vnitrostátní regulace finančněprávních vztahů.

h) Kvantita formalizovaných úkonů procesního charakteru, které však činí podřízený adresát finančněprávních norem v rámci samostatné aplikace norem finančního práva bez přímé účasti orgánu veřejné moci vůči sobě nebo jinému subjektu v rámci realizace svých práv a povinnosti nebo eventuálně delegovaných oprávnění, které zaručují možnost relativně snadného výkonu mocenské kontroly, dozoru, dohledu, tedy zjištění správného naplnění díkce zákona.

i) Aktivní využití metod rekomendace v rozličných formách podtrhující možnost ovlivňování chování v předmětných vztazích cestou doporučení, nezávazných pokynů, editačních aktů apod.

Předmět a metoda regulace jsou společnými předpoklady pro určení mezníku oddělujícího právní odvětví mezi sebou. Oba by měly být naplněny současně. V případě finančního a správního práva vzhledem k poměrně intenzivním interakcím je v určitých momentech až kontraproduktivní striktně rozlišovat, zda se jedná a doménu vlivu správního či finančního práva. Přes všechna zmíněná specifika finanční právo k mocenskému působení na chování subjektů finančněprávních vztahů využívá forem, metod i samotného systému orgánů veřejné správy. Lze konstatovat, že v prostředí veřejné správy dochází tak k realizaci finančněprávní regulace, kdy orgán veřejné správy je zákonem legitimován k veřejné správě, jejíž objekt je regulován finančním právem. Snoubí se zde dvě právní regulace, kdy právo takové správy je tvořena normami správního práva a normami finančního práva. Předmětem správního práva bude sama veřejná správa a předmětem finančního práva bude předmět této veřejné správy, pak ovšem metoda uplatňovaná v takovém prostředí bude syntézou obou metod s výrazným posílením administrativní složky finančněprávní metody regulace.

4. VEŘEJNÁ PRÁVA A FINANČNÍ PRÁVO

Je-li předmětem veřejné správy chování regulované normami finančního práva je možné uvažovat o zvláštním úseku veřejné správy – finanční správě.

Finanční správa je institut, který postrádá hlubší teoretické rozpracování v odborné literatuře. Svým způsobem je právní vědou ignorována především z důvodu, že stojí na hranici dvou právních odvětví, kdy často jejich protagonisté na jedné straně mají pochybnosti o samostatnosti finančního práva a na druhé straně administrativní složka realizace finančního práva je podceňována snad v obavě o projevení přílišného náznaku vzájemné potřeby, která by mohla být posuzována snad i jako náznak nesvébytnosti.

Veřejná správa může být chápána ve smyslu materiálním, resp. funkčním, a to jako činnost spočívající ve spravování věcí veřejných metodou a ve formách, které nejsou ani legislativou ani justicií. Nebo může být chápána ve smyslu organizačním jako systém institucí, orgánů, vykonavatelů veřejné správy ve funkčním smyslu. Finanční správa jako specifický díl veřejné správy nemůže být chápána jinak.

Z předmětového hlediska funkčně pojatá finanční správa představuje administrativní péči o veřejné finance nebo finanční systém (nikoliv systém financování veřejného sektoru, to jsou veřejné finance, ale peněžní systém a dohled nad finančním trhem). Organizačně chápaná finanční správa je konglomerát institucí pověřených výkonem finanční správy. Záměrně

používám termínu „konglomerát“, protože jen v omezené míře lze hovořit o systému institucí finanční správy.

Podle charakteru předmětu a s tím spojeného i cíle finanční správy je možné finanční správu rozdělit obdobně, jak je konstruována předmětová systematika finančního práva, tedy na správu veřejných financí a správu peněžního systému. V případě správy veřejných financí by se též nabízelo označení „fiskální správa“, což však může být poněkud zavádějící, neboť takto se pojmenovává jedna ze složek činností veřejné správy zaměřená především na péči o materiální základ své vlastní existence, a to vedle složky vrchnostenské.

Správa veřejných financí představuje veřejnou službu spočívající v péči o veřejné peněžní fondy, o jejich systém, příjmy, proces rozdělování, přerozdělování a užití. Prim mezi orgány, do jejichž působnosti patří správa veřejných financí, hraje ministerstvo financí. Ministerstvu financí podléhají dvě soustavy specializovaných dekoncentrovaných orgánů veřejné správy, do jejichž věcné působnosti patří veřejné finance především po straně veřejných příjmů, jsou to v podmínkách České republiky územní finanční orgány a Celní správa České republiky. Vedle toho výkonem veřejné správy veřejných financí je pověřen v podstatě každý, kdo přijímá peníze jménem státu, případně jiné veřejnoprávní korporace, a nejedná se o úhradu soukromoprávních plnění, přičemž oprávnění přijímat tyto peníze plyne z finančněprávních norem. Peníze, na které má nárok veřejný sektor, jsou veřejnými penězi, a to po dobu trvání tohoto nároku. Vykonavatelem veřejné správy veřejných financí je též každý, kdo spravuje veřejné výdaje, tedy vydávání veřejných peněz z veřejných peněžních fondů. V podstatě je možné říci, že postavení instituce vykonávající správu veřejných financí má každý, kdo za přiměřeného použití metody administrativněprávní regulace odpovídající metodou finančněprávní regulace pečuje o veřejné finance v rámci procesu tvorby, přerozdělování, rozdělování a užití veřejných peněžních fondů, a to až do momentu, kdy peníze pozbudou statutu veřejných peněz a veřejný sektor ztratí na ně nárok. Do systému správy veřejných financí v organizačním smyslu je nutné zahrnout všechny jiné správní orgány, které spravují veřejné příjmy nebo výdaje, kdy se bude jednat v podstatě o sekundární činnost k jejich hlavnímu, vrchnostenskému, předmětu činnosti. Tak stavební úřad primárně vykonává státní stavební správu a sekundárně pečuje o veřejné finance správou správních poplatků za zpoplatněné úkony stavební správy a správou pokut uložených za porušení norem stavebního práva. Ovšem správa veřejných financí překračuje meze orgánů moci výkonné. Péče o veřejné finance se děje i v rámci legislativní a kontrolní činnosti parlamentu a rovněž v rámci soustavy soudů. Soudy spravují nejméně soudní poplatky, ale též pořádkové pokuty, peněžité tresty a jiné majetkové sankce, jejichž výnos je příjmem státního rozpočtu. Významnou roli při správě veřejných financí pochopitelně hraje Nejvyšší kontrolní úřad.

Správa peněžního systému je svěřena na vládě nezávislé instituci, a to v případě České republiky Česká národní banka. Ta má ze zákona přiznáno postavení správního úřadu, kdy vykonává správu měny České republiky, je devizovým orgánem a současně koncentruje v sobě výkon dohledu nad finančním trhem.

5. JE NUTNÉ ZKOUMAT DÁL

Závěrem bych poznamenal, že finanční správa představuje zvláštní díl veřejné správy s vlastními postuláty, formálním základem, cíli, metodami a formami své realizace, kterým je třeba věnovat zvýšenou pozornost, neboť realizace norem finančního práva se bez finanční správy zjevně neobejde. Při bližším studiu finanční správy je možné nacházet nové a nové poznatky o jejím fungování a právní regulaci, které v procesu modernizace veřejné správy s požadavky, aby i finanční správa byla správou dobrou, přátelskou, efektivní a koneckonců

moderní, jsou užitečné pro úvahy účelné úpravě těmto trendům odpovídající. Nestačí jen dobré finanční právo, ale je k tomu třeba mít i dobrého jeho realizátora, kterým beze sporu je finanční správa.

Literatura:

- Demin, A.V. Finansovoe pravo. Moskva : Infra-M. 2003. 222 s. ISBN 5-16-001550-7.
- Mrkývka, P. Finanční správa. Brno : Masarykova univerzita v Brně, 1997. 191 s. ISBN 80-210-1685-X.
- Mrkývka, P. a kol. Finanční právo a finanční správa. 1. díl. Brno : Masarykova univerzita. 2004. 403 s. ISBN 80-210-3578-1.
- Průcha, P. Správní právo – obecná část. Brno – Masarykova univerzita a Doplněk. 2004. 356 s. ISBN 80-210-3350-9 et 80-7239-157-7.

Kontaktní údaje na autora – email:

petr.mrkývka@law.muni.cz

SOUČASNOST A BUDOUCNOST TRANSFEROVÝCH DANÍ

JAN NECKÁŘ

Právnická fakulta Masarykovy univerzity, Česká republika

Abstrakt v rodném jazyce

Příspěvek se zabývá současným a budoucím postavením transferových daní v daňovém systému České republiky. Uvádí argumenty pro i proti navrhovanému zrušení daně dědické, daně darovací i daně z převodu nemovitostí.

Klíčová slova v rodném jazyce

Transferové daně, daň dědická, daň darovací, daň z převodu nemovitostí, převod, přechod, vlastnictví, nemovitost, efektivita zdanění, zrušení, dvojí zdanění, inkaso, reforma daňového systému.

Abstract

The article deals with the present state and with the future position of transfer taxes in the tax system of the Czech Republic. Pro and con arguments for the proposed dissolution of the Inheritance tax, the Gift tax and the Real estate transfer tax are mentioned.

Key words

Transfer taxes, inheritance tax, gift tax, real estate transfer tax, transfer, transition, ownership, real estate, tax effectiveness, dissolution, double taxation, collection, reform of the tax system.

V poslední době se opět ze strany Ministerstva financí České republiky začíná nahlas hovořit o tom, zda mají v našem daňovém systému své místo transferové daně, tedy daň dědická, daň darovací a daň z převodu nemovitostí. Tyto debaty ještě zesílily po přijetí zákona o stabilizaci veřejných rozpočtů,¹ kdy došlo k výrazným úpravám všech těchto tří daní.

Transferové daně bývají zpravidla v daňové teorii zařazovány mezi majetkové daně, v poslední době však dochází k postupnému posunu ve vnímání transferových daní a jejich klasifikování do samostatné skupiny daní z občanskoprávních úkonů. Důvodem pro tento posun je změna ve vnímání převodů majetku, kdy základním předpokladem převodu je občanskoprávní úkon – v případě dědění se jedná o přijetí (neodmítnutí) dědictví, u daně darovací je to darování a u úplatných převodů nemovitostí jde o písemný² právní úkon, na základě kterého dochází ke změně vlastnictví k nemovitosti.

Otázka, zda transferové daně jako celek, příp. zda pouze konkrétní daň zrušit nebo ponechat je značně složitá, jedná se ale spíše o politické než věcné rozhodnutí – pro ponechání i pro zrušení je možné nalézt mnoho důvodů, jak již bylo ukázáno při opakovaných návrzích na zrušení celého zákona v Poslanecké sněmovně Parlamentu České republiky.

Jako důvod pro zrušení daně se opakovaně uvádí, že se jedná o zdanění již jednou zdaněného majetku – zde je ale nutné poukázat na fakt, že toto „dvojí zdanění“ není v našem právním řádu zakázáno, dále že se nejedná o zdanění majetku, ale o zdanění právního úkonu, na

¹ Zákon č. 261/2007 Sb., o stabilizaci veřejných rozpočtů.

² § 46 zákona č. 40/1964 Sb., občanský zákoník, ve znění pozdějších změn a doplňků.

základě kterého je vlastnictví daného majetku převáděno na nabyvatele a dále také na situaci, kdy i u jiných daní se dvojí zdanění vyskytuje. Příkladem zde může být zdanění zisku právnických osob, kdy následně rozdělované dividendy jsou předmětem daně z příjmu fyzických osob. Současně je nutné upozornit, že princip dvojího zdanění není špatný sám o sobě, rozhodující v tomto ohledu je celkové daňové zatížení.

Daně z převodu majetku (zejména daň dědická a daň darovací) zatěžují nahodilé a neočekávané příjmy. Tyto neočekávané příjmy nabyvatel získává bez vlastního přičinění a vlastního úsilí. Pokud tedy stát získává daně z takovýchto nahodilých příjmů, nemusí již tolik zdaňovat mzdy či jiné druhy pravidelných příjmů. Lze se zřejmě shodnout na tom, že je pro poplatníky únosnější zaplatit z nahodilého příjmu poměrně vyšší majetkovou daň výměnou za to, že z pravidelného příjmu zaplatí nižší daň z příjmů. Není však třeba zastírat, že takovéto odůvodnění je skutečně teoretické.³

Všechny tři transferové daně mají smysl výhradně v situaci, kdy budou existovat dohromady. Při neexistenci jen jediné z nich bude díky tomu docházet k obcházení zákona (např. při neexistenci daně darovací budou lidé raději nemovitosti „darovat“ a protiplnění jako základní předpoklad uplatnění právní úpravy daně z převodu nemovitostí bude řešeno jinými cestami apod.). V současné době je smysl těchto daní narušen rozsáhlým osvobozením dědění a darování v rámci I. a II. skupiny, kdy již nyní právě k obcházení zákona mezi příbuznými dochází, čímž dochází ke snižování efektivity zdanění.

Základními důvody pro ponechání zdanění převodů majetku jsou zejména výnos těchto daní, kdy každoročně inkaso transferových daní činí přibližně 1 % příjmů státního rozpočtu (cca 8 mld. Kč v posledních letech) s jasnou převahou výnosu u daně z převodu nemovitostí.

Daň	1998	1999	2000	2001	2002	2003	2004	2005	2006
Daň dědická	0,15	0,15	0,12	0,11	0,90	0,10	0,10	0,10	0,12
Daň darovací	0,43	0,41	0,41	0,48	0,60	0,65	0,82	0,51	0,60
Daň z převodu nemovitostí	5,68	6,27	5,44	5,83	7,17	8,02	9,46	7,49	7,78

Tabulka 1: Inkaso transferových daní v České Republice v letech 1998 až 2006 v mld. Kč⁴

Argumentem používaným pro i proti existenci transferových daní je efektivita zdanění. Ministerstvo financí České republiky zveřejnilo konkrétní procenta efektivity výběru daní za rok 2004, kde v porovnání s daněmi z příjmu ob stojí v tomto směru pouze daň z převodu nemovitostí. Všechny ostatní daně – daň darovací a zejména daň dědická – mají velice vysoké náklady na správu těchto daní v porovnání s jejich inkasem.

Zastánci zrušení transferových daní prohlašují, že zrušením těchto daní dojde k ušetření nemalých prostředků na jejich výběr a pokud navíc současně dojde ke zvýšení jiných daní,

³ Zdanění příjmů a majetku v České republice. Výstup expertní skupiny. Dostupné na www.mfcr.cz.

⁴ Informace o činnosti daňové správy za rok 2004. Státní závěrečný účet za rok 2005. Státní závěrečný účet za rok 2006. Dostupné na www.mfcr.cz.

nemusí dojít k výpadkům daňových příjmů. Na druhou stranu lze ale tyto údaje se stejným úspěchem použít k obhájení zvýšení výnosu těchto daní, aby se jejich efektivita více blížila efektivitě výběru „velkých daní“.⁵

Daň	administrativní náklady / inkaso daně
Daň dědická	77,81 %
Daň darovací	16,03 %
Daň z převodu nemovitostí	2,85 %

Tabulka 2: Efektivita výběru majetkových daní v roce 2004⁶

Pro zachování daně z převodu nemovitostí svědčí také to, že vyjma Slovenské republiky je tato daň upravena ve všech Evropských státech, i když je samozřejmě její úprava značně rozdílná (sazby od 1 do 24 %, daňová minima až do 80.000 EUR, různé stanovení poplatníka daně, komu plyne výtěžek daně atd.). Samozřejmě lze nalézt jistou podobnost, kdy některé státy na převody nemovitého majetku uvalují daň, jiné mají registrační poplatky a jiné kolkovné.

Ministerstvo financí České republiky v rámci reformy daňového systému⁷ navrhuje společně s účinností nového zákona o daních z příjmů zrušit zákon o dani dědické, dani darovací a dani z převodu nemovitostí⁸ a příjmy plynoucí z těchto převodů by se měly stát předmětem daně z příjmů.⁹ Předpokládá se zachování časového testu pro případy prodeje nemovitostí v podobné úpravě jak je tomu v současném zákoně.

Podle názoru autora tohoto příspěvku není, s ohledem na výše uvedené důvody, navrhované řešení – tedy zrušení transferových daní – tím správným krokem. Transferové daně by měly být zachovány a spíše než o jejich zrušení by bylo vhodné debatovat o jejich reformě a komplexní novelizaci – zpřehlednění a vyjasnění důvodů pro osvobození od daně, vyřešení případu směny nemovitostí mezi tři a více subjektů, odstranění povinnosti platit poplatek za vklad práva do katastru nemovitostí v případě, že je převod předmětem daně, vyjasnění zdaňování věcných břemen a v neposlední řadě zavedení určitého daňového minima, jehož výše je otázkou nastavení efektivit zdanění. Samostatným problémem je název daně z převodu nemovitostí, kdy předmětem zdanění jsou nejen převody, ale i přechody vlastnictví k nemovitostem.

⁵ http://www.zavedenieura.cz/cps/rde/xbcr/SID-2B60A074-479A2438/mfcr/Vystupni_material_expertni_skupiny_pdf.pdf

⁶ Zdanění příjmů a majetku v České republice. Výstup expertní skupiny. Dostupné na www.mfcr.cz.

⁷ Blíže viz www.dane2010.cz.

⁸ Zákon č. 357/1992 Sb., o dani dědické, dani darovací a dani z převodu nemovitostí, ve znění pozdějších změn a předpisů.

⁹ http://www.mfcr.cz/cps/rde/xchg/mfcr/xsl/vecny_zamer_zakona_dzp_44362.html.

Současně je nutné upozornit na skutečnost, že daň z převodu nemovitostí může ztratit svůj smysl v okamžiku, kdy vejde v platnost nový občanský zákoník (v případě, že v rámci připomínkového řízení nebo v rámci legislativního procesu nedojde ke změně). Navrhovaný text zákona předpokládá, že k převodům vlastnictví k nemovitostem bude docházet již na základě právního úkonu a nikoliv až okamžikem vkladu práva do katastru nemovitostí. V danou chvíli nebude možné efektivně spravovat tuto daň a i vzhledem k judikatuře Ústavního soudu,¹⁰ kdy není povinností vlastníka změnu vlastnictví zapsat do katastru nemovitostí, bude výnos této daně nižší, než náklady na její správu.

Podle posledního vývoje se zdá, že transferové daně již mají své dny sečteny. Ještě ale zbývá mnoho možností pro zvrácení tohoto vývoje a zachování zdanění převodů majetku v právním řádu České republiky.

Literatura:

- http://www.mfcr.cz/cps/rde/xchg/mfcr/xsl/vecny_zamer_zakona_dzp_44362.html.
- http://www.zavedenieura.cz/cps/rde/xbcr/SID-2B60A074-479A2438/mfcr/Vystupni_material_expertni_skupiny_pdf.pdf
- Informace o činnosti daňové správy za rok 2004. Dostupné na www.mfcr.cz.
- Koutná, Alena. Daň z převodu nemovitosti. In: Kolektiv autorů. Daně 2005. Praha: ASPI, 2005. 1012s. ISBN 80-7357-079-3.
- Nález Ústavního soudu ze dne 7. 4. 1996, sp. zn. IV ÚS 201/96.
- Radvan, Michal. In: Mrkývka, Petr a kol. Finanční právo a finanční správa. 2. díl. Brno: Masarykova Univerzita v Brně, 2004. 381s. ISBN 80-210-3578-X.
- Radvan, Michal. Zdanění majetku v Evropě. 1. vyd. Praha : C. H. Beck, 2007. 386 s. EPH54. ISBN 978-80-7179-563-6.
- Státní závěrečný účet za rok 2005. Dostupné na www.mfcr.cz.
- Státní závěrečný účet za rok 2006. Dostupné na www.mfcr.cz.
- www.dane2010.cz.
- Zákon č. 261/2007 Sb., o stabilizaci veřejných rozpočtů.
- Zákon č. 357/1992 Sb., o dani dědické, dani darovací a dani z převodu nemovitostí, ve znění pozdějších změn a předpisů.
- Zákon č. 40/1964 Sb., občanský zákoník, ve znění pozdějších změn a doplňků.
- Zdanění příjmů a majetku v České republice. Výstup expertní skupiny. Dostupné na www.mfcr.cz.
- Zdanění příjmů a majetku v České republice. Výstup expertní skupiny. Dostupné na www.mfcr.cz.

¹⁰ Nález Ústavního soudu ze dne 7. 4. 1996, sp. zn. IV ÚS 201/96.

Kontaktní údaje na autora – email:
jan.neckar@law.muni.cz

DAŇOVÉ PŘÍJMY KRAJŮ V ČESKÉ REPUBLICE

MARTIN NETOLICKÝ

Právnická fakulta Masarykovy univerzity, Česká republika

Abstrakt v rodném jazyce

Kraje vznikly na našem území v roce 2000, kdy nabyt účinnosti ústavní zákon o vytvoření vyšších územních samosprávných celků schválený již v roce 1997. Spolu s ustavením krajů bylo nezbytné nastavit jejich financování tak, aby mohly od počátku plnit veškeré úkoly, které jim byly svěřeny. Postupně došlo k výrazné fiskální decentralizaci směrem k územním rozpočtům, tedy i na krajské úrovni. Příspěvek se blíže zabývá vývojem rozpočtového určení daní ve vztahu ke krajům od počátku existence krajské samosprávy až do současnosti. Dále se autor snaží pojmenovat možné další směřování v rámci chystaných změn zákona o rozpočtovém určení daní.

Klíčová slova v rodném jazyce

Kraj, krajská samospráva, rozpočet kraje, rozpočtové určení daní.

Abstract

In the Czech Republic regions were created in 2000 when the Act of creating regions came into force. At the same time it was necessary to define financing of regions to realize all activities. This contribution deals with development of budgetary determination of taxes for regions from 2000. The author tries to find other course in financing regions in our country.

Key words

Region, regional self-government, budgetary of the region, budget determination of taxes.

1. VZNIK KRAJSKÉ SAMOSPRÁVY A POČÁTKY JEJÍHO FINANCOVÁNÍ

Pro krajskou samosprávu byl rok 2000 skutečným mezníkem. Od 1. ledna vznikly kraje jako vyšší územní samosprávné celky a byl tak naplněn čl. 99 Ústavy ČR, který od jejího schválení předpokládal existenci středního článku řízení, dále dnem prvních voleb do zastupitelstev krajů (pozn. 12. listopadu 2000) nabyt účinnosti též zákon o krajích, který se stal základním předpisem pro fungování a organizaci krajské samosprávy, a konečně 1. ledna 2001 nabyt účinnosti zákon o rozpočtových pravidlech územních rozpočtů a na něj navazující zákon o rozpočtovém určení daní. Všechny uskutečněné změny proběhly v rámci složitého procesu první etapy reformy veřejné správy, která zahrnovala vedle předpisů organizačního charakteru (viz. zákon o obcích, zákon o krajích, zákon o hlavním městě Praze) také předpisy upravující financování územních samospráv.

Budeme-li se zabývat financováním územních samospráv podrobněji, potom zjistíme, že vlastní příjmy krajů, tedy ty, o nichž mohou kraje rozhodovat samy, a které představují fiskální decentralizaci, tvoří podstatně menší podíl než je tomu v případě rozpočtů obecních. Vlastní příjmy jsou vždy tvořeny daňovými, nedaňovými a kapitálovými příjmy. Největší část rozpočtů krajů je dosud tvořena z dotací (resp. transferů) přijatých z jiné úrovně rozpočtové soustavy. Míra závislosti na jiných rozpočtech je u krajů poněkud vyšší než na úrovni místní (obecní) samosprávy. Pokud se ovšem podíváme na situaci před osmi lety, kdy kraje vznikaly, potom musíme konstatovat, že i přes menší podíl vlastních příjmů došlo k významnému zvýšení soběstačnosti oproti skutečnosti v prvních letech. Posilování vlastních příjmů krajů

bylo způsobeno několika změnami zákona o rozpočtovém určení daní, který stanoví podíl krajů na vyjmenovaných daních.

Do Poslanecké sněmovny šel vládní návrh zákona o rozpočtovém určení daní (dále jen RUD) ve zcela odlišném znění než byl definitivně schválen. Legislativní proces ve Sněmovně znamenal zásadní úpravy původně předpokládané struktury sdílených daní procentuelní výše výnosů určených pro rozpočty krajů. Dle původního návrhu měly být součástí daňových příjmů krajů také spotřební daně (dokonce jako daně výlučné). Obdobně měly být součástí daňových příjmů krajů výnosy daně darovací a dědické jako daně výlučné, daň z převodu nemovitostí měla být sdílena se 75% podílem pro kraje. Myslím, že díky diskusím, které jsou v současnosti vedeny ohledně zahrnutí spotřebních a ekologických daní mezi sdílené daně je následující přehled původního záměru zajímavý. Vláda předpokládala, že daňové příjmy krajů měly být tvořeny:

- celostátním hrubým výnosem spotřební daně z lihu a lihovin,
- celostátním hrubým výnosem spotřební daně z piva,
- celostátním hrubým výnosem spotřební daně z vína,
- výnosem daně darovací,
- výnosem daně dědické,
- podílem na 10 % z celostátního hrubého výnosu daně z přidané hodnoty,
- podílem na 10 % z celostátního hrubého výnosu daně (záloh na daň) z příjmů fyzických osob ze závislé činnosti a funkčních požitků, odváděné zaměstnavatelem jako plátcem daně,
- podílem na 10 % z celostátního hrubého výnosu daně (záloh na daň) z příjmů fyzických osob srážené podle zvláštní sazby,
- podílem na 10 % z celostátního hrubého výnosu daně (záloh na daň) z příjmů fyzických osob s výjimkou výnosů ze závislé činnosti a funkčních požitků a daně srážené podle zvláštní sazby,
- podíl na 10 % z celostátního hrubého výnosu daně z příjmů právnických osob
- a 75 % hrubého výnosu daně z převodu nemovitostí.¹

Součástí důvodové zprávy k návrhu zákona o RUD byl finančně ekonomický rozbor, který obsahoval stručné zdůvodnění fiskální decentralizace směrem k územním samosprávným celkům. Kraje však byly zmíněny spíše okrajově. Dle zmíněné důvodové zprávy navrhovalo Ministerstvo financí (potažmo vláda) výše uvedenou strukturu výlučných a sdílených daní s ohledem na převod zřizovatelských funkcí z jednotlivých resortů a okresních úřadů na kraje tak, aby jejich financování bylo součástí rozpočtově určených daňových příjmů pro kraje a dotací ze státního rozpočtu, přičemž o tytéž částky měly být následně sníženy příjmy

¹ Parlament ČR, PS, III. Volební období, sněmovní tisk 435/0 Vládní návrh zákona o rozpočtovém určení daní. Dostupný z: <http://www.psp.cz/sqw/text/tiskt.sqw?O=3&CT=435&CT1=0>.

i výdaje kapitol státního rozpočtu. Dále měl být rozpočtovým určením financován také provoz krajských úřadů.

Po složitém projednávání v orgánech Poslanecké sněmovny, zejména potom na rozpočtovém výboru a výboru pro veřejnou správu, regionální rozvoj a životní prostředí, bylo dohodnuto, že daňové příjmy krajů nebudou pro rok 2001 stanoveny. Z textu přijatého zákona bylo zřejmé, že problém nastavení příjmů nově vzniklých krajů je natolik ekonomicky i politicky složitý, že se zákonodárce rozhodl nepřijímat ukvapená rozhodnutí pod časovým tlakem. Je evidentní, že cílem bylo přijmout úpravu v průběhu roku 2001 tak, aby byla účinná počínaje rokem 2002. Toto řešení se nabízelo i proto, že majetek přecházel na kraje postupně v průběhu roku 2001, kdy zároveň s ním byly převedeny i zřizovatelské funkce organizací a příslušné výdaje státního rozpočtu s ním spojené. Šlo o organizace, které do té doby zřizovalo Ministerstvo školství, mládeže a tělovýchovy, Ministerstvo zemědělství, Ministerstvo dopravy, Ministerstvo práce a sociálních věcí, Ministerstvo kultury a Ministerstvo zdravotnictví ČR.

V roce 2001 byly kraje přechodně financovány dotacemi ze SR, přičemž finanční vztah státního rozpočtu k rozpočtům krajů byl stanoven přílohou č. 7 zákona č. 491/2000 Sb., o státním rozpočtu ČR na rok 2001.²

2. PRVNÍ NOVELA ZÁKONA O RUD VE VZTAHU KE KRAJŮM

Avizovaná novela zákona o RUD byla schválena jako zákon č. 483/2001 Sb. Šlo o první předpis, který stanovil procentní podíl ze sdílených daní pro kraje. Jejich stanovená struktura od té doby přibližně odpovídá struktuře sdílených daní pro obce, což bylo jedním z principů vládního návrhu. Mělo se tím dosáhnout sladění vývoje jednotlivých článků veřejných rozpočtů. Byť vládní návrh původně určoval jiná procenta ze sdílených daní pro kraje, konečná upravená verze se již výrazně nelišila a byl nalezen kompromis. Důvodová zpráva tentokrát obsahovala podrobné údaje týkající se navrhované právní úpravy. Přesto se předpokládalo, že i rok 2002 bude do jisté míry přechodný, protože k 31.12.2002 se očekával zánik okresních úřadů, z nichž měly přejít další zřizovatelské funkce na kraje spolu s příslušným majetkem.

Vedle vlastních daňových příjmů se dále předpokládalo, že bude nadále existovat dotační vztah státního rozpočtu k rozpočtům krajů. Celkový objem výdajů nemohl být financován daňovými výnosy v důsledku již schválených zákonů (např. zákon o krajích stanovil povinnost poskytnout krajům příspěvek na výkon státní správy v přenesené působnosti (ve formě dotace)). Vládní návrh počítal s daňovými příjmy, které měly pokrýt především běžné výdaje na chod krajského úřadu, na převedené zřizovatelské funkce podle zákona č. 157/2000 Sb. a na tak zvanou běžnou míru investování.³

Daňové příjmy krajů počínaje rokem 2002 tvořily:

² Parlament ČR, PS, III. Volební období, sněmovní tisk 947/0 Vládní návrh zákona o rozpočtovém určení daní. Dostupný z: <http://www.psp.cz/sqw/text/tiskt.sqw?O=3&CT=974&CT1=0>.

³ Parlament ČR, PS, III. Volební období, sněmovní tisk 974/0 Vládní návrh zákona o rozpočtovém určení daní. Dostupný z: <http://www.psp.cz/sqw/text/tiskt.sqw?O=3&CT=974&CT1=0>.

- daň z příjmů právnických osob v případech, kdy poplatníkem je příslušný kraj, s výjimkou daně vybírané srážkou podle zvláštní sazby,
- podíl na 3,1 % z celostátního hrubého výnosu daně z přidané hodnoty,
- podíl na 3,1 % z celostátního hrubého výnosu daně (záloh na daň) z příjmů fyzických osob ze závislé činnosti a funkčních požitků, odváděné zaměstnavatelem jako plátcem daně, s výjimkou daně z příjmů fyzických osob vybírané srážkou podle zvláštní sazby,
- podíl na 3,1 % z celostátního z hrubého výnosu daně z příjmů fyzických osob vybírané srážkou podle zvláštní sazby,
- podíl na 3,1 % z 60 % z celostátního hrubého výnosu daně (záloh na daň) z příjmů fyzických osob sníženého o výnosy podle třetí a čtvrté odrážky,
- a podíl na 3,1 % z celostátního hrubého výnosu daně z příjmů právnických osob, s výjimkou daně z příjmů právnických osob, kdy je poplatníkem příslušný kraj nebo příslušná obec.

3. ZÁKON O RUD A PŘÍMÉ VZDĚLÁVACÍ NÁKLADY VE ŠKOLSTVÍ

Zatím poslední změna zákona o RUD byla novela publikovaná pod číslem 1/2005 Sb., i zde došlo k zásadním změnám v legislativním procesu ve Sněmovně. Vláda předpokládala, že struktura daní zůstane shodná, avšak budou posíleny daňové příjmy na úkor přijatých dotací. Mělo se tak stát navýšením procenta sdílených daní z 3,1% na 15,06%. Sdílené daně pro kraje zdaleka nekryly všechny převedené aktivity a nadále bylo jejich zabezpečení řešeno dotačními vztahy (např. financování tzv. přímých vzdělávacích nákladů u krajského školství z kapitoly Ministerstva školství, mládeže a tělovýchovy).

Je nutno opět připomenout zrušení okresních úřadů k 31.12. 2002, když od 1.1. následujícího roku přešly do působnosti krajů zřizovatelské funkce v rámci II. etapy reformy veřejné správy k dalším organizacím v oblasti sociálních služeb, kultury, zdravotnictví, apod. Pokud by byly řešeny pouze zřizovatelské funkce organizací bez výše uvedených přímých vzdělávacích nákladů, potom by podíl krajů byl stanoven na 10,32%. Jelikož návrh předpokládal zařadit nově mezi výdaje krajů také osobní výdaje pedagogických a nepedagogických pracovníků škol a školských zařízení zřizovaných kraji (výdaje na provoz škol jsou zahrnuty již v předchozí novele zákona o RUD) a některé další předpokládané výdaje, bylo procento z daňových příjmů navrženo na již zmíněných 15,06%.⁴

I v tomto případě doznala předkládaná novela změn v legislativním procesu. Pro zásadní nesouhlas školské veřejnosti, ale také MŠMT, které se na převodu prostředků neshodlo s Ministerstvem financí, byl nakonec schválen zákon, který zvýšil procento ze sdílených daní pro kraje pouze na 8,92% se zachováním struktury sdílených daní. Tato výše odpovídala výdajům na nově převedené zřizovatelské funkce organizací ze zaniklých okresních úřadů na kraje. Od té doby nebyla další novela RUD přijata.

⁴ Parlament ČR, PS, IV. Volební období, sněmovní tisk 747/0 Vládní návrh zákona o rozpočtovém určení daní. Dostupný z: <http://www.psp.cz/sqw/text/tiskt.sqw?O=4&CT=747&CT1=0>.

4. VÝŠE VLASTNÍCH PŘÍJMŮ ROZPOČTŮ KRAJŮ

Vlastní příjmy složené z daňových, nedaňových a kapitálových příjmů jsou předpokladem autonomního rozhodování příjemce o jejich využití. Vyjadřují tedy míru fiskální decentralizace a soběstačnosti na jiných veřejných rozpočtech, zejména na státním rozpočtu. Daňové příjmy tvoří zdaleka největší část vlastních příjmů. Srovnáme-li situaci rozpočtů krajů a rozpočtů obcí, potom zjistíme, že zatímco vlastní příjmy obcí tvoří přibližně 74,4% (daňové příjmy 59,9%) z celkových příjmů obcí v roce 2008, vlastní příjmy krajů tvoří 40,3% (daňové příjmy 36,8%) z celkových příjmů krajů v roce 2008. Přesto lze sledovat jak u obcí, tak u krajů postupné posilování soběstačnosti, což nejlépe ukazuje následující tabulka, která srovnává podíl vlastních příjmů od roku 2001.⁵

Tabulka č. 1: Podíl vlastních příjmů na celkových příjmech ÚSC

Skutečnost roku	podíl v % kraje	podíl v % obce
2001	0,58	66,46
2002	29,04	65,26
2003	13,63	58,73
2004	15,99	61,03
2005	37,71	72,96
2006	37,31	70,21
2007	40,18	70,9
Očekávaná skutečnost 2008	40,3	74,36

Zdroj: Státní závěrečný účet územních rozpočtů za rok 2007, Státní rozpočet na rok 2009

Je jasné, že se jedná o relativní čísla, která je nutné posuzovat vždy v souvislosti s konkrétními údaji rozpočtů a stavem převedených zřizovatelských funkcí. Trend posledních pěti let, kdy se situace postupně usazovala, jasně ukazuje zvyšování podílu vlastních příjmů na úkor přijatých dotací. Přesto lze učinit závěr, že rozpočty obcí projevují větší míru soběstačnosti na ostatních veřejných rozpočtech, než je tomu u rozpočtů krajů.

5. STRUČNÝ KOMENTÁŘ NA ZÁVĚR

Již déle než rok se na Ministerstvu financí schází pracovní skupina pro přípravu nového zákona o rozpočtovém určení daní. Jejím cílem je připravit především nové přerozdělení daní pro obce. Součástí příprav nové úpravy musí být ovšem nastavení RUD pro kraje. Dá se očekávat opět diskuse ohledně převodu prostředků na přímé vzdělávací náklady krajského školství přímo do daňových příjmů a s tím spojené snížení dotací ze státního rozpočtu. Osobně se domnívám, že by míra soběstačnosti krajských rozpočtů měla postupně dosáhnout stejné výše jako u obcí. Je proto potřeba podrobit důkladné analýze současnou situaci

⁵ Státní rozpočet na rok 2009, část J, Rozpočty ÚSC, dobrovolných svazků obcí a RR Regionů soudržnosti.

financování krajů a hledat taková řešení, která povedou ke zvýšení vlastních příjmů krajů, a tím i autonomie této střední úrovně veřejných rozpočtů.

Literatura:

- Parlament ČR, PS, III. Volební období, sněmovní tisk 435/0 Vládní návrh zákona o rozpočtovém určení daní. Dostupný z: <http://www.psp.cz/sqw/text/tiskt.sqw?O=3&CT=435&CT1=0>
- Parlament ČR, PS, III. Volební období, sněmovní tisk 947/0 Vládní návrh zákona o rozpočtovém určení daní. Dostupný z: <http://www.psp.cz/sqw/text/tiskt.sqw?O=3&CT=974&CT1=0>
- Parlament ČR, PS, IV. Volební období, sněmovní tisk 747/0 Vládní návrh zákona o rozpočtovém určení daní. Dostupný z: <http://www.psp.cz/sqw/text/tiskt.sqw?O=4&CT=747&CT1=0>
- Státní rozpočet na rok 2009, část J, Rozpočty ÚSC, dobrovolných svazků obcí a RR Regionů soudržnosti

Kontaktní údaje na autora – email:

m.netolicky@email.cz

POTŘEBA REGULACE KAPITÁLOVÉHO TRHU VYPLÝVAJÍCÍ Z KONFLIKTU ZÁJMŮ MEZI VLASTNÍKY A MANAŽERY PODNIKŮ

ROMANA NÝVLTOVÁ

Fakulta podnikatelská, Vysoké učení technické v Brně, Česká republika

Abstrakt v rodném jazyce

Fungování kapitálového trhu je založeno na participaci dokonale informovaných účastníků. V ekonomické realitě však z důvodu zastoupení (vztah principál - agent) vzniká informační asymetrie, která vede k problémům označovaným jako negativní, nežádoucí výběr a morální riziko. Cílem příspěvku je poskytnout detailní pohled na tuto problematiku a prezentovat přístupy různých autorů. Příspěvek byl zpracován za finanční podpory Grantové agentury České republiky v rámci řešení grantového projektu GAČR č. 402/08/P531.

Klíčová slova v rodném jazyce

Kapitálový trh, pán - správce, nepříznivý výběr, morální riziko.

Abstract

Capital market functioning is based on the participation of well informed parties. However, due to the principal-agent reasons information asymmetry occurs and leads to adverse selection and moral hazard problems. The goal of the paper is to provide detailed view of this issue and to discuss attitudes of several authors. This paper is presented with the support of the Czech Science Foundation, the grant No. GAČR 402/08/P531.

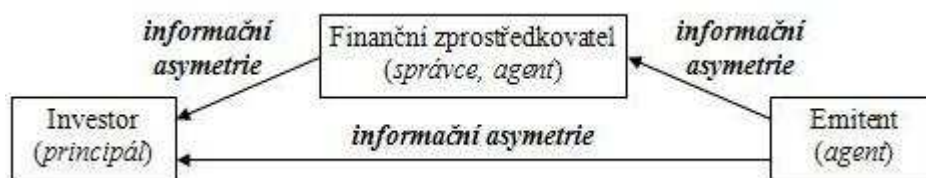
Key words

Capital market, principal-agent, adverse selection, moral hazard.

1. ÚVOD

Ve vyspělých ekonomikách patří kapitálový trh, respektive trh cenných papírů jako celek, k nejvíce regulovaným ekonomickým segmentům. Silná potřeba regulace vychází ze skutečnosti, že fungování kapitálového trhu je založeno na informacích, respektive na participaci dokonale informovaných účastníků. V ekonomické realitě však nemají všichni účastníci trhu ve stejný okamžik stejné informace, vyskytují se zde více i méně informovaní a kvalifikovaní či zkušení investoři disponující více či méně úplnými soubory kurzotvorných informací. Tato informační asymetrie vzniká z důvodu zastoupení, kdy agentem může být dle typu financování (přímé, polopřímé či nepřímé) buď finanční zprostředkovatel (např. investiční společnost) nebo přímo management podniku emitujícího cenné papíry (viz obrázek 1).

Dalším důsledkem existence nestejně vybavených účastníků trhu jsou negativní externality, kdy jednání silných hráčů na trhu, kteří prosazují své zájmy, ovlivňuje ostatní účastníky, kteří ze své pozice nemají možnost situaci sami ovlivnit. V této souvislosti se hovoří o existenci finanční nakažlivosti (contagion), která vyvolává potřebu zabránit šíření dopadů ekonomických problémů významných účastníků trhu (např. investičních firem, bank, podílových fondů atp.) na ostatní účastníky.



Obrázek 1: Vznik informační asymetrie v zástupném vztahu principál - agent (pán - správce)

Skutečnost, že je kapitálový trh deformován neúplnými a nesouměrnými informacemi vede ze strany aktérů transakcí v postavení agentů k problémům označovaným jako negativní, nežádoucí či nepříznivý výběr (adverse selection) a morální riziko (moral hazard). Touto problematikou se zabývá například Hlaváček a Hlaváček (2006), Kotzian a Thurner (2001), Sojka (2001) či Sung (2005).

V případě nepříznivého výběru dochází ke zneužívání principálovi nedostupných informací při uzavírání smluvních vztahů i v jejich průběhu. Jedná se o problém skrytých informací, kdy jedna strana trhu nemůže sledovat kvalitu produkce na druhé straně trhu. Tam, kde dochází k negativnímu výběru, jsou z trhu vytlačovány kvalitnější statky a „méně žadouc“ účastníci trhu se budou účastnit směny spíše než ostatní. Výsledkem je pak vytěšňování kvalitnější produkce z trhu produkcí méně kvalitní.

K morálnímu hazardu, který lze označit jako problém skrytého chování, dochází až po uzavření kontraktu. Osoba agenta je separována od rizika spojeného s investováním prostředků. Informovaný účastník transakce (agent v roli finančního zprostředkovatele či manažera podniku) zneužívá deficitu informací na straně principála pro oportunitní chování, při kterém maximalizuje svůj užitek a snižuje užitek ostatních, neinformovaných účastníků tržní transakce.

Cílem tohoto příspěvku je poskytnout detailní pohled a prezentovat názory vybraných autorů na problematiku konfliktu zájmů mezi vlastníky a manažery podniků z hlediska vzniku potřeby regulace kapitálového trhu. V této souvislosti je v příspěvku zmíněna i problematika zastoupení v rámci nepřímého financování, kdy mezi vlastníky a manažery vstupuje finanční zprostředkovatel. V závěrečné části se pak příspěvek věnuje struktuře samotné regulace kapitálového trhu ve vztahu k této problematice. Příspěvek byl zpracován za finanční podpory Grantové agentury České republiky v rámci řešení grantového projektu GAČR č. 402/08/P531 Vybrané úvahy o zdrojích financování z kapitálových trhů v podmínkách českých nadnárodních podniků.

2. KONSEKVENCE KONFLIKTU ZÁJMŮ MEZI VLASTNÍKY A MANAŽERY

S růstem velikosti podniku a počtu jeho vlastníků se zvyšuje četnost výskytu situací, kdy vlastníci samotné řízení podniku přenechávají agentům a kdy tedy dochází k separaci vlastnictví od řízení. Vzniká tak typický zástupný vztah principál – agent (pán – správce) a související problém zmocnění (agency problem). V případě absence jakýchkoliv vnějších zásahů lze předpokládat, že manažeři budou prosazovat své individuální zájmy a jednat ve svůj prospěch. Zatímco cílem vlastníků je maximalizace tržní hodnoty podniku, zájem manažerů se soustřeďuje výrazněji na udržení pracovního místa, na minimalizaci rizika podnikání a na získání různých osobních výhod. Existence konfliktu zájmů je umožněna informační asymetrií, která vlastníků brání rozpoznat a zamezit realizaci oportunitního chování manažerů. Jelikož se manažeři fyzicky účastní procesu řízení a rozhodování, mají ze všech stakeholderů nejlepší přístup k informacím.

Každý vlastník vynakládá úsilí na monitorování chování manažerů tak, že vyrovnává mezní výnos monitorování s mezními náklady. Je-li vlastnická struktura příliš rozptýlena, pak drobný akcionář nese plné náklady monitorování chování manažerů, ale získává jen zanedbatelnou část výnosu. Racionální je tedy chovat se jako černý pasažér. V případě, že se tímto způsobem chová většina akcionářů, mohou jimi manažeři snadno manipulovat a získat jejich souhlas pro dosažení vlastních záměrů, i pokud se rozcházejí s preferencemi vlastníků. V tomto případě oportunistus manažerů teoreticky není nijak omezen.

Konflikt zájmů mezi vlastníky a manažery zmínil již Smith (1976), když napsal: „Ředitelé akciových společností jsou správci peněz jiných lidí, nikoli svých vlastních a nelze očekávat, že se o ně budou starat se stejnou úzkostlivou ostražitostí, se kterou se podílníci v soukromých podnicích starají o své podíly.“ Oddělením vlastnictví od kontroly se dále zabýval Berle a Means (1932). Zásadní teoretickou prací je v tomto směru pak zejména publikace Jensena a Mecklinga (1976), kteří prokazují, že jsou-li principál (vlastník) a agent (manažer) racionálními maximalizátory užítku, pak lze předpokládat, že agent se nebude vždy chovat v dokonalém souladu se zájmy vlastníka a že sladění těchto zájmů implikuje vznik agenturních nákladů (agency costs) jako součtu:

- Monitorovacích nákladů principála (monitoring expenditures);
- Nákladů agenta na vytvoření záruk (bonding expenditures), jejichž vznik souvisí se situacemi, kdy agenti vytvoří určitý závazek, který garantuje principálům, že nepřijmou rozhodnutí, která by principála poškodila;
- Reziduální ztráty (residual loss), která vzniká, jelikož zájmy manažerů a vlastníků nelze nikdy sladit stoprocentně.

Důvodem vzniku agenturních nákladů je odlišnost cílů vlastníků (maximalizace tržní hodnoty podniku) od cílů manažerů. Williamson (1963) hovoří v souvislosti s cíli manažerů o preferenci výdajů (expense preference) na statky nepeněžního charakteru, které přináší manažerům užitek přesahující jejich skutečnou produktivitu a přitom se jedná o méně viditelný způsob než extrahování peněžních rent. Jedná se například o nákup firemních automobilů, luxusního vybavení kanceláře či lukrativní lokace místa podnikání (peculiary benefits, pet projects).

Mezi další projevy oportunistu manažerů patří dle Kudrny (2002) váznoucí pracovní nasazení managementu (managerial slack) spočívající v neochotě nést osobní náklady vyplývající z náročné nutnosti řídit a neochota manažerů odejít (entrenchment) v okamžiku, kdy již nejsou schopni podnik efektivně řídit. Klasickým zdrojem agenturních nákladů je dále vyvádění zisků či majetku a manipulace ekonomických výsledků (dubious accounting) s cílem maximalizovat bonusy v případě, kdy jsou odměny manažerů vázány na určité výkonnostní parametry.

Donaldson (1984) zjistil, že manažeři jsou při svém jednání ovlivňováni dvěmi zásadními skupinami motivů:

- Přežití: Manažeři se snaží zajistit takový objem zdrojů, který zajistí podniku (i jim) dlouhodobou existenci. Proto také vykazují značnou averzi k riziku;

- Nezávislost a soběstačnost: Manažeři se snaží získat možnost rozhodovat svobodně a nezávisle na jiných subjektech či na finančním trhu. Proto se spíše přiklánějí k využití interně generovaného cash flow než k emisi dalších akcií.

Z motivů Donaldsona (ibid.) vyplývá, že cílem manažerů je maximalizace bohatství podniku (corporate wealth) ve smyslu maximalizace bohatství, jenž je pod jejich efektivní kontrolou. Toto bohatství se zvyšuje s růstem velikosti podniku a s minimalizací rozsahu nových emisí akcií, což zjevně nemusí implikovat růst tržní hodnoty podniku pro jeho vlastníky.

3. PODSTATA KONFLIKTU ZÁJMŮ MEZI INVESTORY A AGENTY V ROLI FINANČNÍCH ZPROSTŘEDKOVATELŮ

S růstem objemu finančních transakcí a množství investičních příležitostí vzniká při jejich uskutečňování potřeba využít služeb finančních zprostředkovatelů, kteří jsou schopni redukovat náklady vyplývající ze selhání, frikci a nedokonalostí kapitálového trhu a finančního systému vůbec. Kromě toho, že finanční zprostředkovatelé dosahují významné úspory z rozsahu v oblasti informačních a transakčních nákladů, mohou alespoň částečně eliminovat i fenomén skryté informovanosti. Tržní nedokonalosti jako důvod pro existenci finančních zprostředkovatelů definuje a analyzuje například Benston a Smith (1976).

V rámci nepřímých transakcí na kapitálovém trhu investoři (střadatelé, poskytovatelé zdrojů) delegují monitoring podniků (resp. manažerů) na finanční zprostředkovatele. Ti se tedy ve vztahu k investorům dostávají do role agentů a opět tak vzniká typický zástupný problém. Obchodní transakce finančních zprostředkovatelů, jejichž účelem je dosažení nezákonného zisku jsou označovány jako nelegální obchody. Dle Musílka (2002, str. 108-110) patří mezi nejrozšířenější nelegální obchodní praktiky:

- Obcházení regulatorního systému provozováním licencované činnosti bez povolení příslušného regulatorního orgánu;
- Obchodování na základě neveřejných informací, které je označováno jako insider trading a které spočívá ve zneužívání veřejnosti neznámých kurzotvorných skutečností týkajících se emitentů cenných papírů, a to buď primární osobou (která získává informace ze svého zaměstnaneckého vztahu k emitentovi) nebo osobou sekundární (která získává informace od primární osoby). Zejména u menších emisí může insider trading vyvolat výrazné kolísání cen;
- Zneužívání svěřeného majetku metodou assets stripping neboli odčerpáváním peněžních prostředků z klientských účtů záměrně nevýhodnými transakcemi ve prospěch majetkových správců či investičních zprostředkovatelů (agentů);
- Nedostatečné oddělení aktivit investičních zprostředkovatelů vyvolávající konflikt zájmů mezi vlastními a cizími obchody, kdy jsou upřednostňovány zájmy agentů před zájmy investorů (principálů);
- Manipulace tržních cen realizací prací prodejů (wash sales či bed and breakfasting), nelegálními obchodními skupinami, pyramidováním dluhu či skupováním trhu. Práci prodeje spočívají ve vyvolání iluze poklesu tržní ceny odprodejem významného objemu investičního instrumentu a jeho následnou koupí za nižší cenu. Nelegální obchodní skupiny sdružují osoby, které skupují převážnou většinu investičních instrumentů, následně pomocí najatých profesionálních osob doporučují koupi těchto instrumentů a zvyšují poptávku po

nich s cílem prodeje se ziskem. Obdobné je skupování trhu, které je založeno na monopolním chování jedné osoby, která skoupí veškeré investiční instrumenty a následně manipuluje s tržní cenou. Pyramidování dluhu je založeno na nákupu investičních instrumentů z vypůjčených prostředků v rozporu s vypůjčnými podmínkami.

4. STRUKTURA REGULACE KAPITÁLOVÉHO TRHU V NÁVAZNOSTI NA KONFLIKT ZÁJMŮ MEZI VLASTNÍKY A MANAŽERY

Asymetrii informací není nutno považovat vždy za natolik fatální problém trhu, že si s ním trhy nedokáží poradit. Tam, kde však nabývá podoby tržního selhání, není možné jiné než regulační řešení. Je zřejmé, že regulace trhu by měla být vždy taková, aby na jedné straně omezovala výše uvedené negativní jevy a problémy, ale na druhé straně neomezovala efektivní fungování a stabilitu trhu jako celku. Jejím cílem by měla být především podpora transparentnosti, zabezpečení důvěryhodnosti a ochrana investorů.

Regulace kapitálového trhu se skládá z dílčích regulatorních prvků, mezi které patří zejména regulace informační povinnosti emitentů a regulace investičních firem.

Cílem regulace informačních povinností emitentů je omezit vznik informační asymetrie tak, aby zajišťovala úplné, aktuální a pravdivé informace účastníkům trhu o emitovaných a obchodovaných instrumentech. Avšak jak výstižně uvádí Musílek (2002, str. 108), regulatorní instituce ve vyspělých státech neurčují to, zda je emitent více či méně bonitní. Jejich úkolem je především stanovovat informační požadavky, vynucovat jejich plnění a prověřovat pravdivost zveřejňovaných informací.

Regulace investičních firem se zaměřuje jednak na stanovení podmínek a předpokladů pro vstup společností do odvětví (resp. pro získání příslušné licence) a povinností při výstupu z odvětví (resp. při odejmutí licence) a jednak povinností, které musí společnost dodržovat při poskytování služeb tak, aby bylo zajištěno důvěryhodné a plně konkurenční investiční prostředí.

Regulace spočívá ve stanovení podmínek a pravidel pro fungování kapitálového trhu, zákonných povinností a práv subjektů, které na něm působí. Činností, která směřuje ke zjištění, zda se dané podmínky a pravidla dodržují a povinnosti plní, je dozor (dohled). Zákonnou regulaci a dohled zajišťuje stát prostřednictvím k tomu zřízených a kompetenčně vybavených institucí. Nedílnou součástí celého regulatorního rámce kapitálového trhu je seberegulace, v rámci níž jednotlivé subjekty na trhu ukládají sami sobě povinnosti, které jdou nad rámec zákonů. Jedná se zejména o pravidla z oblasti etiky podnikání a nejlepší praxe na trhu. Jejich dodržování je dobrovolné nebo je vymáháno (a případně sankcionováno) profesními sdruženími s dobrovolným či povinným členstvím. Ve světové praxi existují v podstatě dvě koncepce, z nichž první je založena na delegování určitých pravomocí státního orgánu na seberegulující se organizace a druhá na úzké spolupráci státního dozoru se seberegulujícími se organizace (konzultační charakter bez delegování výkonných pravomocí).

Probíhající procesy internacionalizace kapitálových trhů a aktivit investičních firem vyvolává potřebu harmonizace regulatorních přístupů jednotlivých zemí. Nejdůležitější roli v celosvětové harmonizaci hraje Mezinárodní organizace Komise pro cenné papíry (International Organization of Securities Commissions), která vznikla v roce 1983 a mezi jejíž hlavní priority v současné době patří:

- Součinnost vedoucí ke zlepšení regulace s cílem zachovávat spravedlivé, výkonné a dobře fungujícího trhu;
- Výměna informací a zkušeností s cílem podporovat rozvoj domácích trhů;
- Společné úsilí zaměřené na efektivní dohled nad mezinárodními transakcemi s cennými papíry a na standardizaci těchto transakcí;
- Vzájemná pomoc při prosazování integrity trhů prostřednictvím důsledného uplatňování stanovených standardů a současně efektivního vymáhání nápravy v případě jejich porušení (ČNB, 2003).

Na evropské úrovni byl rozhodnutím Evropské komise v červnu 2001 založen nezávislý Výbor evropských regulátorů cenných papírů (CESR), jehož úlohou je mimo jiné zlepšení koordinace mezi evropskými regulátory cenných papírů.

Literatura:

- Akerlof, G. The Market for Lemons: Quality Uncertainty and the Market Mechanism. Quarterly Journal of Economics, 1970, vol. 84. iss. 3, s. 488 – 500. ISSN 0033-5533.
- Benston, G.J. - Smith, C.W. A Transactions Cost Approach to the Theory of Financial Intermediation [online]. Journal of Finance, vol. XXXI, iss. 2, May 1976, s. 215-31 [cit. 2007-01-03]. Dostupné z <<http://web.ebscohost.com/ehost/pdf?vid=2&hid=117&sid=5a12bbfa-748e-444d-96d2-2613466b31cf%40sessionmgr106>>
- Berle, A. - Means, G. The Modern Corporation and Private Property. New York: Commerce Clearing House, 1932 (original edition).
- ČNB. Mezinárodní organizace komisí pro cenné papíry - International Organization of Securities Commission [online]. Praha: Česká národní banka, 03.06.2003 [cit. 2008-01-01]. Dostupné z <http://www.sec.cz/export/CZ/Evropska_unie_a_mezinarodni_spoluprac_e/Mezinarodni_spoluprace.page>.
- ČNB. Informace o Výboru evropských regulátorů cenných papírů - Committee of European Securities Regulators [online]. Praha: Česká národní banka, 25.05.2004 [cit. 2008-01-01]. Dostupné z <http://www.sec.cz/export/CZ/Evropska_unie_a_mezinarodni_spoluprace/Mezinarodni_spoluprace.page>.
- Donaldson, G. Managing Corporate Wealth: The Operations of a Comprehensive Financial Goals System. New York: Praeger Publishers, 1984, 224 s. ISBN 0030634148.

- Hanousek, J. - Podpiera, R. Do jaké míry jsou na českém kapitálovém trhu využívány neveřejné informace? Finance a úvěr, 2001, roč. 51, č. 7-8, str. 405 – 416. ISSN 0015-1920.
- Hlaváček, J. - Hlaváček, M. Morální hazard a nepříznivý výběr při maximalizaci pravděpodobnosti ekonomického přizítí. IES Working Paper 22/2006 [online]. Institute of Economic Studies, Faculty of Social Sciences, Charles University in Prague, February 2006 [cit. 2007-09-09]. Dostupné z <http://ies.fsv.cuni.cz/storage/publication/779_wp2006_22_hlavacek.pdf>.
- Jensen, M.C. - Meckling, W.H. Theory of the firm: management behavior, agency cost, and ownership structure. Journal of Financial Economics, vol. 3, no. 4, s. 305–360. ISSN 0304-405X.
- Kotzian, P. - Thurner, P. Comparative Health Care Systems [online]. Paper to be delivered to the ECPR meeting, Grenoble, April 2001 [cit. 2007-09-09]. Dostupné z: <<http://www.mzes.uni-mannheim.de/publications/papers/comparativehcs.pdf> >
- Kudrna, Z. Struktury ovládání bank: teorie a empirie. Rigorózní práce [online]. Praha: Univerzita Karlova, Fakulta sociálních studií. 2002 [cit. 2007-12-12]. Dostupné z <http://ies.fsv.cuni.cz/storage/work/31_kudrna2002.pdf>
- Musílek, P. Trhy cenných papírů. Praha: Ekopress, 2002, 459 s. ISBN 80-86119-55-6.
- Sojka, M. Asymetrické informace a jejich důsledky pro metodologii ekonomie [online]. Seminář Asymetrické informace - nová cesta ke zdůvodnění státních zásahů? 13.11.2001. Publikováno 21.03.2002 [cit. 2007-12-12]. Dostupné z <<http://cepin.cz/cze/prednaska.php?ID=241>>.
- Sung, J. Optimal Contracts Under Adverse Selection and Moral Hazard: A Continuous - Time Approach. The Review of Financial Studies, 2005, vol. 18, iss. 3, s. 1021 - 1073. ISSN 08939454.
- Williamson, O. Managerial; Discretion and Business Behavior. Americal Economic Review, 1963, vol. 53. 1963. ISSN 1911-2005.

Kontaktní údaje na autora – email:

nyvltova@fbm.vutbr.cz

WYBRANE PROBLEMY ODPOWIEDZIALNOŚCI W POLSKIM PRAWIE PODATKOWYM

JANUSZ ORŁOWSKI

Wydział Prawa i Administracji, Uniwersytet Warmińsko-Mazurski w Olsztynie, Polska

Abstrakt v rodném jazyce

Za podatki odpowiada całym swoim majątkiem podatnik. Szczególny charakter ma odpowiedzialność płatnika i inkasenta. W prawie podatkowym ważną rolę odgrywają przepisy o odpowiedzialności solidarnej "osób trzecich" za zaległości podatnika. Wskutek odesłania do Kodeksu cywilnego w polskim prawie podatkowym brak szczegółowych reguł wyboru spośród osób solidarnie odpowiedzialnych i oznaczania zakresu ich odpowiedzialności. Inna sytuacja jest np. w prawie niemieckim czy austriackim, gdzie w prawie podatkowym wskazano wyraźne reguły działania organu podatkowego w ramach uznania.

Klíčová slova v rodném jazyce

Odpowiedzialność podatkowa, zobowiązanie podatkowe, ordynacja podatkowa, zasady odpowiedzialności osób trzecich, solidarność dłużników, decyzja w sprawie odpowiedzialności podatkowej, uznanie administracyjne.

Abstract

A taxpayer is responsible for taxes with all his assets. A responsibility of a taxpayer, a tax remitter and a tax collector has a specific nature. In tax law an important role is played by regulations concerning joint and several liability of 'third parties' for taxpayer's arrears. As a result of references to the Civil Code, Polish tax law does not provide for specific rules of selection from among parties liable jointly and severally and determining range of their responsibility. Different situation appears to be for instance in German or Austrian law, where tax law indicates clear rules of tax authority action at its discretion.

Key words

Tax responsibility, tax liability, Tax Ordinance, the principles of liability of third parties, joint and several liability of debtors, the decision upon the tax responsibility, discretionary power.

1. ZAKRES PODMIOTOWY ODPOWIEDZIALNOŚCI PODATKOWEJ

Istota unormowań prawa podatkowego ogniskuje się wokół świadczenia pieniężnego z majątku podatnika na rzecz podmiotu publicznoprawnego (Skarb Państwa, jednostka samorządu terytorialnego). Podatek ma charakter świadczenia przymusowego, bo jest formą ograniczenia prawa własności. Realizacja takiego świadczenia wymaga zatem wyznaczenia zasad odpowiedzialności prawnej. Krąg podmiotów ponoszących odpowiedzialność za spełnienie zobowiązań podatkowych zakreślono w polskim prawie podatkowym szeroko.

Za wynikające ze zobowiązań podatkowych podatki podatnik odpowiada całym swoim majątkiem. Tę regułę w polskim prawie podatkowym ustanawia art. 26 Ordynacji podatkowej¹. Uzupełnia ją unormowanie zasad odpowiedzialności za podatki z majątku

¹ Ustawa z dnia 29 sierpnia 1997 r. – Ordynacja podatkowa (Dz.U. z 2005 r. Nr 8, poz. 60 ze zm.).

wspólnej osoby pozostającej w związku małżeńskim z podatnikiem (art. 29 O.p.). Poza tym, majątkowy charakter zobowiązania podatkowego sprawia, że odpowiedzialność za jego zapłatę rozciąga się na następców prawnych podatnika (art. 93–96 O.p.) oraz spadkobierców i zapisobierców (art. 97–106 O.p.). W roku 2005 wprowadzono do Ordynacji podatkowej unormowania o odpowiedzialności gwaranta i poręczyciela (art. 33d–33g O.p.), których zgodnie z art. 117a O.p. zalicza się do kategorii osób trzecich. W prawie podatkowym występuje też odpowiedzialność dłużnika rzeczowego: z przedmiotu hipoteki – art. 34 i nast. oraz zastawu skarbowego – art. 41 i nast. O.p.

Jeżeli podatki są pobierane przez płatników i inkasentów, to za wypełnienie obowiązków z tym związanych odpowiedzialność całym swoim majątkiem ponoszą te podmioty (art. 30 O.p.).

Wedle niektórych ustaw podatkowych odpowiedzialność za zobowiązania podatkowe mogą solidarnie z podatnikiem ponosić “przedstawiciele podatkowi”².

O odpowiedzialności podatkowej osób trzecich w Ordynacji podatkowej stanowią przepisy art. 107–119. Z konstrukcją tego rodzaju odpowiedzialności wiąże się szczególnie wiele kwestii spornych w praktyce i w doktrynie. Niniejszy artykuł jest poświęcony zagadnieniu dokonywania przez organ podatkowy wyboru spośród dłużników ponoszących solidarną odpowiedzialność za zaległości podatkowe, czy też innymi słowy dochodzenia należności od określonej osoby trzeciej. Nie stanowi ono przedmiotu szczególnego zainteresowania w polskiej literaturze. Rozważania na gruncie aktualnego stanu prawnego w Ordynacji podatkowej obejmą wobec tego przedstawienie odpowiednich unormowań niemieckiego i austriackiego prawa podatkowego oraz stanowisk wyrażonych w nauce na ich gruncie. Odwołanie się do tych właśnie systemów prawnych jest o tyle uzasadnione, że zagadnienia będące przedmiotem niniejszego opracowania objęte są tam przejrzystymi unormowaniami. W polskim prawie podatkowym zasadniczą rolę pełni odesłanie do stosownych przepisów prawa cywilnego, co budzi pewne wątpliwości dotyczące zasad stosowania przepisów o odpowiedzialności podatkowej osób trzecich.

2. ZASADY ODPOWIEDZIALNOŚCI PODATKOWEJ OSÓB TRZECICH

Przepisy zamieszczone w art. 107 Op. stanowią, że w przypadkach i w zakresie przewidzianym w przepisach Rozdziału 15 w Dziale III tej ustawy osoby trzecie odpowiadają całym swoim majątkiem za zaległości podatkowe podatnika, niepobrane przez płatników podatki oraz podatki pobrane przez płatników lub inkasentów – lecz niewpłacone, odsetki za zwłokę od zaległości podatkowych, niezwrócone w terminie zaliczki naliczonego podatku od towarów i usług oraz ich oprocentowanie, a także koszty postępowania egzekucyjnego. Z kolei przepisy zawarte w art. 110–117a Ordynacji podatkowej normują zakres odpowiedzialności podatkowej poszczególnych kategorii osób trzecich. Bliższe wyliczenie tych kategorii jest w niniejszym opracowaniu zbędne; wypada wskazać, iż wymienione tu podmioty łączą z podatnikiem, płatnikiem czy inkasentem różnego rodzaju więzi majątkowe lub organizacyjne.

Unormowanie szeregu kwestii szczegółowych odpowiedzialności podatkowej osób trzecich w Ordynacji podatkowej opiera się na zawierającym odesłania do odpowiednich przepisów

² Art. 15 ust. 7-10 ustawy z dnia 11 marca 2004 r. o podatku od towarów i usług (Dz.U. Nr 54, poz. 535 ze zm.) oraz art. 58-59 ustawy z dnia 23 stycznia 2004 r. o podatku akcyzowym (Dz.U. Nr 29, poz. 257 ze zm.).

dotyczących podatnika artykule 109 O.p. (m.in. zasady odpowiedzialności ze wspólnego majątku małżonków, terminu zapłaty zobowiązania wynikającego z decyzji, skutków nieuiszczenia należności w terminie, odsetek, wygasania zobowiązania). O przedawnieniu prawa do orzekania o odpowiedzialności oraz przedawnieniu zobowiązania osoby trzeciej wynikającego z decyzji o jej odpowiedzialności stanowi art. 118 O.p.

Zasada odpowiedzialności osób trzecich z mocy prawa wynika z przepisów art. 107 O.p. Oznacza to, że nie ma w polskim prawie podatkowym możliwości uchylenia się od owej odpowiedzialności w drodze czynności cywilnoprawnych, czy – z zastrzeżeniem art. 33d i nast. O.p. – umownego rozszerzenia kręgu podmiotów odpowiedzialnych za podatek. Zaistnienie zdarzenia włączającego dany podmiot do ustawowych kategorii osób trzecich stanowi podstawę do orzeczenia w drodze aktu administracyjnego o jego odpowiedzialności podatkowej. Jedyne źródłem powstania odpowiedzialności osoby trzeciej jest ustawa³. Taka konstrukcja uzupełnia zasadę odpowiedzialności podatnika bądź płatnika, inkasenta i następców prawnych podatnika. Stąd relację i charakter odpowiedzialności osób trzecich do odpowiedzialności wskazanych tu podmiotów normują dość szczegółowo przepisy zamieszczone w art. 108 O.p. Wskazano w nich, iż o odpowiedzialności podatkowej osoby trzeciej organ podatkowy orzeka w drodze decyzji. Wszczęcie postępowania w sprawie odpowiedzialności podatkowej osoby trzeciej nie może nastąpić przed:

1. upływem terminu płatności ustalonego zobowiązania,
2. dniem doręczenia decyzji:
 - a. określającej wysokość zobowiązania podatkowego,
 - b. o odpowiedzialności podatkowej płatnika lub inkasenta,
 - c. w sprawie zwrotu zaliczki naliczonego podatku od towarów i usług,
 - d. określającej wysokość należnych odsetek za zwłokę;
3. dniem wszczęcia postępowania egzekucyjnego – w razie wystawienia tytułu wykonawczego na podstawie deklaracji podatkowej, na zasadach przewidzianych dla w przepisach o postępowaniu egzekucyjnym w administracji; przed orzeczeniem o odpowiedzialności osoby trzeciej nie wymaga się wszak uprzedniego wydania decyzji określającej wysokość zobowiązania podatkowego i decyzji w sprawie określenia wysokości odsetek za zwłokę.

Egzekucja zobowiązania wynikającego z decyzji w sprawie odpowiedzialności osoby trzeciej może być wszczęta dopiero wówczas, gdy egzekucja z majątku podatnika okazała się w całości lub w części bezskuteczna.

3. SOLIDARNA ODPOWIEDZIALNOŚĆ OSOBY TRZECIEJ

W świetle art. 107 § 1–§ 1a O.p. odpowiedzialność osoby trzeciej z podatnikiem, bądź następcą prawnym podatnika ma charakter solidarny. O odpowiedzialności solidarnej w prawie podatkowym stanowią przepisy zamieszczone w Rozdziale 13 w Dziale III Ordynacji podatkowej. Zgodnie z art. 107 § 1 O.p.: “W przypadkach i w zakresie przewidzianych w

³ Adamiak, B. et al.: Ordynacja podatkowa. Komentarz 2005, Wrocław, Unimex, 2005, s. 444.

niniejszym rozdziale za zaległości podatkowe podatnika odpowiadają całym swoim majątkiem solidarnie z podatnikiem również osoby trzecie”. Zgodnie zaś z art. 91 O.p. do odpowiedzialności solidarnej za zobowiązania podatkowe stosuje się przepisy Kodeksu cywilnego dla zobowiązań cywilnoprawnych. Stosowanie tych przepisów może być tylko odpowiednie, bo istota zobowiązań podatkowych i innych należności objętych odpowiedzialnością podatkową jest zdeterminowana przepisami ustaw. Istotne jest to, że podstawą odpowiedzialności solidarnej w prawie podatkowym są wyłącznie przepisy ustaw. Zawsze też w prawie podatkowym występuje wyłącznie solidarność bierna, bo obejmuje w konkretnym stosunku tylko obowiązek spełnienia świadczenia przez dłużników na rzecz jednego wierzyciela. Poza tym, pomimo stosowania do odpowiedzialności podatkowej przepisów prawa cywilnego, zachowany zostaje jej publicznoprawny charakter. W sposób szczególny jest to związane z jej subsydiarną rolą w stosunku do odpowiedzialności podatkowej podatnika, czy odpowiedzialności za zobowiązania płatnika i inkasenta⁴.

W literaturze wskazuje się, iż: “Odpowiedzialności solidarnej osób trzecich nie należy w zasadzie wiązać z samym obowiązkiem podatkowym lub też innymi obowiązkami prawnymi, których niewypełnienie powodowałoby jej powstanie. Osoba trzecia – inaczej niż w przypadku zobowiązań solidarnych – nie jest dłużnikiem równorzędnym z podatnikiem, gdyż nie występuje w stosunku prawnym zobowiązania podatkowego w trakcie jego kształtowania, a także wówczas, gdy jest on już ukształtowany. Pojawia się ona w zobowiązaniowych stosunkach prawnych w trakcie ich realizacji, i to dopiero wówczas, gdy nie dochodzi do ich dobrowolnego wykonania, zaś konieczność zabezpieczenia tego wykonania daje organowi podatkowemu prawo do poszerzenia kręgu podmiotów odpowiedzialnych – obok podatnika (płatnika, inkasenta) – za zobowiązanie. Możliwość zaspokojenia roszczenia podatkowego państwa (lub innego związku publicznoprawnego) z majątku osoby trzeciej wynika jednak z innego (nowo ukształtowanego) stosunku prawnego niż stosunek wynikający z obowiązku podatkowego. Osoba trzecia nie może być zatem traktowana tak jak dłużnik podatkowy obciążony obowiązkiem podatkowym, a więc trudno tu mówić o zobowiązaniu solidarnym w rozumieniu Kodeksu cywilnego”⁵. Wobec tego można zauważyć, że zasada solidarnej odpowiedzialności za zobowiązania podatkowe na mocy odesłania do przepisów Kodeksu cywilnego ma charakter dość dyskusyjny. Problematyka ta szczególnie jaskrawo wystąpi wtedy, gdy organ podatkowy wybiera jedną spośród kilku osób trzecich i wobec niej orzeknie o odpowiedzialności za zaległości podatnika i wdroży postępowanie egzekucyjne.

Zauważono też w literaturze prawa podatkowego, że “(...) nie w każdym przypadku, gdy wyegzekwowanie podatku od podatnika nie powiodło się, organ podatkowy będzie w świetle obowiązujących przepisów miał możliwość orzeczenia o odpowiedzialności osoby trzeciej. Jest to instytucja prawna o charakterze wyjątkowym, a przesłanki i zakres podmiotowy i przedmiotowy odpowiedzialności osób trzecich nie są na tyle szerokie, aby umożliwić orzeczenie o ich odpowiedzialności w każdym przypadku, gdy wyegzekwowanie należności od podatnika jest niemożliwe lub napotyka przeszkody”⁶.

Wygaśnięcie zobowiązania podatnika, płatnika czy inkasenta, bądź następców prawnych podatnika – w jakiegokolwiek formie – wywiera skutek w postaci wygaśnięcia zobowiązania osoby trzeciej wyznaczonego w decyzji w sprawie jej odpowiedzialności. Tym samym

⁴ Brzeziński, B. et al.: Ordynacja podatkowa. Komentarz, Toruń, 2007, s. 655–660.

⁵ Adamiak, B. et al.: Ordynacja podatkowa. Komentarz 2005, Wrocław, Unimex, 2005, s. 447.

⁶ Olesińska, A.: Polskie prawo podatkowe. Zarys systemu, Toruń, TNOiK, 2007, s. 102.

beprzedmiotowa staje się decyzja o odpowiedzialności osoby trzeciej⁷. Z kolei skutki wygaśnięcia zobowiązania osoby trzeciej są uzależnione od jego formy. Zwłaszcza umorzenie albo przedawnienie tego zobowiązania będzie wywierać skutek tylko u tej osoby trzeciej, u której wystąpiło. Art. 373 K.c. wyraźnie wskazuje, że zwolnienie z długu przez wierzyciela (w Ordynacji podatkowej taki charakter ma umorzenie zaległości podatkowej) względem jednego z dłużników solidarnych nie ma skutku względem pozostałych współdłużników.

Uznanie administracyjne a odpowiedzialność podatkowa osób trzecich

Przepisy regulujące zasady odpowiedzialności podatkowej i realizacji należności z niej wynikających pozostawiają organowi podatkowemu pewną sferę luzu decyzyjnego. Istota solidarności biernej zawiera upoważnienie wierzyciela do żądania, wedle jego wyboru, spełnienia świadczenia w całości lub w części od wszystkich dłużników łącznie, od kilku z nich albo od każdego z osobna (art. 366 § 1 K.c.). O ile dokonywanie takiego wyboru na gruncie prawa cywilnego jest związane z koncepcją realizacji praw podmiotowych wierzyciela, o tyle w prawie podatkowym taka swoboda ma inny charakter, bo należy ją łączyć z realizacją zadań administracji. Poza tym – odpowiedzialność osób trzecich “choć solidarna – ma w Ordynacji podatkowej charakter wyraźnie posiłkowy w stosunku do odpowiedzialności podatnika”⁸. Luz wyboru zatem spośród kilku dłużników solidarnych tego, wobec którego zostanie wszczęta egzekucja należności podatkowych, nie jest w zupełności pozostawiony organowi podatkowemu. W polskiej doktrynie oraz w praktyce stosowania prawa podatkowego, w tym orzecznictwie sądowym, aspekt uznania organu w tym zakresie nie jest należycie dostrzegany. Inaczej sprawa przedstawia się w tych systemach prawnych, gdzie szczególnie drobiazgowo normowanie kompetencji administracji publicznej, związane ze standardami praworządności, państwa prawnego, zasady zaufania do organów władzy, doprowadziło do ustawowej regulacji zasad stosowania prawa w ramach luzów działania, zwłaszcza uznania. Przykładem może tu być prawodawstwo niemieckie i austriackie.

Uznanie administracyjne oznacza luz stosowania przepisów prawa przez organ administracji, znajdujący wyraz w kształtowaniu następstw prawnych określonego zdarzenia poprzez wybór jednego z możliwych wariantów rozstrzygnięcia sprawy indywidualnej⁹. Takie luzy występują w momencie wszczęcia postępowania, w czynnościach kierowania jego przebiegiem, a najbardziej jaskrawo w kształtowaniu rozstrzygnięcia sprawy indywidualnej. Upoważnienie do uznania jest realizowane w formie aktu administracyjnego – postanowienia bądź decyzji podatkowej.

Należy podkreślić, że w polskim prawie podatkowym nie przysługuje organowi podatkowemu uznanie w kwestii czy dochodzić zapłaty zaległości podatkowej od osoby trzeciej. Już z brzmienia art. 107 § 1 O.p. wynika, że osoby trzecie odpowiadają całym swoim majątkiem solidarnie z podatnikiem za jego zaległości podatkowe. Istnienie zaległości podatkowej oraz spełnienie przesłanek z art. 108 § 2 O.p. stanowi podstawę do wszczęcia postępowania w sprawie odpowiedzialności osoby trzeciej. W wielu przepisach Ordynacji podatkowej zostaje jednak ograniczona lub wyłączona odpowiedzialność podatkowa osób trzecich (art. 110 § 1 in fine i § 2, art. 111 § 2–4, art. 112 § 2, 4 i 6, art. 114 § 3, art. 114a § 2, art. 116 § 1 pkt. 1 i 2 O.p.).

⁷ Brzeziński, B. et al.: Ordynacja podatkowa. Komentarz, Toruń, 2007, s. 724.

⁸ Ibidem, s. 738.

⁹ Orłowski, J.: Uznanie administracyjne, Gdańsk, ODDK, 2005, s. 32–33.

Organy podatkowe nie mają możliwości decydowania o tym “czy” wszczynać postępowanie w sprawie orzeczenia odpowiedzialności osoby trzeciej, jeśli zaistnieje zaległość podatkowa (art. 51–52 O.p.). W praktyce pewne znaczenie ma moment wszczęcia tego postępowania, ale nie należy go postrzegać w kategorii prawnie normowanego luzu decyzyjnego, lecz realizacji zadań administracji oraz jej sprawności. Art. 107 i 108 O.p. nie stanowią przecież o “możliwości” orzekania o odpowiedzialności podatkowej osób trzecich, ale o zasadzie takiej odpowiedzialności w razie niezapłacenia podatku. Wyraźnie unormowane luzy orzekania w ramach uznania występują natomiast w tych przepisach Ordynacji podatkowej, które normują tylko niektóre instytucje prawne, odpowiednio stosowane także do zobowiązań przypadających od osób trzecich (art. 109 § 1 w zw. z art. 64–66 oraz art. 67c § 2 O.p.).

4. SOLIDARNA ODPOWIEDZIALNOŚĆ PODATKOWA OSOBY TRZECIEJ I JEJ SKUTKI

Odesłanie z art. 91 O.p. do przepisów Kodeksu cywilnego w zakresie odpowiedzialności solidarnej jest akceptowane w polskiej doktrynie prawa podatkowego. Stosowanie takich przepisów prawa cywilnego wymaga jednak uwzględnienia specyficznego charakteru odpowiedzialności podatkowej osób trzecich. Można wskazać, że występujące w języku praktyki sformułowanie o “przeniesieniu” odpowiedzialności za zaległości podatkowe na osobę trzecią dobrze oddaje charakter takiej czynności – bo na ich powstanie – w świetle reguł z art. 110–117, z zastrzeżeniem art. 117a O.p. – mogła ona mieć zazwyczaj wpływ tylko w ograniczonym stopniu, albo wcale. Należy podkreślić, że w świetle przepisów z art. 107 O.p. osoba trzecia ponosi solidarną odpowiedzialność całym swoim majątkiem z podatnikiem (także płatnikiem, inkasentem, następcą prawnym podatnika), czyli odpowiada za cudzy dług¹⁰.

Wydaje się, że odpowiedzialność podatkowa osób trzecich byłaby unormowana bardziej przejrzysto w razie wprowadzenia przepisu stanowiącego o obowiązku wszczęcia postępowania i doręczania decyzji w sprawie odpowiedzialności podatkowej wszystkim osobom trzecim odpowiedzialnym za daną zaległość podatkową. Uzasadnieniem takiego stanowiska jest konstytucyjny charakter decyzji w sprawie orzeczenia o odpowiedzialności podatkowej osoby trzeciej; to decyzja konkretyzuje taką odpowiedzialność. W sytuacji zatem, gdy organ orzeknie o odpowiedzialności jednego lub kilku osób trzecich, inne osoby mieszczące się w dyspozycji przepisu obejmującego dany stan faktyczny są z takiej odpowiedzialności wyłączone. Z art. 107 § 1 O.p. można wywieść, że każda z osób trzecich solidarnie odpowiada tylko z podatnikiem. Organ podatkowy winien zatem orzekać o odpowiedzialności wszystkich osób trzecich, jeśli znajdują się w sytuacji określonej w przepisach art. 110–117a O.p., ale faktycznie postępowanie może przecież zostać wszczęte i toczyć się wobec tylko kilku spośród występujących w danej sprawie osób trzecich. W praktyce takie przypadki nie są odosobnione.

W świetle specyfiki odpowiedzialności osoby trzeciej w prawie podatkowym wskazano, iż pełne prawo wierzyciela do wyboru osoby, która ma spełnić świadczenie podatkowe, wystąpi dopiero od chwili stwierdzenia bezskuteczności egzekucji z majątku podatnika, bo od tego momentu wierzyciel może kierować środkami przymusu egzekucyjnego także względem osoby trzeciej¹¹. Dodać przy tym należy, że organ podatkowy nie ma obowiązku uzasadnienia

¹⁰ Olesińska, A.: Odpowiedzialność osób trzecich za zobowiązania podatkowe, Lublin, Lubelskie Wydawnictwa Prawnicze, 2000, s. 75, 77.

¹¹ Ibidem, s. 78.

dokonanego wyboru (spośród kilku) tej osoby trzeciej, wobec której zostaną wdrożone środki egzekucyjne. Wprowadzenie takiego wymogu nie wydaje się jednak celowe, bo przecież zasadę jej odpowiedzialności przesądzają przepisy art. 107 i odpowiedniego spośród przepisów art. 110–117a O.p.

Należy podzielić poglądy krytyczne dotyczące regulacji prawnej w Ordynacji podatkowej, w której w istocie zastrzeżono zasadę odpowiedzialności podatkowej osób trzecich wskutek odrzucenia unormowania z art. 40 ust. 2 ustawy z 19 grudnia 1980 r. o zobowiązaniach podatkowych¹². Na mocy tego przepisu organ podatkowy obowiązany był odstąpić od orzeczenia odpowiedzialności podatkowej ze względu na zasady współżycia społecznego lub inne ważne względy społeczno-gospodarcze. Organ podatkowy nie miał tu luzu wyboru co do orzekania i realizacji odpowiedzialności osoby trzeciej, lecz tylko ustalał wystąpienie w danym przypadku okoliczności uzasadniających odstąpienie od tej odpowiedzialności¹³. Taka regulacja ograniczała odpowiedzialność osób trzecich, akcentując jej subsydiarny charakter w stosunku do długu ciężącego na podatniku. Na swój sposób wyznaczała zatem ramy luzu decyzyjnego organu podatkowego w sferze dochodzenia należności od podmiotów ponoszących odpowiedzialność podatkową.

5. ODPOWIEDZIALNOŚĆ ZA PODATKI W PRAWIE OBCYM

Zgodnie z § 6 Bundesabgabenordnung¹⁴ (austriackiej ordynacji podatkowej) za to samo zobowiązanie podatkowe mogą na podstawie przepisów prawa podatkowego odpowiadać dłużnicy solidarni. W literaturze austriackiej wskazuje się, iż organ podatkowy może dochodzić świadczenia od każdego ze współdłużników. To uprawnienie organu leży w sferze jego uznania. Organ decyduje od którego dłużnika i w jakim zakresie dochodzić będzie należności. W zasadzie wszak winna to być osoba, która na mocy porozumienia między współdłużnikami winna ponieść to świadczenie. Jeżeli zaś zgodnie z § 7 tej ustawy za dane zobowiązanie mają odpowiadać określone osoby zgodnie z przepisami prawa podatkowego, o ich odpowiedzialności orzeka organ podatkowy w drodze decyzji. Orzeczenie o takiej odpowiedzialności oraz realizacja należności leży w sferze uznania organu podatkowego¹⁵. Jeżeli organ podatkowy ma dokonać wyboru spośród dłużników, to winien swe rozstrzygnięcie oprzeć na uwzględnieniu okoliczności dotyczących przypadku konkretnego dłużnika¹⁶.

Powyższe uwagi należy uzupełnić wskazaniem, że zgodnie z § 20 Bundesabgabenordnung rozstrzygnięcia organów podatkowych wydawane w ramach upoważnienia do uznania winny mieścić się w granicach zakreślonych w ustawie. W ramach tych granic rozstrzygnięcia o charakterze uznaniowym winny być podejmowane z uwzględnieniem zasady słuszności i celowości oraz wszystkich występujących w danej sprawie okoliczności. W sprawach zatem dotyczących odpowiedzialności podatkowej osób trzecich (ale także w wypadku wielości

¹² Dz.U. z 1993 r. Nr 108, poz. 486 ze zm.

¹³ Brzeziński, B. et al.: Zobowiązania podatkowe. Komentarz do ustawy, Toruń, TNOIK, 1997, s. 236.

¹⁴ Bundesgesetz vom 28. Juni 1961 – Bundesabgabenordnung (BGBl 1961/194 ze zm.).

¹⁵ Doralt, W; Ruppe, H.G.: Grundriss des österreichischen Steuerrechts, Band II, Wien, Manzsche Verlags- und Universitätsbuchhandlung Wirtschaftsverlag Dr. Anton Orac, 1988, s. 182-183.

¹⁶ Stoll, G.: Ermessen im Steuerrecht, 2 Aufl., Wien, Manz, 2001, s. 383, 389.

podatników), gdzie organy orzekają w ramach luzu będącego sferą uznania administracyjnego, stosuje się kryteria wynikające ze wskazanego wyżej przepisu¹⁷.

W niemieckiej ordynacji podatkowej z 1977 r. – Abgabenordnung¹⁸ o zasadzie odpowiedzialności solidarnej stanowi § 44, a o zasadach odpowiedzialności osób trzecich § 69–76 oraz 191–192 oraz przepisy niektórych ustaw podatkowych, a nadto przepisy prawa cywilnego i handlowego¹⁹. Rozstrzygnięcie organu podatkowego o tym, którego z podmiotów pociągnąć do odpowiedzialności, ma charakter uznaniowy. Zgodnie z wyznaczającym ramy uznania § 5 tej ustawy, rozstrzygnięcie to winno być uzasadnione. W sferze uznania leży też decydowanie czy i w jakiej wysokości zostanie wyznaczona odpowiedzialność danej osoby w drodze decyzji²⁰. Z § 191 (1) Abgabenordnung wynika, iż kto z mocy ustawy odpowiada za podatek (tzw. Haftungschuldner), może zostać zobowiązany na mocy decyzji o odpowiedzialności do znoszenia egzekucji i wobec niego na podstawie decyzji o egzekucji taka egzekucja może zostać wszczęta. Decyzje winny być wydawane w formie pisemnej.

Przy dochodzeniu należności od podmiotu, o którego odpowiedzialności orzeczono, uznanie organu administracji odgrywa podwójną rolę: czy, a jeśli tak, to w jakiej wysokości należy dochodzić należności od niego w miejsce dłużnika podatkowego, a także wobec którego spośród wielu dłużników ponoszących odpowiedzialność kierować te czynności²¹.

W istocie uznanie nie przysługuje organowi w kwestii czy dochodzić należności podatkowych; należy tylko uwzględnić okoliczności wpływające na powstanie i zakres odpowiedzialności. Zasadniczą rolę pełni odpowiedzialność dłużnika podatkowego (Steuerschuldner) i wobec niego należy w pierwszej kolejności podejmować czynności zmierzające do doprowadzenia do zapłaty podatku. Z drugiej strony w zasadzie brak kryteriów decydowania o tym, czy kierować żądanie zapłaty do innego podmiotu odpowiedzialnego za podatki. Odpowiedzialności takiej nie wyłącza ocena stanu majątkowego potencjalnego dłużnika, stopień jego zawinienia przy powstaniu należności, oczekiwane korzyści z uszczuplenia należności, wysokość kwoty, za którą dana osoba odpowiada czy brak możliwości kierowania roszczenia regresowego do dłużnika podatkowego²². Decydowanie o tym czy orzekać o odpowiedzialności podatkowej osób, “które ponoszą odpowiedzialność na podstawie różnych stanów faktycznych będących jej podstawą”, leży w sferze uznania co do rozstrzygnięcia (Entschliebungsermessen). Z kolei wybór spośród kilku odpowiedzialnych podmiotów ma charakter uznania w wyborze (Auswahlermessen). Zgodnie z regułą z § 5 Abgabenordnung w działaniach w ramach takiego uznania organ podatkowy winien uwzględnić interes publiczny, zasadę równości opodatkowania, wymóg szybkości i pewności poboru podatków. Wybór osoby, od której

¹⁷ Kopecky, H.: Die Haftung im österreichischen Steuerrecht, Wien, Wirtschaftsverlag Dr. Anton Orac, 1971, s. 11, 30-35.

¹⁸ Abgabenordnung vom 16. März 1976 (BGBl. I S. 613 ze zm.).

¹⁹ Harder, P.: Das Auswahlermessen bei der Steuerhaftung, Der Betrieb, 1989, Heft 2, s. 2022-2023.

²⁰ Klein, F.H.; Orlopp, G. et al: Abgabenordnung, München, C.H. Beck'sche Verlagsbuchhandlung, 1998, s. 261.

²¹ Fichtelmann, H.: Haftung für Steuerschulden, Dr. Peter Deubner Verlag, 1979, s. 63; Rößler, G.: Entschliebungsermessen und Haftungsbescheid, Deutsche Steuerzeitung 1990, Nr 3, s. 64-66.

²² Klein, F.H.; Orlopp, G. et al: Abgabenordnung, München, C.H. Beck'sche Verlagsbuchhandlung, 1998, s. 969-970.

będzie dochodzona należność objęta zasadą odpowiedzialności podatkowej, winien zatem odpowiadać wskazanym kryteriom²³.

6. PODSUMOWANIE

Charakterystyczne cechy stosunków podatkowopravných, to nierównorzędność podmiotów, brak udziału stron w ich ukształtowaniu i obligatoryjne wystąpienie organu administracji w każdym stosunku. Również w sprawach odpowiedzialności osób trzecich za zaległości podatkowe organy administracji dokonują konkretyzacji praw i obowiązków jednostek²⁴.

Model odpowiedzialności podatkowej jest związany z konstrukcją wymiaru zobowiązań podatkowych. W prawie polskim, niemieckim i austriackim modele te istotnie się różnią. Przedmiotem niniejszego opracowania było wskazanie różnicy wynikającej z ustalenia zasad odpowiedzialności za zaległości podatkowe. W prawie polskim organ podatkowy w zasadzie nie ma luzu decydowania o tym, czy wszczynać postępowanie w sprawie odpowiedzialności podatkowej osoby trzeciej. Z kolei w prawie austriackim i niemieckim dostrzega się w tym zakresie upoważnienia do działania organu podatkowego w ramach uznania administracyjnego. Uznanie takie wiąże się z brakiem w normie prawnej jednoznacznej determinacji prawnych następstw stanu faktycznego i pozostawieniem ich wyboru organowi administracyjnemu²⁵. Różnica unormowania w zakresie wyboru osoby ponoszącej wraz z podatnikiem solidarną, a przy tym subsydiarną, wtórną odpowiedzialność za jego zaległości we wskazanych systemach prawnych wydaje się istotna. Oto w prawie polskim, w razie wielości takich osób ponoszących odpowiedzialność podatkową, organowi podatkowemu przysługuje w zasadzie swoboda wyboru, limitowana jedynie faktem bezskuteczności egzekucji wobec podatnika (płatnika, inkasenta, następcy prawnego podatnika). W przepisach prawa podatkowego we wskazanych obcych systemach taka swoboda działania administracji jest już jednak ograniczona ogólnymi zasadami działania w ramach uznania. W ten sposób system prawa podatkowego zawiera podwyższone standardy ochrony uprawnień podmiotów, które ponoszą szczególnego rodzaju odpowiedzialność za cudze zaległości podatkowe.

Literatura:

- Adamiak, B. et al.: Ordynacja podatkowa. Komentarz 2005, Wrocław, Unimex, 2005.
- Brzeziński, B. et al.: Ordynacja podatkowa. Komentarz, Toruń, 2007.
- Olesińska, A.: Polskie prawo podatkowe. Zarys systemu, Toruń, TNOiK, 2007.
- Brzeziński, B. et al.: Ordynacja podatkowa. Komentarz, Toruń, 2007.
- Orłowski, J.: Uznanie administracyjne, Gdańsk, ODDK, 2005.
- Olesińska, A.: Odpowiedzialność osób trzecich za zobowiązania podatkowe, Lublin, Lubelskie Wydawnictwa Prawnicze, 2000.

²³ Harder, P.: Das Auswahlmessen bei der Steuerhaftung, Der Betrieb, 1989, Heft 2, s. 2023.

²⁴ Borszowski, P.: Elementy stosunku prawnego zobowiązania podatkowego, Kantor Wydawniczy Zakamycze 2004, s. 26-40; Filipek, J.: Stosunek administracyjnoprawny, Zeszyty Naukowe Uniwersytetu Jagiellońskiego, CLXXXVII, Prace Prawnicze, z. 34, s. 93.

²⁵ Por. M. Mincer, Uznanie administracyjne, Toruń, 1983, s. 63.

- Brzeziński, B. et al.: Zobowiązania podatkowe. Komentarz do ustawy, Toruń, TNOIK, 1997.
- Doralt, W; Ruppe, H.G.: Grundriss des österreichischen Steuerrechts, Band II, Wien, Manzsche Verlags- und Universitätsbuchhandlung Wirtschaftsverlag Dr. Anton Orac, 1988.
- Stoll, G.: Ermessen im Steuerrecht, 2 Aufl., Wien, Manz, 2001.
- Kopecky, H.: Die Haftung im österreichischen Steuerrecht, Wien, Wirtschaftsverlag Dr. Anton Orac, 1971.
- Harder, P.: Das Auswahlermessen bei der Steuerhaftung, Der Betrieb, 1989, Heft 2.
- Klein, F.H.; Orlopp, G. et al: Abgabenordnung, München, C.H. Beck'sche Verlagsbuchhandlung, 1998.
- Fichtelmann, H.: Haftung für Steuerschulden, Dr. Peter Deubner Verlag, 1979,
- Rößler, G.: Entschließungsermessen und Haftungsbescheid, Deutsche Steuerzeitung 1990, Nr 3.
- Borszowski, P.: Elementy stosunku prawnego zobowiązania podatkowego, Kantor Wydawniczy Zakamycze 2004.
- Filipek, J.: Stosunek administracyjnoprawny, Zeszyty Naukowe Uniwersytetu Jagiellońskiego, CLXXXVII, Prace Prawnicze, z. 34.

Kontaktні údaje na autora – email:

janusz.orlowski@op.pl

PROCEDURY OSTROŻNOŚCIOWE I SANACYJNE JAKO PRZYKŁAD REGUŁ FISKALNYCH (PRUDENTIAL AND REMEDIAL PROCEDURES AS AN EXAMPLE OF FISCAL RULES)

PRZEMYSŁAW PANFIL

Wydział Prawa i Administracji, Uniwersytet Gdański, Polska

Abstrakt

Konstytucja Rzeczypospolitej Polskiej wprowadza zasadę, zgodnie z którą nie wolno zaciągać pożyczek lub udzielać gwarancji i poręczeń finansowych, w następstwie których państwowy dług publiczny przekroczy poziom $3/5$ wartości rocznego produktu krajowego brutto. Na straży tego rozwiązania stoją wprowadzone przez ustawę o finansach publicznych procedury ostrożnościowe i sanacyjne, które zawierają szereg reguł fiskalnych, głównie o charakterze ilościowym.

Słowa kluczowe

Polityka fiskalne, reguły fiskalne, procedury ostrożnościowe i sanacyjne.

Abstract

The paper investigates the nature of the prudential and remedial procedures which were introduced by the Public Finance Act. These procedures contain some quantitative fiscal rules. They are preventing the constitutional limit prohibiting the contracting loans or extending state guarantees and fiscal sureties resulting in that the public debt exceeds $3/5$ of the Gross Domestic Product.

Key words

Fiscal policy, fiscal rules, prudential and remedial procedures.

1. WSTĘP

We współczesnych społeczeństwach demokratycznych istnieją liczne czynniki polityczno-instytucjonalne, które sprawiają, że celem polityki fiskalnej rzadko bywa maksymalizacja użyteczności społecznej. Dzieje się tak, gdyż proces wyborczy preferuje polityków, którzy lansują model ekspansywnej polityki fiskalnej opierającej się na wzroście wydatków lub redukcji skali obciążeń podatkowych. Asymetria informacji powoduje, że wyborcy nie są dostatecznie świadomi istnienia i roli długookresowych ograniczeń budżetowych. Podlegają tzw. iluzji fiskalnej, czyli budują sobie fałszywe wyobrażenie na temat możliwych wariantów wyboru. Dodatkowo, na poziomie pojedynczych obywateli daje się zauważyć brak współodpowiedzialności za stan budżetu państwa. Tym samym przewidywalnym rezultatem procesu demokratycznego wyboru jest powstanie deficytu budżetowego wtedy, gdy pożyczka jest dostępnym środkiem zastępującym opodatkowanie¹. Uzasadnia to stosowanie reguł fiskalnych, czyli takich rozwiązań instytucjonalnych, które ograniczają negatywny wpływ wyborów na politykę fiskalną. Ciekawym przykładem są tutaj funkcjonujące w Polsce procedury ostrożnościowe i sanacyjne. Jest to zbiór reguł fiskalnych, głównie o charakterze ilościowym, które stoją na straży konstytucyjnego limitu państwowego długu publicznego.

¹ Buchanan J.M.: *Finanse publiczne w warunkach demokracji*, Warszawa: Wydawnictwo Naukowe PWN, 1997, s. 133, ISBN 8301122943.

Zostały one wprowadzone do porządku prawnego za sprawą ustawy o finansach publicznych z dnia 26 listopada 1998 roku² (powoływana dalej w skrócie FinPubU 98). Zbliżająca się dziesiąta rocznica ich funkcjonowania wydaje się być dobrym pretekstem do analizy przyjętych rozwiązań. Wynikające z niej wnioski mogą stać się przyczynkiem do dyskusji na temat modyfikacji, którym procedur ostrożnościowych i sanacyjnych zostały poddane w rządowym projekcie kolejnej ustawy o finansach publicznych.

2. KSZTAŁT PROCEDUR OSTROŻNOŚCIOWYCH I SANACYJNYCH

Aktualnie problematykę procedur ostrożnościowych i sanacyjnych reguluje art. 79 ustawy z dnia 30 czerwca 2005 roku o finansach publicznych³ (FinPubU). Zawierają one pakiet rozwiązań zmierzających do ograniczenia rozmiarów państwowego długu publicznego, zmniejszenia lub likwidacji deficytu oraz przyjęcia odpowiedniego programu naprawczego⁴. FinPubU zakłada trzy odmienne sposoby reakcji na kształtowanie się relacji kwoty państwowego długu publicznego do produktu krajowego brutto (PKB). Przedstawiają się one następująco:

1. relacja w roku x jest większa od 50%, a nie większa od 55%:
 - a. Rada Ministrów uchwala projekt ustawy budżetowej na rok następny ($x + 2$), w którym relacja deficytu budżetu państwa do dochodów budżetu państwa nie może być wyższa niż analogiczna relacja z roku bieżącego ($x + 1$),
 - b. relacja deficytu do dochodów uchwalona w budżecie państwa na następny rok budżetowy stanowi górne ograniczenie relacji deficytu każdej jednostki samorządu terytorialnego (JST) do jej dochodów, jaka może zostać uchwalona w budżecie JST,
2. relacja w roku x jest większa od 55%, a mniejsza od 60% PKB:
 - a. Rada Ministrów uchwala projekt ustawy budżetowej na rok następny ($x + 2$), przyjmując jako górne ograniczenie deficytu jego poziom zapewniający spadek relacji długu SP do PKB w stosunku do relacji dla roku x ,
 - b. górne ograniczenie relacji deficytu każdej JST do jej dochodów, jaka może być uchwalona w jej budżecie na rok następny ($x + 2$), określona jest przez pomnożenie relacji deficytu do dochodów budżetu państwa uchwalonej na rok następny ($x + 2$) przez współczynnik R , wyliczony w następujący sposób

$$R = (0,6 - PDP / PKB) : 0,05$$

gdzie:

PDP – kwota państwowego długu publicznego ogłoszona za poprzedni rok budżetowy (x),

PKB – produkt krajowy brutto ogłoszony za poprzedni rok budżetowy (x),

- c. Rada Ministrów przedstawia Sejmowi program sanacyjny mający na celu obniżenie relacji państwowego długu publicznego do PKB,
3. relacja w roku x jest równa lub większa od 60%:

² T.j. Dz. U. z 2003 r., nr 15, poz. 148 ze zm.

³ Dz. U. z 2005 r., nr 249, poz. 2104 ze zm.

⁴ Borodo A.: *Polskie prawo finansowe. Zarys ogólny*, Toruń: Dom Organizatora, 2005, s. 177-178, ISBN 8372852537.

- a. poczynając od siódmego dnia po dniu ogłoszenia relacji jednostki sektora finansów publicznych nie mogą udzielać nowych poręczeń i gwarancji,
- b. Rada Ministrów, najpóźniej w terminie miesiąca od dnia ogłoszenia relacji, przedstawia Sejmowi program sanacyjny mający na celu ograniczenie tej relacji do poziomu poniżej 60%,
- c. w kolejnym roku budżetowym ($x + 2$) obowiązuje zakaz udzielania nowych gwarancji i poręczeń przez jednostki sektora finansów publicznych,
- d. w projekcie ustawy budżetowej na kolejny rok budżetowy ($x + 2$) oraz w uchwalonych budżetach JST kwota wydatków jest równa lub niższa od kwoty dochodów.

Wprowadzonych przez procedury ostrożnościowe i sanacyjne ograniczeń dotyczących wielkości deficytu nie stosuje się do:

1. kwot deficytu budżetu państwa sfinansowanych nadwyżką budżetową z lat poprzednich, a także sfinansowanych przychodami pochodzącymi ze sprzedaży wydzielonych aktywów Skarbu Państwa, a wydatkowanymi na sfinansowanie reformy systemu ubezpieczenia społecznego, zgodnie z ustawą o wykorzystaniu wpływów z prywatyzacji części mienia Skarbu Państwa na cele związane z reformą systemu ubezpieczeń społecznych,
2. kwot deficytu budżetu JST sfinansowanych nadwyżką budżetową z lat poprzednich, a także sfinansowanych emisją papierów wartościowych, zaciągniętymi kredytami i pożyczkami w związku ze środkami określonymi w umowie zawartej z podmiotem dysponującym środkami pochodzącymi z budżetu Unii Europejskiej oraz bezzwrotnymi środkami z pomocy udzielonej przez państwa członkowskie EFTA.

Dodatkowo, przepisów regulujących procedury ostrożnościowe i sanacyjne nie stosuje się w przypadku wprowadzenia stanu wojennego, stanu wyjątkowego na całym terytorium Polski lub stanu klęski żywiołowej na całym terytorium Polski.

Program sanacyjny przedstawiany przez Radę Ministrów Sejmowi w pierwszej kolejności powinien podawać przyczyny kształtowania się relacji długu publicznego do PKB na tak wysokim poziomie. Musi także zawierać program przedsięwzięć mających na celu doprowadzenie do ograniczenia tej relacji oraz uwzględniający analizę limitów ilościowych i analizę uwarunkowań prawnych. Ostatnim elementem, który powinien znaleźć się w programie sanacyjnym jest trzyletnia prognoza dotycząca kształtowania się omawianej relacji wraz z przewidywanym rozwojem sytuacji makroekonomicznej kraju.

3. SKUTECZNOŚĆ PROCEDUR OSTROŻNOŚCIOWYCH I SANACYJNYCH

W literaturze przedmiotu zdefiniowano szereg cech, którymi powinny charakteryzować się skuteczne reguły fiskalne. Pierwszą z nich jest prostota przyjętych rozwiązań. Umożliwia ona zrozumienie przez społeczeństwo mechanizmu funkcjonowania danej reguły, bez czego trudno jest uzyskać akceptację wynikających z niej ograniczeń. Prostota sprzyja także poprawie efektywności kontroli w zakresie przestrzegania przyjętych rozwiązań. Cechy tej niestety nie można przypisać regulacjom tworzącym procedury ostrożnościowe i sanacyjne. Szczególnie skomplikowane są rozwiązania, które zaczynają obowiązywać w przypadku przekroczenia przez państwowy dług publiczny poziomu 55% PKB. Jedynie w ostatniej procedurze sanacyjnej pojawia się łatwy do wyjaśnienia opinii publicznej nakaz zbilansowania budżetu państwa i budżetów JST. Dużym atutem przyjętych rozwiązań jest natomiast jasno określony cel wprowadzenia ich do porządku prawnego. Jest nim ochrona konstytucyjnego limitu zadłużenia, a więc bardzo prostej i zrozumiałej ilościowej reguły fiskalnej.

Biorąc pod uwagę stabilizacyjną funkcję finansów publicznych i cykliczność procesów ekonomicznych reguły fiskalne muszą cechować się pewną elastycznością, która pozwoli władzom publicznym aktywnie reagować na nadzwyczajne zjawiska gospodarcze. Nie powinny także ograniczać swobodnego funkcjonowania automatycznych stabilizatorów koniunktury. W literaturze przedmiotu można spotkać się z opiniami, że procedury ostrożnościowe i sanacyjne nie spełniają tego warunku. Jako wadę przyjętego systemu podaje się fakt, że opiera się on na koncepcji „twardego lądowania”, czyli znaczącej skokowej redukcji deficytu⁵. Biorąc pod uwagę dużą sztywność wydatków budżetu państwa realizacja takiego zadania musiałaby wiązać się ze wzrostem skali obciążeń fiskalnych lub poważną redukcją wydatków, co miałyby daleko idące implikacje natury gospodarczej. Trudno jednak w pełni zgodzić się z tym stanowiskiem. W szczególności procedury ostrożnościowe i sanacyjne mają zabezpieczyć gospodarkę właśnie przed skutkami „twardego lądowania”, do którego musiałoby dojść w przypadku przekroczenia konstytucyjnego limitu zadłużenia. Osiąga się to poprzez wprowadzanie coraz dalej idących ograniczeń swobody prowadzenia polityki fiskalnej. Należy przy tym zauważyć, że początkowo nie są one nadmiernie restrykcyjne.

Skuteczność reguł fiskalnych w dużej mierze zależy od liczby adresatów wynikających z nich ograniczeń. Najwyżej należy oceniać te rozwiązania, które odnoszą się do całego sektora finansów publicznych, a nie tylko jego poszczególnych elementów. Jest to szczególnie istotne w świetle transferów, do jakich dochodzi pomiędzy jednostkami tego sektora. Polskie procedury ostrożnościowe i sanacyjne generalnie wprowadzają ograniczenia na poziomie budżetu państwa i budżetów JST. Jedynie w przypadku przekroczenia przez państwowy dług publiczny poziomu 60% PKB pojawia się adresowany do wszystkich jednostek sektora finansów publicznych zakaz udzielania nowych poręczeń i gwarancji. Biorąc pod uwagę cel, jakiemu mają służyć procedury ostrożnościowe i sanacyjne, rozwiązanie to wydaje się niewystarczające. Powinny one obejmować wszystkie jednostki, których zadłużenie jest częścią składową państwowego długu publicznego. Dodatkowo, obecny kształt procedur ostrożnościowych i sanacyjnych daje możliwość obejścia wynikających z nich ograniczeń. Przykładowo, redukcja deficytu budżetu państwa mogłaby odbyć się w drodze zmniejszenia wielkości dotacji dla państwowych funduszy celowych. Podmioty te musiałyby finansować część swoich wydatków środkami pozyskanymi w drodze pożyczki publicznej powiększając w ten sposób swoje zadłużenie. W takich okolicznościach wdrożenie procedur ostrożnościowych i sanacyjnych przyczyniłoby się do zmiany struktury podmiotowej państwowego długu publicznego, a nie ograniczenia jego wielkości. Niemniej, obecne rozwiązania są niekiedy krytykowane w zakresie, w jakim ograniczają gospodarkę finansową JST. Zarzuca się im, że opierają się na zasadzie „zbiorowej odpowiedzialności”. Państwowy dług publiczny, generowany przede wszystkim przez Skarb Państwa, może w przyszłości negatywnie wpływać na rozwój JST⁶. Takie podejście abstrahuje jednak od faktu, że wśród wydatków budżetu centralnego dominującą pozycję mają subwencje i dotacje na rzecz innych jednostek sektora finansów publicznych. W tym świetle deficyt budżetu państwa jest przejawem braku równowagi całego sektora.

Ograniczenia wynikające z ilościowych reguł fiskalnych prowadzą zazwyczaj do ograniczenia skali wydatków publicznych. W sytuacji, w której większość z nich ma charakter sztywny, uderza to przede wszystkim w wydatki majątkowe. W tym sensie ilościowe reguły fiskalne mogą być poważnym zagrożeniem dla realizacji polityki prorozwojowej. W związku z tym

⁵ Józefiak C., Krajewski P., Mackiewicz M.: *Deficyt budżetowy. Przyczyny i metody ograniczenia*, Warszawa: Polskie Wydawnictwo Ekonomiczne, 2006, s. 59, ISBN 8320816270.

⁶ Gilowska Z., *Rozczarowanie ustawami*, Rzeczpospolita z 10.08.1998, ISSN 02089130.

należy nadać im taki kształt, aby były neutralne dla wydatków majątkowych. Postulat ten jest częściowo realizowany przez procedury ostrożnościowe i sanacyjne na poziomie JST. Ograniczeń, związanych z wszczętymi postępowaniami nie stosuje się do deficytu tych jednostek w kwocie, jaka odpowiada pożyczkom publicznym zaciągniętym w związku z umowami zawartymi z podmiotami dysponującymi środkami pochodzącymi z budżetu Unii Europejskiej.

Aby dana reguła fiskalna była skuteczna, musi mieć charakter wiążący zarówno na etapie opracowywania budżetu, jak i jego wykonywania. Tym samym powinna obowiązywać zarówno *ex ante*, jak i *ex post*⁷. Istotą procedur ostrożnościowych i sanacyjnych jest ograniczenie wielkości deficytu budżetowego, jaki może być uchwalony w ustawie lub uchwale budżetowej. W przypadku budżetu centralnego nie wynika to bezpośrednio z przepisów tworzących te procedury. Ograniczenia przewidziane w art. 79 FinPubU dotyczą uchwalonego przez Radę Ministrów projektu ustawy budżetowej. Sejm, zgodnie z art. 220 ust. 1 Konstytucji⁸, nie może jednak uchwalić deficytu większego niż przewidziany w tym projekcie. Ujemne saldo budżetowe ujęte w ustawie lub uchwale budżetowej stanowi limit, którego przekroczenie jest równoznaczne z naruszeniem dyscypliny finansów publicznych. Sugerowałoby to, że procedury ostrożnościowe i sanacyjne mają charakter wiążący także w trakcie wykonywania budżetu. Nie jest to jednak takie oczywiste. Przykładowo, w pierwszej procedurze sanacyjnej wysokość deficytu budżetowego państwa uzależniona jest od przewidywanej na koniec roku relacji długu Skarbu Państwa do PKB. Jeżeli w trakcie roku budżetowego okaże się, że szacunki dotyczące tej relacji były zaniżone, to brak jest mechanizmów wymuszających nowelizację ustawy budżetowej i stosowne zmniejszenie deficytu budżetowego. Okoliczność ta może być wykorzystana przez rząd do „obejścia” części ograniczeń wynikających z procedur ostrożnościowych i sanacyjnych poprzez manipulowanie prognozowanymi wskaźnikami makroekonomicznymi.

Skuteczność reguł fiskalnych jest także uzależniona od czasu, w których wynikające z nich ograniczenia zaczynają oddziaływać na sposób prowadzenia polityki fiskalnej. Pod tym względem procedury ostrożnościowe i sanacyjna pozostawiają wiele do życzenia. Przekroczenie jednego z założonych progów państwowego długu publicznego w roku t skutkuje ograniczeniem wielkości deficytu w roku $t + 2$. Procedury ostrożnościowe i sanacyjne wpływają na sposób prowadzenie polityki fiskalnej z rocznym opóźnieniem w stosunku do zaistnienia przesłanek warunkujących ich zastosowanie. Rozwiązanie to w pewnym stopniu można tłumaczyć organizacją procedury budżetowej, jak i późnego dostępu do pełnych danych statystycznych za mijający rok budżetowy. Niemniej, sytuacja ta rzutuje na skuteczność procedur ostrożnościowych i sanacyjnych. Należy pamiętać, że ich głównym celem jest ochrona konstytucyjnego limitu zadłużenia. W przypadku poważnego kryzysu finansów publicznych może się jednak zdarzyć, że państwowy dług publiczny zdąży przekroczyć poziom 60% PKB zanim procedury te zaczną oddziaływać na sposób prowadzenia polityki fiskalnej.

4. WIARYGODNOŚĆ PROCEDUR OSTROŻNOŚCIOWYCH I SANACYJNYCH

Odrębnym zagadnieniem jest wiarygodność reguł fiskalnych, która jest wyznaczana przez trwałość przyjętych rozwiązań. Skuteczność nawet najlepszych regulacji może być iluzoryczna i uzależniona od czynników zewnętrznych, jeżeli mogą być one swobodnie

⁷ Inman R.P.: *Do Balanced Budget Rules Work? U.S. Experience and Possible Lessons for the EMU*, Working Paper no 5838, Cambridge: National Bureau of Economic Research, 1996, s. 4,

⁸ Konstytucja Rzeczypospolitej Polskiej z dnia 2 kwietnia 1997 r. (Dz. U. 1997 nr 78 poz. 483).

zmienione przez podmiot objęty wynikającymi z nich ograniczeniami⁹. W związku z tym wiarygodność reguły fiskalnych wyznaczana jest przez rangę wprowadzających je aktów prawnych. Należy jednocześnie zauważyć, że konieczność nadawania regułom polityki fiskalnej formy przepisów prawnych pojawiła się dopiero wraz z „rewolucją keynesowską”. Argumenty jej przedstawiciele przyczyniły się do legitymizacji deficytu i odrzucenia, opierającej się na tradycyjnych wartościach etycznych, zasady zbilansowania budżetu, która stanowiła integralną część niepisanej konstytucji fiskalnej większości państw¹⁰.

Największą wiarygodność mają reguły fiskalne określone w Konstytucji, a także wynikające z regulacji Unii Europejskiej. Po drugiej stronie osi znajdują się rozwiązania przyjmujące formę samoograniczeń nałożonych na siebie przez Radę Ministrów na etapie opracowywania projektu ustawy budżetowej¹¹. Nie mają one wiążącego charakteru, zaś ich naruszenie nie jest zagrożone żadnymi sankcjami. W związku z tym ich realizacji zależy przede wszystkim od dobrej woli Rady Ministrów. Pomiędzy tymi rozwiązaniami sytuują się te reguły, które umieszczono w akcie prawnym rangi ustawowej, w tym procedury ostrożnościowe i sanacyjne. Nie mogą być one bezpośrednio zmienione przez podmiot, który objęty jest wynikającymi z nich ograniczeniami. Ich znaczenia nie można jednak przeceniać w systemie politycznym, w którym rząd ma poparcie większości parlamentarnej. Rada Ministrów może być inicjatorem zmian legislacyjnych mających złagodzić ograniczenia wynikające z reguł fiskalnych. Do takich działań, w zakresie procedur ostrożnościowych i sanacyjnych, doszło w Polsce dwukrotnie.

Pierwsza zmiana legislacyjna wpływająca na zakres ograniczeń wynikających z procedur ostrożnościowych i sanacyjnych miała miejsce w 2004 roku. Teoretycznie nie dotyczyła ona bezpośrednio zawartych w nich reguł fiskalnych, lecz środków transferowanych z budżetu państwa do Funduszu Ubezpieczeń Społecznych tytułem pokrycia ubytku składek przekazywanych do otwartych funduszy emerytalnych. Do końca 2003 roku były one traktowane jako wydatek budżetu państwa przyjmujący formę dotacji. Od 1 stycznia 2004 roku klasyfikuje się je jako przychody własne Funduszu Ubezpieczeń Społecznych i zalicza w ciężar rozchodów budżetu państwa. Zmiana ta nie znajduje żadnego racjonalnego uzasadnienia. Środki transferowane z budżetu państwa do Funduszu Ubezpieczeń Społecznych mają charakter definitywny i bezzwrotny. Ze względu na ekonomiczną treść tej operacji powinna być ona klasyfikowana jako wydatek. Sugeruje to, że jedynym motywem działania ustawodawcy była chęć zmniejszenia deficytu budżetowego za pomocą zmiany księgowania wybranych pozycji. Rozchodów nie uwzględnia się bowiem przy ustalaniu salda budżetowego. Za taką interpretacją świadczy fakt, że nowe regulacje weszły w życie po przekroczeniu przez państwowy dług publiczny poziomu 50% PKB (wykres nr 1). W związku z tym rząd, pracując na projekcie ustawy budżetowej na rok 2005, poddawany był ograniczeniom wynikającym z procedur ostrożnościowych i sanacyjnych. Wprowadzona zmiana klasyfikacji pozwoliła sztucznie zredukować deficyt budżetowy i w ten sposób „uwolnić” spod rygorów tych procedur kilkanaście miliardów złotych. Modyfikacja ta nie tylko wpłynęła na wiarygodność przyjętych rozwiązań, ale również poważnie ograniczyła ich skuteczność. Procedury ostrożnościowe i sanacyjne opierają się na koncepcji ograniczenia poziomu deficytu. Początkowo rozwiązanie to nie budziło zastrzeżeń, gdyż deficyt ten był

⁹ Alesina A., Perotti R.: *The Political The Political Economy of Budget Deficits*, Working Papers nr 4637, Cambridge: National Bureau of Economic Research, 1994, s. 33.

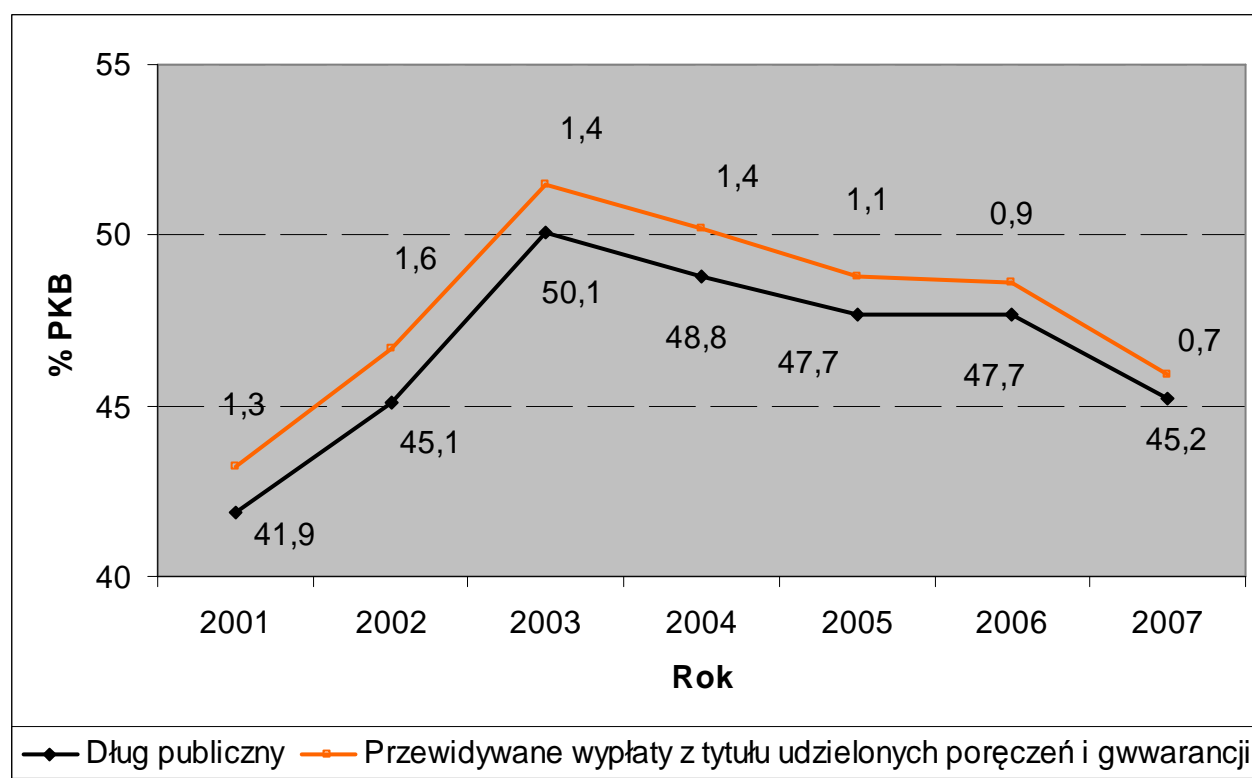
¹⁰ Buchanan J.M.: *Finanse...*, s. 133.

¹¹ Jako przykład można tutaj podać tzw. kotwicę Belki, którą w 2002 roku przyjął w Polsce rząd koalicyjny SLD-UP-PSL. Zakładała ona umiarkowany realny wzrost wydatków budżetu państwa w cyklu kilkuletnim. Ich poziom na kolejne lata miał być ustalony zgodnie z zasadą, że wydatki roku poprzedniego powiększą się o wskaźnik prognozowanej inflacji + 1% ponad wielkość inflacji.

jedyną pozycją potrzeb pożyczkowych budżetu państwa, której finansowanie prowadziło do przyrostu zadłużenia. W chwili obecnej taki sam skutek wywołuje konieczność pokrycia w drodze pożyczki publicznej środków transferowanych do Funduszu Ubezpieczeń Społecznych, które stanowią refundację składek przekazywanych do otwartych funduszy emerytalnych¹². Sprawia to, że wdrożenia nawet najbardziej restrykcyjnej procedury sanacyjnej nie gwarantuje zahamowania wzrostu zadłużenia.

Kolejną zmianę legislacyjną w omawianym zakresie przyniosła FinPubU. Pod rządami FinPubU 98 na ocenę stanu finansów publicznych, obok poziomu państwowego długu publicznego, wpływały także skutki przyszłych i niepewnych zdarzeń związanych z zadłużeniem potencjalnym. Były one reprezentowane przez kwotę przewidywanych wypłat z tytułu poręczeń i gwarancji udzielonych przez jednostki sektora finansów publicznych. Początkowo nie miały one praktycznego znaczenia. Sytuacja ta uległa jednak zmianie w 2004 roku, kiedy to państwowy dług publiczny wyniósł 48,8% PKB, zaś przewidywalne wypłaty z tytułu udzielonych poręczeń i gwarancji 1,4% PKB. Suma obu wartości przekroczyła więc poziom 50% PKB, co uzasadniało wszczęcie procedur ostrożnościowych i sanacyjnych. Sytuacja ta wpłynęła na treść FinPubU. W trakcie prac parlamentarnych nad rządowym projektem tej ustawy zdecydowano, że jedynym czynnikiem mającym wpływ na wszczęcie procedur ostrożnościowych i sanacyjnych będzie poziom państwowego długu publicznego. Jest to więc kolejny przykład modyfikacji polskich reguł fiskalnych pod wpływem bieżącej sytuacji finansów publicznych, która negatywnie odbija się na ich wiarygodności.

Wykres nr 1. Stosunek państwowego długu publicznego powiększonego o przewidywane wypłaty z tytułu udzielonych poręczeń i gwarancji do PKB w latach 2001 – 2007 (%)



Źródło: opracowanie własne na podstawie: Ministerstwo Finansów, *Raporty roczne za lata 2001-2006. Dług publiczny*, Warszawa, 2002-2007.

¹² W części, która nie jest finansowana przychodami z prywatyzacji.

5. PODSUMOWANIE

W zamyśle swoich twórców procedury ostrożnościowe i sanacyjne miały zabezpieczać sektor finansów publicznych przed skutkami „twardego lądowania”, do którego musiałoby dojść w przypadku przekroczenia przez państwowy dług publiczny konstytucyjnego limitu zadłużenia. Realizacja tego celu jest jednak zagrożona przez błędny kształt przepisów tworzących te procedury. Wpływają one na sposób prowadzenie polityki fiskalnej z rocznym opóźnieniem w stosunku do zaistnienia przesłanek warunkujących ich zastosowanie. Wynikające z nich ograniczenia nie obejmują wszystkich podmiotów, których zadłużenie składa się na państwowy dług publiczny. Procedury ostrożnościowe i sanacyjne opierają się także na błędnej koncepcji redukcji deficytu budżetowego, a nie wszystkich potrzeb pożyczkowych budżetu państwa. Największym problemem jest jednak mała wiarygodność przyjętych przez ustawodawcę rozwiązań. Z inicjatywy rządu procedury ostrożnościowe i sanacyjne były modyfikowane za każdym razem, kiedy zaczynały wywierać wpływ na sposób prowadzenia polityki fiskalnej.

Literature:

- Alesina A., Perotti R.: *The Political The Political Economy of Budget Deficits*, Working Papers nr 4637, Cambridge: National Bureau of Economic Research, 1994.
- Borodo A.: *Polskie prawo finansowe. Zarys ogólny*, Toruń: Dom Organizatora, 2005, ISBN 8372852537.
- Buchanan J.M.: *Finanse publiczne w warunkach demokracji*, Warszawa: Wydawnictwo Naukowe PWN, 1997, ISBN 8301122943.
- Gilowska Z., *Rozczarowanie ustawami*, Rzeczpospolita z 10.08.1998, ISSN 02089130.
- Inman R.P.: *Do Balanced Budget Rules Work? U.S. Experience and Possible Lessons for the EMU*, Working Paper no 5838, Cambridge: National Bureau of Economic Research, 1996.
- Józefiak C., Krajewski P., Mackiewicz M.: *Deficyt budżetowy. Przyczyny i metody ograniczenia*, Warszawa: Polskie Wydawnictwo Ekonomiczne, 2006, ISBN 8320816270.
- Ministerstwo Finansów, *Raporty roczne za lata 2001-2006. Dług publiczny*, Warszawa, 2002-2007.

Contact – email:

deruyter@wp.pl

KONTROLA ROZPOČTOVÉHO HOSPODAŘENÍ ÚSC A PORUŠENÍ ROZPOČTOVÉ KÁZNĚ

IVANA PAŘÍZKOVÁ

Právnická fakulta Masarykovy univerzity, Česká republika

Abstrakt v rodném jazyce

Příspěvek nastiňuje problematiku kontroly rozpočtového hospodaření územních samosprávných celků a zaměřuje se také na porušení rozpočtové kázně. Současně je pojednáno o přezkoumávání hospodaření územních samosprávných celků a dobrovolných svazků obcí. O kontrole je pojednáno jednak jako o systému vnitřní kontroly, ale i o vnější kontrole ze strany ÚFO.

Klíčová slova v rodném jazyce

Kontrola, dozor, dohled, hospodaření územních samosprávných celků, porušení rozpočtové kázně, přezkoumávání hospodaření, kontrola vnitřní, kontrola vnější.

Abstract

Paper outlines issues of financial management control local government units and focuses on the review of the economy. At the same time, discussed the review of the management of regional and local authorities and voluntary municipalities. The control is discussed both as the internal control system, but also the external control of the UFO.

Key words

Control, surveillance, supervision, management of local government units, a breach of budgetary discipline, review management, internal control, external control.

KONTROLA ROZPOČTOVÉHO HOSPODAŘENÍ ÚSC A PORUŠENÍ ROZPOČTOVÉ KÁZNĚ

Předmětem kontroly je hospodaření s finančními prostředky a plnění dalších povinností vyplývajících pro kontrolované subjekty z obecně závazných právních předpisů, nebo z povinností uložených na jejich základě. Jednotlivé orgány přitom tuto kontrolu vykonávají vždy jen v rozsahu a okruhu své věcné, osobní a místní působnosti. V hospodaření územních samosprávných celků přichází v úvahu dvojí druh kontroly, a to kontrola vnitřní a kontrola vnější. Potřeba rozlišení má hned několik praktických stránek, které se mohou projevit dokonce i při uplatňování závěrů z kontrolních zjištění, a to při ukládání sankcí za zjištěné nedostatky.

Kontrolu vnitřní si provádějí územní samosprávné celky jednak samostatně, prostřednictvím vlastních orgánů a dále je kontrola prováděna na základě zákona č. 420/2004 Sb., o přezkoumávání hospodaření územních samosprávných celků a dobrovolných svazků obcí, v zpd., kde předmětem kontroly je přezkoumávání hospodaření územního samosprávného celku a to v průběhu fiskálního roku a po té následně, při přezkoumání závěrečného účtu územního samosprávného celku. A další kontrolní mechanismus je založen na základě zákona č. 320/2001 Sb., o finanční kontrole ve veřejné správě, ve znění pozdějších předpisů. Vedle všeobecné veřejné kontroly, které podléhají všechny orgány obce a kraje, při níž se uplatňují základní principy kontroly prováděné voliči demokraticky zvolených obecních a krajských

zastupitelstev, se princip uplatnění kontroly musí ještě projevit v běžné činnosti zastupitelstva vůči radě a dalším orgánům územních samosprávných celků.

Vnější kontrola je například kontrola místně příslušnými finanční orgány, které provádějí kontrolu plateb, které jsou příjmem státního rozpočtu a státních fondů.¹ Ministerstvu financí přísluší právo provádět kontrolní činnosti, které jinak spadají do působnosti územních finančních orgánů (§11 zákona ČNR 531/1990 Sb., o územních finančních orgánech, vzpzd.) a současně stejné právo má ministerstvo financí také podle zákona o rozpočtových pravidlech republiky.

Výsledkem kontrol prováděných v hospodaření územních samosprávných celků může být zjištění, že došlo k porušení rozpočtové kázně. Za porušení rozpočtové kázně se považuje případ, kdy peněžní prostředky jsou neoprávněně použity, nebo zadrženy. V obou těchto případech se vždy jedná o konkrétní sumu peněz a podle ní se uloží sankce v podobě sankčního odvodu – tzn. územní samosprávný celek uloží osobě, která se tohoto porušení kázně dopustí odvod do svého rozpočtu ve výši částky neoprávněně použitých či zadržovaných prostředků svého rozpočtu. Ve stávající právní úpravě je zapracováno řešení postihů za neplnění zákonem uložených povinností, u nichž nelze dané neplnění vztáhnout ke konkretizovatelné peněžní částce. Proto se v takovém případě uplatňují pokuty za neplnění zákonem uložených povinností nebo podmínek pro hospodaření s peněžními prostředky územních samosprávných celků. Za porušení rozpočtové kázně lze uložit pokutu až do 1 milionu korun. O jejím uložení rozhoduje Ministerstvo financí nebo jím zmocněný finanční úřad a také krajský úřad při výkonu své kontrolní působnosti dle zvláštního zákona. Pokuta je příjmem státního rozpočtu. Zákon současně pamatuje u všech případů neoprávněně zadržovaných rozpočtových prostředků a nakládání s nimi na povinnost zaplatit penále, kde je možnost, aby územní samosprávný celek rozhodl o výši penále a o možnosti úlev v případě nadměrné tvrdosti.²

PŘEZKOUMÁVÁNÍ HOSPODAŘENÍ ÚZEMNÍCH SAMOSPRÁVNÝCH CELKŮ A DOBROVOLNÝCH SVAZKŮ OBCÍ

Přezkoumávání hospodaření územních samosprávných celků a svazků obcí je dalším z kontrolních mechanismů územních rozpočtů, aby nedocházelo k neoprávněnému či špatnému nakládání s veřejnými peněžními prostředky. A právě na základě toho vznikl zákon č. 420/2004 Sb., o přezkoumávání hospodaření územních samosprávných celků a dobrovolných svazků obcí, v platném znění, který zpřesňuje a konkretizuje kontrolu, která je obsažena v rozpočtových pravidlech územních samosprávných celků a současně kontrola upravena zákonem č. 320/2001 Sb., o finanční kontrole ve veřejné správě, ve znění pozdějších předpisů.

Tímto zákonem je upraveno přezkoumávání hospodaření územních samosprávných celků, jakož i městských částí hlavního města Prahy a dobrovolných svazků obcí, uložené zákonem o rozpočtových pravidlech, zákonem o obcích, zákonem o krajích, zákonem o hlavním městě Praze a stanoví předmět, hlediska, postup a pravidla přezkoumání.³

¹ Srovnej Pařízková, I.: Finance územních samosprávných celků, Právnická fakulta MU, Brno 1998, s. 61.

² Srovnej Marková, H., Boháč, R.: Rozpočtové právo, C. H. Beck, Praha, 2007, s. 219. a následující.

³ Srovnej Pařízková I. (in.) Mrkývka, P. a kolektiv autorů: Finanční právo a finanční správa 1. díl, Masarykova univerzita Brno, 2004, s. 371 a následující.

Předmětem přezkoumání jsou údaje o ročním hospodaření územního celku, tvořící součást závěrečného účtu a to

- plnění příjmů a výdajů rozpočtu včetně peněžních operací, týkajících se rozpočtových prostředků,
- finanční operace, týkající se tvorby a použití peněžních fondů,
- náklady a výnosy podnikatelské činnosti územního celku,
- peněžní operace, týkající se sdružených prostředků vynakládaných na základě smlouvy mezi dvěma nebo více územními celky, anebo na základě smlouvy s jinými právnickými nebo fyzickými osobami,
- finanční operace, týkající se cizích zdrojů ve smyslu právních předpisů o účetnictví,
- hospodaření a nakládání s prostředky poskytnutými z Národního fondu a s dalšími prostředky ze zahraničí poskytnutými na základě mezinárodních smluv,
- vyúčtování a vypořádání finančních vztahů ke státnímu rozpočtu, k rozpočtům krajů, k rozpočtům obcí, k jiným rozpočtům, ke státním fondům a k dalším osobám.
- nakládání a hospodaření s majetkem ve vlastnictví územního celku,
- nakládání a hospodaření s majetkem státu, s nímž hospodaří územní celek,
- zadávání a uskutečňování veřejných zakázek, s výjimkou úkonů a postupů přezkoumaných orgánem dohledu
- stav pohledávek a závazků a nakládání s nimi,
- ručení za závazky fyzických a právnických osob,
- zastavování movitých a nemovitých věcí ve prospěch třetích osob,
- zřizování věcných břemen k majetku územního celku⁴

Přezkoumání se ověřuje z hlediska

a) dodržování povinností stanovených zvláštními právními předpisy, zejména předpisy o finančním hospodaření územních celků, zákon č. 250/2000 Sb., o rozpočtových pravidlech územních rozpočtů, ve znění pozdějších předpisů o hospodaření s jejich majetkem, o účetnictví a o odměňování,

b) souladu hospodaření s finančními prostředky ve srovnání s rozpočtem,

c) dodržení účelu poskytnuté dotace nebo návratné finanční výpomoci a podmínek jejich použití,

d) věcné a formální správnosti dokladů o přezkoumávaných operacích.⁵

⁴ Pařízková, I.: Finanční právo Finance územní samosprávy, Masarykova univerzita Brno, 2005, s. 63.

Přezkoumávání provádí:

Obce a dobrovolné svazky obcí, které jsou podle zákona 250/2000 Sb., o rozpočtových pravidlech územních rozpočtů, ve znění pozdějších předpisů, oprávněny požádat o přezkoumání krajský úřad, a hlavní město Praha, které je podle zvláštního právního předpisu oprávněno požádat o přezkoumání Ministerstvo financí, tak učiní do 30. června každého kalendářního roku, anebo v téže lhůtě příslušnému úřadu ve smyslu § 5 odst. 3 oznámí, že se rozhodly zadat přezkoumání auditorovi nebo auditorské společnosti. Městské části hlavního města Prahy postupují obdobně vůči Magistrátu hlavního města Prahy.

Krajský úřad a Magistrát hlavního města Prahy, na základě požádání nebo oznámení a Ministerstvo financí, které vykonává přezkoumání u krajů a u hlavního města Prahy, vypracují časové plány přezkoumání období od sestavení plánu do 30. června následujícího roku.

Přehled o obcích, o dobrovolných svazcích obcí a městských částech, které se rozhodly zadat přezkoumání auditorovi, jakož i plány přezkoumání vypracované předají krajské úřady a Magistrát hlavního města Prahy Ministerstvu financí do 21. července každého kalendářního roku.

Na základě plánu se vykonávají do konce kalendářního roku dílčí přezkoumání za předchozí část kalendářního roku a po skončení kalendářního roku se vykonávají dílčí přezkoumání za zbývající část předchozího kalendářního roku a jednorázová přezkoumání za celý předchozí kalendářní rok.

Jednorázová přezkoumání může uskutečnit krajský úřad u obcí, které nevykonávají hospodářskou činnost a mají počet obyvatel menší než 800 osob. V ostatních územních celcích se uskutečňují dílčí přezkoumání. Pro účely přezkoumání je rozhodující počet obyvatel přihlášených v obci k trvalému pobytu ke dni 1. ledna kalendářního roku, jehož se přezkoumání týká.

Rozhodne-li se obec, včetně hlavního města Prahy, dobrovolný svazek obcí nebo městská část hlavního města Prahy zadat přezkoumání auditorovi, uzavře s ním písemnou smlouvu o poskytnutí auditorské služby, jejímiž náležitostmi jsou rovněž předmět a hlediska přezkoumání a obsah zprávy o výsledku přezkoumání hospodaření a dále lhůta předání této zprávy.

O uzavření smlouvy s auditorem informuje obec a dobrovolný svazek obcí příslušný krajský úřad, městská část hlavního města Prahy Magistrát hlavního města Prahy a hlavní město Praha Ministerstvo financí. Tato informace se podává bez zbytečného odkladu, nejpozději však do 31. ledna následujícího roku.

Nesplnění povinnosti požádat o přezkoumání Ministerstvo financí v případě hlavního města Prahy, krajský úřad v případě obce nebo dobrovolného svazku obcí a Magistrát hlavního města Prahy v případě městských částí hlavního města Prahy, anebo zadat přezkoumání auditorovi, oznámí příslušný přezkoumávající orgán zastupitelstvu příslušného územního celku, nebo orgánu svazku obcí do 28. února následujícího roku a přezkoumání vykoná.

⁵ Srovnej Pařízková I. (in.) Mrkývka, P. a kolektiv autorů: Finanční právo a finanční správa, Masarykova univerzita Brno, 2004, 371.

Výkonem přezkoumání pověřil Ministerstvo financí státní zaměstnanec zařazený v tomto ministerstvu, krajský úřad zaměstnanec kraje a Magistrát hlavního města Prahy zaměstnanec hlavního města Prahy, zaměstnanci pověřeni výkonem přezkoumání musí mít alespoň úplné střední vzdělání, musí splňovat požadavek praxe spočívající v činnosti, která souvisí odborně s předmětem přezkoumání, nejméně po dobu 3 let, a musí být bezúhonní.

O výsledku přezkoumání hospodaření se zpracovává zpráva na základě výsledků jednorázového přezkoumání, anebo na základě zápisů z dílčích přezkoumání.

Zpráva o výsledku přezkoumání hospodaření musí obsahovat

- a) identifikační údaje, jimiž jsou název územního celku, jména a funkce kontrolorů zúčastněných na přezkoumání a přibráných osob, místo, kde se přezkoumání uskutečňovalo, období, v němž probíhalo, dále rok, za který bylo přezkoumání vykonáno, a datum vyhotovení této zprávy,
- b) popis zjištěných chyb a nedostatků včetně uvedení povinností, stanovených zvláštními právními předpisy, nebo jiných hledisek přezkoumání, které nebyly dodrženy,
- c) označení dokladů a jiných materiálů, ze kterých zjištění vychází,
- d) závěr z přezkoumání,
- e) podpisy kontrolorů zúčastněných na přezkoumání a datovanou doložku o převzetí zprávy představitelem územního celku stvrzenou jeho podpisem.

Závěr zprávy o výsledku přezkoumání hospodaření musí obsahovat vyjádření, zda při přezkoumání:

- a) nebyly zjištěny chyby a nedostatky, nebo
- b) byly zjištěny chyby a nedostatky, které nemají závažnost nedostatků anebo
- c) byly zjištěny nedostatky, spočívající⁶

v porušení rozpočtové kázně

v neúplnosti, nesprávnosti nebo neprůkaznosti vedení účetnictví,

v pozměňování záznamů nebo dokladů v rozporu se zvláštními právními předpisy,

v porušení povinností nebo překročení působnosti územního celku stanovených zvláštními právními předpisy,

v neodstranění nedostatků zjištěných při dílčím přezkoumání nebo při přezkoumání za předcházející roky, nebo

v nevytvoření podmínek pro přezkoumání.⁷

⁶ Zákon č. 420/2004 Sb., o přezkoumávání hospodaření územních samosprávných celků a dobrovolných svazků obcí, vřzd.

Povinnou náležitostí závěru zprávy o výsledku přezkoumání hospodaření je dále

a) upozornění na případná rizika, která lze dovodit ze zjištění a která mohou mít negativní dopad na hospodaření územního celku v budoucnosti,

b) uvedení podílu pohledávek a závazků na rozpočtu územního celku a podílu zastaveného majetku na celkovém majetku územního celku.

Literatura:

- Zákon č. 420/2004 Sb., o přezkoumávání hospodaření územních samosprávných celků a dobrovolných svazků obcí, vzpzd.
- Mrkývka, P. a kolektiv autorů: Finanční právo a finanční správa, Masarykova univerzita Brno, 2004.
- Mrkývka, P., Pařízková, I.: Základy finančního práva, Masarykova univerzita Brno, 2008.
- Pařízková, I.: Financování územních samospráv, Masarykova univerzita Brno, 2008.
- Marková, H., Boháč, R.: Rozpočtové právo, C. H. Beck, Praha, 2007.
- Bakeš, M.: Finanční právo, C.H.Beck. Praha. 2006.

Kontaktní údaje na autora – email:

Ivana.Parizkova@law.muni.cz

⁷ Zákon č. 420/2004 Sb., o přezkoumávání hospodaření územních samosprávných celků a dobrovolných svazků obcí, vzpzd.

DOPADY ZAVEDENIA EURA NA PODNIKANIE V SLOVENSKEJ REPUBLIKE

ALENA PAULIČKOVÁ

Fakulta práva Janka Jesenského, Vysoká škola v Sládkovičove, Slovenská republika

Abstrakt

Príspevok poukazuje na špecifické faktory, ktoré v krajinách eurozóny neexistovali. Hlavnou odlišnosťou je rozdielny spôsob zavedenia eura do hotovostného a bezhotovostného obehu a taktiež scenár veľkého tresku, ktorý by mal byť faktorom, ktorý bude znižovať náklady pri zavedení eura. V tejto súvislosti je však potrebné poukázať aj na zaťaženie podnikateľských subjektov, ktoré na Slovensku tvoria 99,1 %.

Kľúčové slová

Euro, stratégia, podnikateľské subjekty, zaťaženie, národný plán, generálny zákon.

Abstract

The paper deals with specific factors that have not been existed in Euro area states. The main difference is a different way of Euro implementation into the cash and non-cash circulation, and also a “big bang scenario” which should be a factor of decreasing costs by Euro implementation. It is also necessary to point out enterprise burden in the Slovak Republic of 99,1 % of subjects.

Key words

Euro, strategy, enterprise subjects, burden, national plan, general act.

Slovensko sa zaviazalo prijať euro už pri vstupe do Európskej únie. Prvá veľká diskusia o výhodách a nevýhodách zavedenia eura na Slovensku prebehla v odborných kruhoch v rokoch 2002 až 2003, teda ešte pred vstupom Slovenska do EÚ. V roku 2003 pripravili NBS a Ministerstvo financií SR Stratégiu prijatia eura v SR, ktorá analyzovala ekonomické dôsledky vstupu do eurozóny. Vláda SR a NBS v Stratégii spoločne deklarovali, že „SR by sa mala stať členom menovej únie čo najskôr, to znamená hneď po tom, keď slovenská ekonomika bude schopná udržateľným spôsobom spĺňať maastrichtské kritériá. Cieľový dátum na zavedenie eura v SR bol preto stanovený na 1. januára 2009. Následne bol vypracovaný „Národný plán zavedenia eura v Slovenskej republike“, ktorý okrem podrobného rozpisu úloh na úspešné zvládnutie technických otázok prechodu na euro obsahuje aj vymedzenie dôležitých charakteristík tohto procesu.

Národný plán zavedenia eura v Slovenskej republike predpokladal plnenie základného harmonogramu činností spojených so vstupom Slovenskej republiky do Európskej menovej únie nasledovne:

- Schválenie „Národného plánu zavedenia eura v Slovenskej republike“ dňa 6. júla 2005
- Vstup Slovenskej republiky do ERM II dňa 25. novembra 2005
- Plnenie maastrichtských kritérií apríl 2006 – marec 2008 (s dosiahnutím v r. 2007)
- Konvergenčné správy ECB a Európskej komisie apríl 2008

- Návrh Európskej Komisie na zrušenie výnimky máj 2008
- Konzultácie s Európskym parlamentom máj 2008
- Zrušenie výnimky a stanovenie konverzného kurzu jún 2008
- Začiatok dvojitého oceňovania od 1. júla 2008
- Zavedenie eura v Slovenskej republike od 1. januára 2009
- Ukončenie obehu slovenských korún od 16. januára 2009
- Ukončenie dvojitého oceňovania k 31. decembru 2009.

Základným právnym predpisom, ktorý určuje priebeh postupu pri zavedení meny euro v Slovenskej republike je zákon č. 659/2007 Z. z. o zavedení meny eura v Slovenskej republike a o zmene a doplnení niektorých zákonov, ktorý je známy verejnosti ako generálny zákon o zavedení eura v Slovenskej republike. Z tohto zákona vyplývajú niektoré opatrenia a postupy s cieľom zabezpečiť organizovaný a plynulý postup pri zmene zákonných peňazí a menovej jednotky zo slovenskej koruny na menu euro v Slovenskej republike. Generálny zákon¹ je vypracovaný plne v súlade s nariadením Rady (ES) č. 1103/97 o určitých ustanoveniach týkajúcich sa zavedenia eura, od ktorého sa nesmie SR odchýliť. Zákon tak isto určuje jednotlivým ústredným orgánom povinnosť vydať usmernenia a všeobecne záväzné právne predpisy, ktoré budú zohľadňovať problematiku zavedenia eura.² Doplnujúcimi vyhláškami ku Generálnemu zákonu sú vyhláška č. 75/2008 Z. z., ktorou sa ustanovujú pravidlá vykazovania, prepočtu a zaokrúhľovania peňažných súm v súvislosti s prechodom na menu euro na účely účtovníctva, daní a colné účely a vyhláška č. 97/2008 Z. z. o podrobnostiach duálneho zobrazovania pre oblasť ochrany spotrebiteľov.

Dopady zavedenia eura na malé a stredné podniky (MSP)

Jednotlivé dopady zavedenia eura na malé a stredné podniky sa budú prejavovať v krátkodobom, strednodobom a dlhodobom horizonte, pričom budú na seba navzájom nadväzovať a ovplyvňovať sa.

Krátkodobé efekty sú jednorazové efekty, ktoré vzniknú hneď po zavedení eura a budú sa týkať podnikateľských subjektov priamo. Patrí sem:

- odstránenie transakčných nákladov,
- odstránenie volatility výmenného kurzu v rámci eurozóny,
- zvýšenie cenovej transparentnosti v eurozóne a
- jednorazové náklady na zavedenie eura.

¹ Generálny zákon určuje a definuje aj také pojmy ako napríklad, čo je to euro, čo je to eurozóna, konverzný kurz, deň zavedenia eura, obdobie duálneho hotovostného obehu a ďalšie pojmy, ktoré súvisia so zavedením meny euro v Slovenskej republike s predpokladaným termínom od 1.1.2009.

² Pozri viac na www.mhsr.sk/index/index.php; www.nbs.sk; www.employment.gov.sk; www.health.gov.sk; www.minv.sk; www.finance.gov.sk; www.euromena.sk

Odstránenie transakčných nákladov sa považuje za najvýznamnejší krátkodobý prínos zo zavedenia eura pre sektor malých a stredných podnikov. Transakčné náklady vznikajú podnikateľom pri realizácii zahraničného obchodu a investícií v rámci krajín eurozóny. V rámci úspor treba rovnako zohľadniť aj skutočnosť, že podnikatelia podnikajúci v eurozóne nebudú musieť viesť v bankách účty v cudzej mene, odstránia sa kurzové straty a rovnako sa zjednoduší aj účtovníctvo pre podnikateľské subjekty. Zjednodušenie nastane i v oblasti účtovania a oceňovania v jednej mene firiem s organizačnými zložkami a expozitúrami v zahraničí, ako i zvýšenie prehľadnosti príjmov a výdavkov. Eliminácia problémov pre malých podnikateľov nastane i v oblasti účtovania o kurzových rozdieloch prenášaných do príjmov a výdavkov, dane z pridanej hodnoty a pod. Pre malého a stredného podnikateľa sa svojím spôsobom uľahčí i samotný obchodný styk o účtovanie výdavkov pri pracovných cestách, účtovanie o pohonných hmotách a pod. Zjednoduší sa prehľad o cenách hotelov, služieb, leteniek, pričom predpokladáme postupné vyrovnávanie cien a za porovnateľné produkty by sa mala platiť porovnateľná cena. V tejto oblasti a oblasti produktivity je však potrebné prijímať opatrenia i na postupné vyrovnávanie ceny práce. Tento efekt bude pre podnikateľský sektor o to významnejší, čím viac nových členských krajín EÚ sa stane aj členmi eurozóny. Doteraz totiž vzhľadom na objem a veľkosť transakcií mali MSP veľmi malý priestor na dohodu s komerčnými bankami ohľadom transakčných nákladov a tak isto MSP často z kapacitných dôvodov nemajú dostatočný prehľad o poplatkoch v jednotlivých bankách, čo ich vedie k tomu, že si často nevyberú banku s najnižšími poplatkami.

Odstránenie volatility výmenného kurzu je ďalším pozitívnym efektom vplývajúcim na sektor malých a stredných podnikov po zavedení eura, ktorý sa prejaví v krátkodobom horizonte. V súčasnosti jediná možnosť ako sa poistiť voči kurzovým pohybom je hedžing. Túto formu zabezpečenia je však možné realizovať len krátkodobo. Dlhodobé zabezpečenie v súčasnej dobe nie je komerčne dostupné a vzhľadom na riziko volatility výmenných kurzov je veľmi ťažko aj realizovateľné. Malí podnikatelia v súčasnej dobe na Slovensku nevyužívajú možnosti takéhoto zabezpečenia sa voči kurzovým pohybom, a to v dôsledku vysokých nákladov vyplývajúcich z tohto zabezpečenia, ale aj vzhľadom na existujúce podmienky domáceho kapitálového trhu. Preto zavedenie eura bude pre nich znamenať veľkú výhodu v podobe odstránenia volatility výmenného kurzu.

Otázka jednorazových nákladov, ktoré vzniknú zavedením eura pre malých podnikateľov bude pre nich najcitlivejšou otázkou. Jednorazové náklady na zavedenie eura si bude musieť každý malý podnikateľ hradiť sám. Preto by v záujme každého malého podnikateľa malo byť, aby jeho náklady spojené so zavedením eura boli čo najnižšie, t. j. aby sa uplatňoval princíp minimalizácie nákladov. Dôležitým faktorom pri minimalizácii nákladov na zavedenie eura je správna organizácia a načasovanie prípravných prác pri zavádzaní eura. Rozsah príprav malých a stredných podnikateľov bude závisieť predovšetkým od druhu činností, ktoré vykonávajú. Medzi najdôležitejšie úlohy, ktoré budú musieť podnikateľské subjekty vykonať, bude patriť najmä adaptácia informačných systémov, usporiadanie vzťahov so zamestnancami, dodávateľmi, odberateľmi a vlastnou bankou. Podniky sa tiež musia pripraviť na legislatívne zmeny, ktoré sa ich dotknú najmä v oblasti daní a účtovníctva. Rozsah všetkých týchto úloh a ich efektívna realizácia bude priamo vplývať na výšku nákladov zo zavedenia eura. V prijatí novej meny vidí výhodu alebo príležitosť pre svoje podnikanie necelá pätina oslovených malých firiem a živnostníkov. Naopak, takmer tretina predpokladá, že vynaložené náklady budú vyššie ako prínosy zo zavedenia eura. Na základe odhadovaných úspor zo zavedenia eura vyplýva, že predpokladaná návratnosť jednorazových nákladov pre podnikateľský sektor ako celok bude v prípade Slovenska okolo jedného roku. V prípade, že k predpokladaným úsporám zo zavedenia eura pripočítame aj predpokladaný dodatočný rast

HDP o 0,7 % ročne, možno skonštatovať, že návratnosť nákladov zo zavedenia eura by mala byť výrazne menej ako jeden rok.

Stredno a dlhodobé dopady sa prejavujú v raste zahraničného obchodu s krajinami eurozóny, rastom prílevu zahraničných investícií a následným zrýchlením rastu HDP. Vďaka zavedeniu eura očakávame nárast zahraničného obchodu s eurozónou o 60 %. To by sa malo následne preniesť do dodatočného zvýšenia HDP o 7 až 20 % v strednodobom horizonte. Zavedenie eura prinesie najviac pozitívnych efektov pre firmy realizujúce zahraničný obchod s krajinami eurozóny. Zo zrýchlenia rastu HDP by však mali profitovať všetky podnikateľské subjekty na Slovensku. V dlhodobom horizonte by tento efekt mal Slovensku priniesť urýchlenie procesu dobiehania krajín eurozóny, pričom spolu so všetkými hore uvedenými krátkodobými efektmi by sa z hľadiska dlhodobého mal prejavovať nárast konkurencieschopnosti v oblasti tovarov a služieb. Postupná cenová konvergencia by mala v rámci podnikateľského sektora v eurozóne pôsobiť na špecializáciu a koncentráciu takých výrobných odvetví, v ktorých dosahujú jednotlivé krajiny komparatívne výhody v porovnaní s ostatnými krajinami eurozóny. Zavedenie spoločnej meny tiež zvýši efektívnosť a konkurenciu na finančných trhoch, čím sa odstráni rizikové prirážky, tvorené rizikom krajiny. To sa prejaví v poklese reálnych úrokových sadzieb z podnikových úverov. Priaznivejšie podmienky financovania umožnia zníženie nákladov kapitálu, ktoré budú priaznivým stimulom pre rast investícií na Slovensku.

Rast zahraničného obchodu v eurozóne sa prejaví zvýšením prílevu priamych zahraničných investícií, a to predovšetkým do exportujúcich odvetví. Hlavným faktorom vyššej investičnej činnosti bolo zníženie nákladov kapitálu, spôsobené znížením, resp. elimináciou transakčných nákladov (vrátane nákladov zabezpečenia sa proti kurzovému riziku), ako aj samotným členstvom v eurozóne vyvolaný pokles úrokových sadzieb.

Nevýhody a náklady zavedenia eura

Malí a strední podnikatelia poväčšine nedisponujú dostatočným časovým fondom. Trpia nedostatočnou kapacitou odborných pracovníkov, často používajú externé vedenie účtovníctva malej firmy. Spoliehajú sa na externú účtovníčku. Malé firmy, najmä rodinného typu, sú založené skôr na tradičnom výkone odbornej profesie, pričom skúsenosti s prenikaním na trh EÚ, marketingom, zahraničným obchodom len postupne získavajú. Prejavuje sa u nich nedostatočné informačné zázemie (napr. stále nedostatočne rozšírené používanie internetu v tomto sektore). I keď prognostici neočakávajú výrazný pohyb cien po zavedení eura, skúsenosti z krajín, ktoré na jednotnú menu prešli v r. 2002 naznačujú, že je možné očakávať určitý posun cien smerom hore, vznikajúci zaokrúhľovaním cien pri ich prepočte na euro, ale i využitím psychologického pozadia zmeny, keď sa zvýšenie tak povediac „stratí“. Tieto prvky sa v krajinách po zavedení eura prejavili.

Zvláštnu pozornosť z pohľadu malých podnikov si zaslúži proces zhodnocovania koruny voči euru. Súčasnú snahu NBS o udržanie slabšej koruny nie sú sférou MSP prijímané vždy pozitívne. Malý podnikateľ, ktorý je odkázaný na dovoz surovín a komponentov z krajín EÚ (alebo prevažnú časť dováža), následne ich zhodnocuje prácou doma a jeho finálny odberateľ je v tuzemsku (často je konečným spotrebiteľom občan), by bol zhodnotenou korunou konkurencieschopnejší, jeho produkty by mohli byť lacnejšie. Ide napr. o sektor malých stavebných firiem. Toto stanovisko prezentujú i naše cechy strechárov, elektrotechnikov, kúrenárov, kde komponenty sú poväčšine z dovozu, ale realizácia má konečného spotrebiteľa doma. Ale i napr. asociácia cestovných kancelárií, cech účtovníkov, manažérov a informatikov a ďalšie, v oblasti remeselných živností sú to napr. autoopravárenské a servisné činnosti, v oblasti služieb živnosti kultúry tela a pod.

Na druhej strane treba uviesť, že tieto procesy je potrebné vidieť komplexne, spolu s obchodnou bilanciou export – import. Lacnejšia koruna samozrejme podporuje exportné snahy a prispieva k vyrovnaní obchodnej bilancie. Silnejšia koruna by pre prechode na euro však zlepšila i východiskovú pozíciu kapitálovej stability MSP, jeho investičnej schopnosti a rozšírenej reprodukcie firmy. Táto poloha sa však dotýka i občanov, ktorých úspory musíme vidieť v polohe prepočtu na euro v kurze, ktorý by bol výhodnejší. Toto súvisí i s kúpyschopnosťou obyvateľstva, čo zase ovplyvňuje malých podnikateľov, najmä v oblasti remesiel a služieb.

Bezprostredne pred a po prechode na euro vzniknú malým a stredným podnikateľom náklady na úpravu informačných systémov, výmenu meny, prepočet cien, duálne oceňovanie, vzdelávanie pracovníkov a pod. Odhady týchto nákladov pre súčasné krajiny eurozóny sa pohybujú v rozsahu 0,3 až 0,8 % HDP. Výdavky súvisiace so zavedením eura môžu v prípade malých podnikov dosiahnuť i vyššiu hodnotu ako očakávaných cca 0,3 % obratu. Uvedme si príklad elektronických pokladní. Ak napr. v oblasti cestovného ruchu a pohostinstva malá gastro prevádzka s obratom 150-200 tis. mesačne prestaví cca 2000 pinov EP v ponúkanej cene 20 Sk, zaplatí 40 tis. SK, čo môže predstavovať cca 2 % z obratu.

Keďže slovenské podniky a štátna správa zatiaľ podobným analýzám vo svojich organizáciách nevenovali veľkú pozornosť, pri našich odhadoch vychádzame zo zahraničných skúseností.

Odhady a analýzy nákladov na zavedenie eura a ich dopadov na podnikateľskú sféru sa jednoznačne zhodujú v názore, že napriek tomu, že veľké podniky budú mať vyššie náklady na zavedenie eura ako malé podniky, nebude to pre tieto podniky predstavovať takú veľkú záťaž ako pre malých podnikateľov. Veľké firmy budú ťažiť zo svojej veľkosti, pretože disponujú väčšími personálnymi zdrojmi, možnosťou dohôd a paušálnych zliav s dodávateľmi IT systémov a servisných služieb, atď. Pri pohľade na štruktúru nákladov možno konštatovať, že najväčšia časť nákladov sa očakáva na výdavky v IT oblasti. Zvyšná časť nákladov, podľa IFM pripadá na marketing, public relations, vzdelávanie zamestnancov. Výška IT nákladov však v značnej miere závisí od veľkosti podniku, od druhu používaného softvéru a od toho či sa k softvéru využívajú aj servisné služby od dodávateľa softvérovej aplikácie.

Literatúra:

- Zákon NR SR č. 659/2007 Z.z. o zavedení meny eura v Slovenskej republike a o zmene a doplnení niektorých zákonov
- Pauličková, A. a kol.: Konateľ s.r.o. v praxi. Bratislava, Verlag Dashöfer, 2008, ISSN 1337-6004

Kontaktné údaje na autora – email:

alena.paulickova@vssladkovicovo.sk

OCHRANA INVESTIC V RÁMCI SVĚTOVÉ OBCHODNÍ ORGANIZACE

MAREK PODZIMNÝ

Právnická fakulta Masarykovy univerzity, Česká republika

Abstrakt v rodném jazyce

Ochrana investic je v rámci Světové obchodní organizace upravena Dohodou o obchodních aspektech investičních opatření. Dohoda o obchodních aspektech investičních opatření poskytuje investorům ochranu zejména před opatřeními hostitelského státu, které by jim ukládaly povinnost používat místní produkty, povinnost exportovat část jejich produkce, požadavek na vyrovnanou obchodní bilanci, omezení přístupu k devizám, a povinnost omezit vývoz nebo prodej pro vývoz jejich produktů.

Klíčová slova v rodném jazyce

Dohoda o obchodních aspektech investičních opatření, Všeobecná dohoda o clech a obchodu 1994, Všeobecná dohoda o obchodu službami, Světová obchodní organizace.

Abstract

Investment protection in the framework of the World Trade Organization is governed by the Agreement on Trade Related Investment Measures. The Agreement on Trade Related Investment Measures protects investors above all from measures of a host state, which would impose on them local content requirements, export performance requirements, trade balancing requirements, foreign exchange balancing restrictions, and restrictions on export or sale for export of products.

Key words

Agreement on Trade Related Investment Measures, General Agreement on Tariffs and Trade 1994, General Agreement on Trade in Services, World Trade Organization.

Problematika ochrany investic ve vztahu k liberalizaci světového obchodu byla poprvé nastolena v rámci Uruguayského kola jednání smluvních stran Všeobecné dohody o clech a obchodu 1947¹. V rámci Deklarace z Punta del Este se ministři smluvních stran GATT 1947 shodli, že po přezkoumání působení článků GATT, vztahujících se k omezujícím a narušujícím účinkům investičních opatření na obchod, by měla jednání vypracovat další vhodná ustanovení, jež se ukáží jako nutná k tomu, aby nedocházelo k nepříznivým vlivům na obchod². V rámci jednání se tedy smluvní strany GATT 1947 shodly na skutečnosti, že některá investiční opatření aplikovaná smluvními stranami GATT 1947 mohou mít nepříznivé dopady na investory jiné smluvní strany GATT 1947, podnikající na území smluvní strany aplikující investiční opatření, což může ve svém důsledku vést ke zpomalení růstu zahraničních investic a také brzdit rozvoj a liberalizaci světového obchodu. Takto skutečnost byla příčinou toho, že v průběhu jednání o založení Světové obchodní organizace byla věnována pozornost i problematice ochrany investorů z členských států Světové obchodní organizace investujících na území jiného členského státu Světové obchodní organizace. Výsledkem jednání o této problematice bylo uzavření Dohody o obchodních aspektech

¹ Všeobecná dohoda o clech a obchodu 1947 je dále uváděna jako GATT 1947.

² Preambule Dohody o obchodních aspektech investičních opatření.

investičních opatření³, která je na základě článku II odstavce 2 Dohody o zřízení Světové obchodní organizace jako jedna z mnohostranných obchodních dohod tvořících nedílnou součást Dohody o zřízení Světové obchodní organizace, závazná pro všechny její členy.

Rozsah působnosti Dohody vymezují články 1 a 2, podle kterých se Dohoda vztahuje pouze na investiční opatření týkající se obchodu se zbožím, která jsou současně neslučitelná s ustanovením článku III nebo článku XI Všeobecné dohody o clech a obchodu 1994⁴. Veškerá investiční opatření neslučitelná s ustanovením článku III nebo článku XI GATT 1994 jsou Dohodou zakázána.

*Hostitelský stát může použít také jiná opatření, jako diskriminační zdanění, diskriminační licenční požadavky, vyvlastnění bez kompenzace, vyloučení určitých aktivit, požadavky na lokálního partnera atd., která mohou být v rozporu s dvoustrannými úmluvami nebo mezinárodním zvykovým právem. Jestliže taková opatření postrádají obchodní aspekt ve smyslu článků III nebo XI GATT 1994, pak se na tato opatření ustanovení Dohody nevztahují.*⁵

Z výše uvedeného vyplývá, že účelem Dohody je v podstatě rozšíření působnosti článku III a článku XI GATT 1994 takovým způsobem, aby se jejich působnost vztahovala i na investiční opatření. Článek III GATT 1994, který definuje princip národního zacházení, zakazuje de facto a de iure diskriminaci mezi domácími výrobky členského státu a výrobky dováženými z ostatních členských států Světové obchodní organizace v oblasti vnitřních daní a předpisů. Odstavec 1 tohoto článku výslovně stanoví, že vnitřní daně a ostatní vnitřní dávky, jakož i zákony a jiné předpisy, ovlivňující prodej, nabízení na prodej, nákup, dopravu, distribuci nebo používání výrobků a vnitřní množstevní úpravy, předepisující míchání, zpracování nebo používání výrobků v určitých množstvích nebo v určitých poměrech, nemají být uplatňovány na dovážené či domácí výrobky způsobem, jímž by se poskytovala ochrana domácí výrobě. V kontextu Dohody jsou tedy zakázána veškerá investiční opatření, která by investora z členského státu znevýhodňovala proti domácím výrobcům členského státu, ve kterém má investor umístěn svůj podnik. Článek XI GATT 1994 upravující závazek všeobecného odstranění množstevních omezení zakazuje použití jiných omezení než cel, daní, nebo jiných dávek. Odstavec 1 tohoto článku vylučuje uplatňování zákazů nebo omezení jiných než cla, daně nebo jiné dávky, ať jsou prováděna kvótami, dovozními nebo vývozními licencemi nebo jinými opatřeními. V návaznosti na tento článek jsou tedy Dohodou zakázána veškerá investiční opatření, která by jakkoliv omezovala investory ve vývozu hotových výrobků z členského státu anebo v dovozu výrobků a surovin, které investor potřebuje pro svůj podnik umístěný v hostitelském členském státu.

Samotná Dohoda však investiční opatření již blíže nedefinuje, omezuje se pouze na to, že v příloze uvádí příklady investičních opatření neslučitelných s článkem III odstavec 4 GATT 1994⁶ a článku XI odstavce 1 GATT 1994, tento výčet je však pouze demonstrativní

³ Dohoda o obchodních aspektech investičních opatření bude dále uváděna jako Dohoda.

⁴ Všeobecná dohoda o clech a obchodu 1994 nahradila s platností od 1. ledna 1995 Všeobecnou dohodu o clech a obchodu 1947. Všeobecná dohoda o clech a obchodu 1994 bude dále uváděna jako GATT 1994.

⁵ Lowenfeld A. F. : International Economic Law, s. 97.

⁶ Článek III odstavec 4 GATT 1994 zakazuje diskriminaci mezi domácími výrobky členského státu Světové obchodní organizace a výrobky dovezenými do členského státu z ostatních členských států Světové obchodní organizace v oblasti jejich prodeje, nabízení na prodej, nákupu, dopravy, distribuci nebo používání na vnitřním trhu.

a zahrnuje nejčastější případy investičních opatření diskriminujících investory. Ve vztahu k článku III odstavci 4 GATT 1994 se jedná dva případy. Prvním je opatření, které investorovi ukládá povinnost k nákupu nebo užití výrobků domácího původu nebo z domácího zdroje specifikovaných podle konkrétních výrobků, objemu či hodnoty výrobků nebo podle poměrné části objemu nebo hodnoty produkce investora. Druhým je opatření, které investorovi ukládá, aby omezil dovoz výrobků na množství v poměru k objemu či hodnotě výrobků, které investor vyváží. Jako příklady investičních opatření vztahujících se k článku XI odstavci 1 GATT 1994 jsou uvedeny tři nejčastější omezení ukládaná investorům. Prvním je všeobecné omezení dovozu výrobků, nebo omezení dovozu výrobků vázané na investorem vyvážený objem nebo hodnotu místní výroby. Druhým je omezení dovozu výrobků omezením přístupu zahraničního investora k devizám do výše v poměru k přílivu deviz, který investor hostitelskému státu přináší, třetím pak omezení vývozu, nebo prodeje pro vývoz výrobků specifikovaných podle jednotlivých výrobků, podle objemu nebo hodnoty výrobků, nebo podle poměrné části objemu nebo hodnoty jeho domácí výroby. Je třeba zdůraznit, že výše uvedená investiční opatření musí být uložena domácím právem nebo správních rozhodnutí, nebo musí být dodržena pro získání určité výhody.

Příloha Dohody přináší jednu podstatnou výhodu v tom, že se vztahuje ne jenom na mandatorní požadavky a zákazy vymahatelné podle domácího práva, ale také na regulaci a správní rozhodnutí, která musí být dodržena pro získání určité výhody, tj. výhody, která může mít za následek narušení oběhu zboží. Dohoda neobsahuje žádný příklad takovéto výhody, ale je zřejmé, že jakýkoliv prospěch, jako daňové prázdny, nebo zvláštní daňový režim, preferenční dopravní sazby, nebo dotace, která je podmíněna chováním v rozporu s článkem III odstavcem 4, nebo článkem XI odstavcem 1 GATT 1994, budou spadat pod zákaz článku 2 Dohody.⁷

Vzhledem ke skutečnosti, že investiční opatření nejsou v Dohodě blíže definována a příloha k Dohodě obsahuje pouze demonstrativní výčet nedovolených investičních opatření, byl zřízen na základě článku 7 Dohody Výbor pro obchodní aspekty investičních opatření, který umožňuje členům Světové obchodní organizace konzultovat jakékoliv otázky týkající se působení a uplatňování této Dohody. Dále je podle článku 6 odstavce 3 každý člen Světové obchodní organizace povinen poskytnout patřičnou součinnost pro konzultace o jakýchkoli otázkách souvisejících s Dohodou vznesených jiným členem. Členství v tomto výboru je otevřeno všem členům Světové obchodní organizace s hlavním cílem umožnit členům vzájemné konzultace v oblasti problematiky investičních opatření a zejména pak investičních opatření uplatňovaných některým ze členů, která považují někteří ostatní členové za investiční opatření, které je podle článku 2 Dohody zakázáno. V případě, že dojde ke sporu mezi členy Světové obchodní organizace, o to zda některý ze členů uplatňuje investiční opatření v rozporu s Dohodou a spor nebude vyřešen vzájemným jednáním, uplatní se pro jeho vyřešení ustanovení Ujednání o pravidlech a řízení při řešení sporů, které je na základě článku II odstavce 2 Dohody o zřízení Světové obchodní organizace jako jedna z mnohostranných obchodních dohod tvořících nedílnou součást Dohody o zřízení Světové obchodní organizace, závazné pro všechny její členy.

Dohoda také uložila každému členu Světové obchodní organizace oznámit Radě pro obchod se zbožím veškerá investiční opatření, která uplatňuje a jež nejsou v souladu s ustanoveními

⁷ Lowenfeld, A. F. : International Economic Law, s. 97.

Dohody o zřízení světové obchodní organizace a to do 90 dnů od vstupu této dohody v platnost⁸. Zároveň bylo členům poskytnuto přechodné období k tomu, aby všechna oznámená investiční opatření zrušili, nicméně přechodné období se nevztahovalo na investiční opatření zavedená méně než 180 dní před datem vstupu Dohody o zřízení Světové obchodní organizace v platnost a tato investiční opatření musela být zrušena okamžitě. Délka přechodného období byla odstupňována podle úrovně rozvoje členů. V případě rozvinutých zemí bylo přechodné období stanoveno v délce dvou let, u rozvojových zemí v délce pěti let a v případě nejméně rozvinutých zemí v délce sedmi let od vstupu Dohody o zřízení Světové obchodní organizace v platnost. Během přechodného období měli členové Světové obchodní organizace zakázáno měnit podmínky oznámených investičních opatření, které by vedly ke zvýšení jejich neslučitelnosti s Dohodou. Současně byla Radě pro obchod se zbožím dána možnost prodloužit přechodné období rozvojové členské zemi a nejméně rozvinuté členské zemi, která prokázala obtíže spojené s rušením oznámených investičních opatření, přičemž maximální doba, o kterou bylo možné přechodné období prodloužit v Dohodě stanovena nebyla, a závisela tak pouze na uvážení Rady pro obchod se zbožím. Aby bylo v přechodném období zabráněno znevýhodnění investorů, na které oznámená investiční opatření dopadala, umožňoval článek 5 odstavec 5 Dohody členům aplikovat v přechodném období stejná investiční opatření pro nové investice, pokud výrobky takové investice byly obdobné jako výrobky již existujících podniků, nebo v případech, kdy se bylo nutné vyhnout narušení podmínek soutěže mezi novou investicí a již existujícími podniky, přičemž každé takto použité investiční opatření muselo být oznámeno Radě pro obchod se zbožím. V souvislosti s rozdílnou délkou přechodného období je třeba upozornit na skutečnost, že na rozdíl od kategorie nejméně rozvinutých členských zemí, není v Dohodě o zřízení Světové obchodní organizace, ani v jiném dokumentu Světové obchodní organizace kategorie rozvojových členských zemí definována a pro tuto kategorii se uplatňuje princip sebeurčení.

Princip sebeurčení, který je sám o sobě vyjádřením principu suverenity je použit k definici členů, kteří spadají do kategorie rozvojových členských zemí. Pokud se týká nejméně rozvinutých členských zemí je situace následující: ačkoliv Dohoda neuvádí specifický seznam takových zemí, SCM⁹ uvádí v příloze VII seznam nejméně rozvinutých zemí vypracovaný OSN. Lze konstatovat, že země, které jsou uvedeny v příloze VII SCM by měly být považovány za nejméně rozvinuté země také pro účely Dohody¹⁰.

Dohoda také ukládá všem členům Světové obchodní organizace publikační povinnost vztahující se na veškerá investiční opatření uplatňovaná na území člena, včetně investičních opatření uplatňovaných regionálními a místními vládami a orgány.

Dohoda o obchodních aspektech investičních opatření je jedinou Dohodou v rámci Světové obchodní organizace, která se zabývá problematikou investic a jejich ochrany, nicméně rozsah její působnosti je omezen pouze na investiční opatření týkající se obchodu se zbožím, která jsou současně neslučitelná s ustanovením článku III nebo článku XI Všeobecné dohody o clech a obchodu 1994. Obdobná úprava, která by v rámci Světové obchodní organizace řešila problematiku investic a jejich ochrany v oblasti poskytování služeb zcela chybí. V článku I Všeobecné dohody o obchodu službami¹¹ je sice jako jedna z forem poskytování

⁸ Dohoda o zřízení Světové obchodní organizace vstoupila v platnost dne 1. ledna 1995.

⁹ Dohoda o subvencích a vyrovnávacích opatřeních.

¹⁰ Matsushita, M. et al: The World Trade Organization, Law, Practice and Policy, s. 845.

¹¹ Všeobecná dohoda o obchodu službami je dále uváděna jako GATS.

služeb komerční přítomnost poskytovatele služeb z jednoho členského státu na území kteréhokoli jiného členského státu, nicméně se GATS problematikou ochrany investice poskytovatele služeb prostřednictvím komerční přítomnosti na území jiného člena vůbec nezabývá.

Členové Světové obchodní organizace si byli velmi dobře vědomi nedostatečné a velmi kusé úpravy problematiky zahraničních investic v rámci Světové obchodní organizace a proto v průběhu Konference ministrů členských zemí Světové obchodní organizace v Doha¹² v roce 2001 rozhodli o pokračování v jednání o problematice obchodu a investic a za tímto účelem ustanovili Pracovní skupinu pro obchod a investice. Tato iniciativa však nepřinesla žádný výsledek, protože v říjnu roku 2004 se členové Světové obchodní organizace rozhodli jednání o problematice obchodu a investic ukončit a Pracovní skupinu pro obchod a investice zrušit. Po tomto rozhodnutí se již žádná další iniciativa, která by směřovala k jednání o problematice investic a jejich ochrany v rámci Světové obchodní organizace neobjevila a ani v budoucnu není nastolení této problematiky příliš pravděpodobné.

Přestože je ochrana investic v rámci Světové obchodní organizace upravena pouze Dohodou, jejíž působnost je omezena pouze na investiční opatření týkající se obchodu se zbožím a nedotýká se jiných sektorů, má pro investory značný význam. Ten je spatřován zejména v příloze k Dohodě, která uvádí specifické druhy investičních opatření, jež jsou bez dalšího považována za neslučitelná s článkem III a XI GATT¹³. Dohoda tak poskytuje ochranu zejména před opatřeními hostitelského státu, které by investorům ukládaly povinnost používat místní produkty, povinnost exportovat část jejich produkce, požadavek na vyrovnanou obchodní bilanci, omezení přístupu k devizám, a povinnost omezit vývoz, nebo prodej pro vývoz jejich produktů.

Literatura:

- Lowenfeld, A. F.: International Economic Law, New York: Oxford University Press, 2003, 776 s., ISBN 0-19-926411-2.
- Matsushita, M. et al.: The World Trade Organization, Law, Practice and Policy, New York: Oxford University Press, 2006, 989 s., ISBN 0-19-928456-3.
- Doha WTO Ministerial Declaration, adopted 14 November 2001, WT/MIN(01)1.

Kontaktní údaje na autora – email:

7075@mail.muni.cz

¹² Doha WTO Ministerial Declaration, adopted 14 November 2001, WT/MIN(01)1.

¹³ Matsushita M.: The World Trade Organization, Law, Practice and Policy, s. 840.

ZASADY ODPOWIEDZIALNOŚCI CZŁONKÓW ZARZĄDU SPÓŁEK KAPITAŁOWYCH ZA ZALEGŁOŚCI PODATKOWE SPÓŁEK

ALICJA POMORSKA

Wydział Ekonomiczny, Uniwersytet Marii Curie-Skłodowskiej w Lublinie oraz Kolegium Prawa, Akademia im. L. Koźmińskiego w Warszawie, Polska

Abstract in original language

Przedmiotem rozważań Autorki są aktualnie przyjęte rozwiązania prawne w zakresie zasad i zakresu odpowiedzialności solidarnej członków zarządu spółek kapitałowych za zaległości podatkowe spółki. Efektem krytycznej oceny tychże rozwiązań są propozycje zmierzające nie tylko do generalnej przebudowy treści art. 116 Ordynacji podatkowej, ale też do wprowadzenia dodatkowych kryteriów i przesłanek stosowanych przy orzekaniu o odpowiedzialności tej grupy osób trzecich

Key words in original language

Odpowiedzialność, bezskuteczność egzekucji, wina, wniosek o upadłość.

Abstract

The article presents cardinal reasons, scope and principles of liability of various third persons for obligations of taxpayer. The subject of special interest are problems of tax liability of members of boards of joint-stock companies and limited liability companies in Poland. The author criticizes the main disadvantages of Polish tax regulations in this matter.

Key words

Liability, ineffectiveness of execution, guilt, petition in insolvency.

1. Instytucja odpowiedzialności osób trzecich za zobowiązania podatkowe podatnika ma charakter wyjątkowy, stanowiąc odstępstwo od generalnej zasady odpowiedzialności samego podatnika za jego zobowiązania podatkowe. Obciążenie osoby trzeciej cudzym długiem podatkowym wymaga specjalnej regulacji prawnej, w której określone będą: sytuacje, kiedy może to obciążenie nastąpić, jak też krąg osób trzecich, na których tę odpowiedzialność można rozciągnąć, a także warunki i zakres tejże odpowiedzialności. Znana w doktrynie¹ i postulowana jako niezbędna do realizacji w postępowaniu podatkowym – zasada określoności uprawnień organów podatkowych do wkraczania w sferę praw i wolności obywatela – ma szczególne znaczenie właśnie w sytuacji odpowiedzialności za cudzy dług podatkowy.

Trzeba już na wstępie podkreślić, iż aktualne rozwiązania przyjęte w Ordynacji podatkowej z roku 1997 w zakresie odpowiedzialności osób trzecich za zobowiązania podatnika w znacznym stopniu spełniają tenże postulat. I tak, po pierwsze – krąg osób trzecich, które można obciążyć odpowiedzialnością podatkową stanowi katalog zamknięty. Po drugie – charakter i rodzaj przesłanek odpowiedzialności poszczególnych kategorii osób trzecich jest wyraźnie określony. Po trzecie – objęcie każdej osoby trzeciej odpowiedzialnością za dług podatnika następuje poprzez wydanie odrębnej decyzji organu podatkowego, która wynika z wcześniej przeprowadzonego, odrębnego postępowania. Po czwarte – jest to

¹ B. Brzeziński, „Wprowadzenie do prawa podatkowego”, Dom Organizatora, Toruń 2008, str. 110.

odpowiedzialność warunkowa, oznaczająca, iż określone osoby trzecie tylko w pewnych okolicznościach i po zaistnieniu określonych przesłanek mogą odpowiadać za zobowiązania podatnika. Po piąte – jest to odpowiedzialność solidarna wraz z podatnikiem, posiadająca przy tym charakter subsydiarny.

Obok tychże *sui generis* zasad ogólnych odpowiedzialności osób trzecich Ordynacja podatkowa w rozdziale XV określiła dla każdej kategorii osób trzecich szczegółowe przesłanki, zasady i zakres ich odpowiedzialności.

Generalnie rzecz ujmując, główną przesłanką odpowiedzialności osoby trzeciej, jest jej ekonomiczny związek z podmiotem lub przedmiotem podatku. Związek ten polega na czerpaniu przez osobę trzecią korzyści z dochodu lub majątku podatnika, bądź też z prowadzonej przezeń działalności gospodarczej.

W literaturze podkreśla się, iż obok związku o charakterze ekonomicznym odpowiedzialność podatkową niektórych osób trzecich mogą uzasadniać powiązania organizacyjne, kapitałowe lub wynikające ze stosunku pracy, a nawet z wcześniej nawiązanego stosunku prawnego². Zdaniem niektórych Autorów³ specyficznych przesłanek tejże odpowiedzialności osób trzecich możnaby dopatrzeć się także w prowadzeniu przez osobę trzecią działalności przy pomocy innego podmiotu – [chodzi tu o odpowiedzialność wspólnika spółki nie mającej osobowości prawnej], czy też w zarządzaniu określonym podmiotem i wypełnianiu wobec niego pewnych obowiązków [odpowiedzialność zarządców spółek kapitałowych], jak też pewnych działaniach represyjno – prewencyjnych ustawodawcy, mających zapobiegać zjawisku celowego unikania opodatkowania lub wyższego opodatkowania [wchodzi tu w grę odpowiedzialność firmującego działalność gospodarczą podatnika].

2. Na tle krótkiej prezentacji ogólnych zasad odpowiedzialności podatkowej, jak też różnych przesłanek uzasadniających tę odpowiedzialność, na specjalną uwagę i bliższą analizę zasługuje przypadek odpowiedzialności podatkowej członków zarządów spółek kapitałowych za zaległości podatkowe spółki. Odpowiedzialność ta zarówno, gdy chodzi o przesłanki jej zastosowania, jak też zasady i zakres różni się w istotny sposób od wszystkich pozostałych przypadków odpowiedzialności osób trzecich.

O wyjątkowości tegoż przypadku odpowiedzialności świadczą co najmniej cztery następujące okoliczności:

1. specyficzny charakter przesłanki jej wprowadzenia, jaką jest zamiar ustawodawcy wymuszenia na członkach zarządu spółki wykonywania ciężących nań obowiązków wobec spółki,
2. dla objęcia odpowiedzialnością za zaległości podatkowe spółki członka zarządu nie ma żadnego znaczenia fakt niezyskiwania przezeń jakichkolwiek korzyści finansowych, wynikających z pełnienia tejże funkcji [np. w postaci pobieranego wynagrodzenia lub też innych przysporzeń dochodów],

² Chodzi tu o odpowiedzialność gwaranta i poręczyciela jako osoby trzeciej. Zob. R. Dowgier, *Odpowiedzialność podatkowa osób trzecich [w:] „Ordynacja podatkowa. Komentarz.”*, Wolter Kluwers Polska, Warszawa 2006, str. 442-443.

³ A. Mariański, *Odpowiedzialność osób trzecich według regulacji ordynacji podatkowej*, „Glosa” 1998 kwiecień, str.1.

3. brak jakichkolwiek prawnych ograniczeń zakresu tejże odpowiedzialności, co jest zresztą logiczną konsekwencją tej poprzedniej okoliczności,
4. częściowa zmiana zasad ciężaru dowodowego, polegająca na przerzuceniu wyłącznie na członka zarządu ciężaru wykazania okoliczności, które mogą być przesłanką uwolnienia go od tej odpowiedzialności.

Samo objęcie członków zarządu solidarną odpowiedzialnością za zaległości spółki kapitałowej wynikało z kilku powodów, tj.:

- z konieczności zapewnienia ochrony interesu fiskalnego Skarbu państwa lub gminy,
- braku prawnych możliwości obciążenia odpowiedzialnością w charakterze osób trzecich wspólników spółki kapitałowej,
- wpływu, jaki na terminową płatność obciążeń podatkowych wywierają działania lub zaniechania członków zarządu.

Z powyższych względów rozszerzenie odpowiedzialności na członków zarządów uznaje się za w pełni uzasadnione⁴.

Nie oznacza to jednak, iż aktualna regulacja zasad tejże odpowiedzialności, zawarta w art. 116 Ordynacji podatkowej jest prawidłowa. Wprost przeciwnie - budzi ona wiele wątpliwości i zastrzeżeń i to nie tylko w doktrynie, lecz i w bogatym orzecznictwie sądowym.

Członkowie zarządu spółki kapitałowej odpowiadają solidarnie całym swoim majątkiem za zaległości podatkowe spółki w przypadku, gdy egzekucja z jej majątku okazała się w całości lub w części bezskuteczna. Jedynym ograniczeniem odpowiedzialności członka zarządu jest objęcie go odpowiedzialnością za zaległości z tytułu zobowiązań podatkowych, jakie powstały w okresie pełnienia przezeń obowiązków członka zarządu.

Członek zarządu może się uwolnić od tej odpowiedzialności w dwóch sytuacjach:

- po pierwsze – jeśli wykaże że we właściwym czasie zgłoszono wniosek o ogłoszenie upadłości spółki, lub że wszczęto wobec niej postępowanie układowe, albo iż niezgłoszenie takowego wniosku bądź niewszczęcie postępowania układowego nastąpiło bez jego winy,
- po drugie – jeśli wskaże mienie spółki, z którego egzekucja umożliwi zaspokojenie zaległości podatkowych spółki w znacznej części.

Oznacza to, że odpowiedzialność członka zarządu uzależniona jest w głównej mierze od zrealizowania przezeń obowiązków sygnalizacyjnych wynikających z przepisów postępowania upadłościowego oraz układowego. Natomiast nie ma żadnego znaczenia ewentualna jego wina w doprowadzeniu spółki do tak trudnej sytuacji finansowej, że grożącej jej upadłością lub koniecznością wszczęcia postępowania układowego. Co więcej, nawet umyślne i świadome działania członka zarządu na szkodę spółki nie spowodują jego odpowiedzialności podatkowej, jeśli we właściwym czasie został zgłoszony wniosek o jej

⁴ A. Gorgol, Odpowiedzialność za zobowiązania podatkowe [w:] „Zarys finansów publicznych i prawa finansowego” pod red. W. Wójtowicz, Zakamycze, Kraków 2005, str. 189.

upadłość, bądź wszczęto postępowanie układowe⁵. Z punktu widzenia przesłanek odpowiedzialności subsydiarnej nie są bowiem istotne przyczyny, które spowodowały konieczność zgłoszenia wniosku o upadłość spółki lub wszczęcie postępowania układowego⁶. Odpowiedzialność ta nie ma charakteru odszkodowawczego.

Ustawodawca nie różnicuje też odpowiedzialności poszczególnych członków zarządu w zależności od stopnia ich aktywności w realizacji obowiązków wynikających z piastowania tejże funkcji w spółce. Jak się jednak słusznie podnosi⁷, bierna postawa członka zarządu może wyrzucić dla niego niekorzystne skutki w postaci niemożliwości wykazania, iż we właściwym czasie zgłoszono wniosek o upadłość spółki, bądź że wszczęto wobec niej postępowanie układowe, przez co nie będzie on mógł uwolnić się od odpowiedzialności za zaległości spółki.

Nie stanowi też przesłanki ekskulpacyjnej członka zarządu fakt dokonania wewnątrz zarządu podziału obowiązków pomiędzy poszczególnymi członkami, jak też nieznaną stan finansów spółki⁸.

3. Na przestrzeni ostatnich kilku lat daje się wyraźnie zaobserwować w orzecznictwie sądów administracyjnych pewne wyraźne już elementy stopniowego łagodzenia ostrości regulacji art. 116 Ordynacji podatkowej, służące ochronie członka zarządu. Celowi temu niewątpliwie służy z jednej strony znaczne uściślenie niektórych pojęć i zwrotów użytych w treści tegoż artykułu, z drugiej – wskazywana powszechnie potrzeba ustalania w konkretnym przypadku realnego wpływu członka zarządu na dokonanie przezeń we właściwym czasie zgłoszenia wniosku o upadłość spółki.

I tak, nastąpiło znaczne uściślenie dwóch istotnych dla kwestii odpowiedzialności podatkowej pojęć, tj.: „członka zarządu” odpowiedzialnego za zaległości, jak też „*pełnienia obowiązków przez członka zarządu*”. Za nieprawidłowe uznaje się ściśle ograniczenie odpowiedzialności ujętej w art. 116 do osób legitymujących się jako członkowie zarządu stosownym wpisem do rejestru, gdyż wpis do rejestru – co do zasady – ma jedynie deklaratoryjny charakter i nie może stanowić jedynej przesłanki przypisania w tym przypadku odpowiedzialności. Skutek materialnoprawny w postaci powstania i ustania stosunku członkostwa w zarządzie spółki następuje wyłącznie w drodze wyboru lub rezygnacji bądź odwołania i to niezależnie od tego, czy zostało ono ujawnione przez wpis do rejestru czy nie⁹.

Samo pojęcie „*pełnienia obowiązków przez członka zarządu*” doczekało się jednolitej interpretacji w orzecznictwie, wskazującej, że chodzi tu o rzeczywiste [czynne, faktyczne] ich wykonywanie, a nie tylko o piastowanie [bierne] funkcji, z którą te obowiązki są związane¹⁰. Natomiast bierna postawa czynnego członka zarządu nie tylko nie zwalnia go od odpowiedzialności za zobowiązania podatkowe spółki, lecz nawet uniemożliwia mu – jak już

⁵ R. Kubacki: Zasady odpowiedzialności zarządców spółek kapitałowych, „Państwo i Prawo”, 1998 nr 2 str. 3.

⁶ Wyrok WSA w Olsztynie z dnia 31.01.2008 r. sygn. I SA/OL 605/07, Lex nr 339767.

⁷ B. Draniewicz, Glosa do wyroku NSA z dnia 9.09.2002 r. I SA/ KA 1259/01.

⁸ Wyrok SN z dnia 17.10.2006 r. sygn. II UK 85/06 OSNP 2007/ 21-22/328.

⁹ Wyrok WSA w Warszawie z dn. 17.10.2006 r., sygn. III S.A./Wa 2063/06, Lex nr 291133. Na charakter deklaratoryjny wpisu członka zarządu do rejestru wskazuje też wyrok WSA w Bydgoszczy z dn. 6.07.2005 r., I SA/ Bd 219/05, Przegląd Orzecznictwa Podatkowego 2006/3/41.

¹⁰ Wyrok SN z dnia 9.10.2006 r., sygn. II UK 47/06, OSNP 2007/19-20/296.

podkreślono wyżej – wykazanie jednej z przesłanek ekskulpujących go od niej¹¹. W praktyce mamy do czynienia z przypadkami fikcyjnego powoływania na członków osób nie mających nie tylko odpowiedniej wiedzy i doświadczenia, ale i nieinteresujących się wręcz sprawami finansowymi spółki.

W doktrynie podnosi się też, że sądy administracyjne w większości przypadków oceniając przesłanki z art. 116 Ordynacji wymagają, by organy podatkowe w orzeczeniu o odpowiedzialności członka zarządu wskazywały okoliczności pełnienia przezeń obowiązków członka zarządu w czasie powstania zobowiązań podatkowych, które później przekształciły się w zaległość podatkową¹².

Interesująco rysują się też różne stanowiska zawarte w wyrokach sądów administracyjnych w kwestii rozumienia zwrotu „*właściwego czasu do zgłoszenia wniosku o upadłość spółki bądź wszczęcia wobec niej postępowania układowego*”. I tak, za upływ właściwego czasu na zgłoszenie wniosku uznaje się upływ 14 dni od dnia otrzymania decyzji organu podatkowego I instancji o zobowiązaniach podatkowych spółki. Dzień doręczenia takiej decyzji stanowi najpóźniejszą z możliwych do przyjęcia datę ujawnienia faktu, iż majątek posiadany przez spółkę nie wystarcza na zaspokojenie jej długów¹³. Inna interpretacja tegoż zwrotu wskazuje, że za zgłoszony we właściwym czasie może być uznany wniosek o ogłoszenie upadłości, jeżeli wykazane zostało, że zgłaszając go, zarząd [albo członek zarządu] uczynił ze swej strony wszystko, by nie dopuścić do zniweczenia celu postępowania upadłościowego poprzez stworzenie sytuacji, w której niektórzy wierzyciele są zaspakajani kosztem innych. Natomiast przesłanka ta jest spełniona wówczas, gdy zarząd [członek zarządu], który po objęciu swej funkcji ustalił, że stan interesów spółki uzasadnia zgłoszenie wniosku o upadłość, bądź otwarcie postępowania układowego niezwłocznie złoży taki wniosek¹⁴. Na uwagę wreszcie zasługuje też pesymistyczne stanowisko judykatury, wskazujące na fakt, że opierając się wyłącznie na treści art. 116 nie daje się udzielić odpowiedzi na pytanie, co oznacza użyty w nim zwrot „*we właściwym czasie*”, a w szczególności, jakiego rodzaju okoliczności winny być brane pod uwagę przy ocenie, czy wniosek o upadłość spółki został skierowany do sądu w odpowiedniej chwili¹⁵.

W literaturze podnosi się, iż organy podatkowe w celu wskazania „*czasu właściwego*” do zgłoszenia wniosku o upadłość spółki, winny ustalić moment, kiedy zarząd spółki przy dołożeniu należytej staranności mógł uzyskać wiedzę o tym, że spółka w sposób trwały zaprzestała płacić długi, w tym i podatkowe, a jej majątek nie wystarcza na ich pokrycie. Postuluje się w związku z tym konieczność ustalenia w szczególności, czy moment ten nie zbiega się z datą zapoznania się zarządu spółki ze sporządzonych bilansem i rachunkiem wyników spółki za poprzedni rok¹⁶.

¹¹ Wyrok WSA w Warszawie z dnia 25.10.2006 r., sygn. III SA/ Wa 2508/06, Lex nr 291139.

¹² Zob. M. Wolf – Mendecka, Odpowiedzialność podatkowa osób trzecich, [w:] „Doradca podatkowy obrońcą praw podatnika” pod red. J. Glumińskiej – Pawlic, UŚ, Katowice 2007, str. 142.

¹³ Wyrok NSA w Warszawie z dnia 25.11.2005 r., sygn. I FSK 271/05, Lex nr 187615.

¹⁴ Wyrok NSA w Warszawie z dnia 22.11.2006 r., sygn. I FSK 189/06, Lex nr 262145.

¹⁵ Wyrok WSA w Gliwicach z dnia 3.12.2007 r., sygn. I SA/ GI/708/07, Lex nr 326665.

¹⁶ K. Winiarski, Odpowiedzialność podatkowa członków zarządu spółek kapitałowych. Wybrane problemy, „PPP” 2007/4/13.

Na szczególne podkreślenie zasługuje jednolitość linii orzeczniczej wskazującej, iż jedynie w przypadku, gdy członek zarządu miał wpływ na dokonanie we właściwym czasie zgłoszenia stosownego wniosku o upadłość lub postępowanie układowe, a nie nastąpiło w tym czasie takowe zgłoszenie, wówczas od odpowiedzialności za zaległości podatkowe spółki może go wyłączyć jedynie wykazanie, że nie nastąpiło to z jego winy¹⁷. Odwołanie się w ramach tejże normy do wykazania braku winy członka zarządu za niepodjęcie określonych w niej działań, a więc okoliczności wolicjonalnych wskazuje jednoznacznie iż ustawodawca uznał, że członek zarządu nie może ponosić odpowiedzialności za okoliczności na które nie miał jakiegokolwiek wpływu.

Warto przy tym zwrócić uwagę na treść jednego z wyroków NSA, wskazującego, iż z brzmienia art. 116 Ordynacji można wywieść iż członek zarządu musi przynajmniej – obok postawienia tezy, iż zachodzi w jego przypadku jedna z okoliczności zwalniających go z odpowiedzialności – wskazać konkretne okoliczności faktyczne, na których opiera swój wniosek. Oznacza to, że musi skonkretyzować, z czego wywodzi podnoszoną okoliczność faktyczną¹⁸.

W orzecznictwie sądów administracyjnych odnaleźć można odmienne interpretacje dotyczące częściowej zmiany zasad ciężaru dowodowego, dokonanej w art. 116 Ordynacji podatkowej. Wychodząc z literalnego brzmienia przepisu tegoż artykułu, a zwłaszcza użytego w nich zwrotu „*chyba, że członek zarządu wykaże...*”, wyciąga się wniosek, iż nieuprawnione jest nakładanie na organ podatkowy obowiązku działania z urzędu celem wykazania okoliczności ekskulpujących członka zarządu¹⁹. W zdecydowanej większości wyroków zapadłych w tejże materii wskazuje się jednak, że nałożenie obowiązku na członka zarządu wykazania przesłanek uwalniających go od odpowiedzialności nie oznacza, iżby organy podatkowe zwolnione były z obowiązku gromadzenia z własnej inicjatywy materiału dowodowego celem dokładnego i wszechstronnego wyjaśnienia stanu faktycznego i rozstrzygnięcia sprawy. Identyczne stanowisko prezentuje też wielu Autorów²⁰, podkreślając przy tym, że przepis art. 116 nie może być stosowany i interpretowany w oderwaniu od innych przepisów Ordynacji podatkowej, a w szczególności od obowiązujących w niej zasad ogólnych postępowania podatkowego, w tym zwłaszcza zasady prawdy obiektywnej.

Kolejnym problemem budzącym wątpliwość jest kwestia interpretacji ustawowego zwrotu „*bezskuteczności egzekucji*”. W orzecznictwie za bezskuteczną egzekucję z majątku spółki uznaje się generalnie sytuację, w której już nie ma jakichkolwiek wątpliwości, iż istnieje możliwość zaspokojenia zaległości z jakiegokolwiek części majątku spółki. Jednocześnie podkreśla się konieczność, by w toku postępowania egzekucyjnego wyczerpano wszystkie możliwe sposoby egzekucji, a sama egzekucja dotyczyła całego majątku. Nieudana egzekucja tylko z części majątku [np. z rachunku bankowego] bądź też przeprowadzona z wykorzystaniem tylko jednego ze sposobów jej prowadzenia nie wystarcza do przyjęcia bezskuteczności egzekucji jako przesłanki objęcia członków zarządu odpowiedzialnością za

¹⁷ Zob. m.in. wyrok NSA w Warszawie z dnia 15.02.2006 r., sygn. I FSK 114/105, Lex nr 250317, wyrok NSA w Warszawie z dnia 20.10.2006 r., sygn. II FSK 1271/05, Lex nr 264209 oraz wyrok WSA w Gdańsku z dnia 23.08.2007 r., sygn. I SA/Gd 341/07, Lex nr 296345.

¹⁸ Wyrok NSA w Warszawie z dnia 25.05.2006 r., I FSK 973/05, Lex nr 283743.

¹⁹ Wyrok NSA w Warszawie z dnia 14.09.1005 r., sygn. I FSK 2062/4, Lex nr 173087.

²⁰ A. Mariański, Głosa do wyroku NSA z dnia 11.02.2003 r., sygn. I SA/ Łd 1006/01, OSP 2004/5/69 oraz L. Guzek: Podatkowa odpowiedzialność członków zarządu spółki z o.o., „Monitor Podatkowy” 2002 nr 4, str. 22.

zaległości podatkowe²¹. Wprawdzie w jednym z wyroków zwrócono uwagę, że ustawodawca nie wymaga, by bezskuteczność egzekucji stwierdzona była w sposób formalny²², to jednak, jak się podkreśla w innej sentencji wyroku, formalny akt organu egzekucyjnego w postaci postanowienia komornika o umorzeniu postępowania egzekucyjnego z powodu bezskuteczności egzekucji stanowi istotną gwarancję zabezpieczającą osobę trzecią przed przedwczesnym i nieuzasadnionym orzeczeniem jej odpowiedzialności za zaległości podatkowe spółki²³.

4. Podejmując próbę generalnej oceny aktualnej ustawowej regulacji zasad solidarnej odpowiedzialności zarządców spółek kapitałowych za zaległości podatkowe tychże spółek w pierwszej kolejności należy zwrócić uwagę na jej ogólnikowość i niejasność. Jest ona rezultatem zawarcia w treści art. 116 Ordynacji podatkowej szeregu nieprecyzyjnych, wieloznacznych i niedookreślonych pojęć i zwrotów. O skali nieprecyzyjności regulacji najdobitniej świadczy bogate orzecznictwo sądów administracyjnych poświęcone wykładni wielu użytych w niej pojęć i sformułowań.

Jeszcze większy ciężar gatunkowy posiadają przyjęte wadliwe merytorycznie założenia i konkretne rozwiązania. Osobiście nie znajduję żadnych poważnych argumentów merytorycznych dla uzasadnienia dokonanej w tym przypadku częściowej zmiany ciężaru dowodowego. Wynikające z literalnego brzmienia przepisu art. 116 przerzucenie wyłącznie na członka zarządu obowiązku wykazania okoliczności, które mogłyby uwolnić go od odpowiedzialności podatkowej oznacza równoczesne zwolnienie organu podatkowego z obowiązku gromadzenia materiału dowodowego. Taka interpretacja byłaby odstępstwem od obowiązującej w postępowaniu podatkowym powszechnej zasady prawdy obiektywnej, a przez to byłaby nielegalna. Co więcej, właśnie w kontekście orzekania o odpowiedzialności osób trzecich za cudzy dług, a zwłaszcza w obliczu niejasno sformułowanych przepisów szczególnie aktywną winna być rola organów podatkowych w ustalaniu stanu faktycznego sprawy i ocenie całokształtu dowodów.

Konieczność zapewnienia ochrony prawnej członkom zarządów spółek kapitałowych, jak i pozostałym kategoriom osób trzecich obciążonych odpowiedzialnością za cudze długi podatkowe, wymaga – moim zdaniem - powrotu do dawniej obowiązujących w przepisach ustawy o zobowiązaniach podatkowych reguł, które dopuszczały przy orzekaniu o odpowiedzialności podatkowej kierowanie się zasadami współżycia społecznego, a także ważnymi względami gospodarczymi i społecznymi.²⁴ Prawo podatkowe nie może być bowiem traktowane jako tak autarkiczny dział prawa pozytywnego, by nie mogły znaleźć się w nim tego typu zasady, zwłaszcza z uwagi na swój z natury ingerencyjny charakter i istotne zagrożenia, jakie mogą jego wadliwe unormowania nieść dla praw, wolności i interesów obywateli.

²¹ Wyrok NSA w Warszawie z dnia 27.02.2007 r., I FSK 46/06, Lex nr 302875 oraz wyrok WSA w Warszawie z dnia 6.09.2007 r. sygn. III SA/ Wa 3951/06, Lex nr 288065.

²² Wyrok WSA w Gdańsku z dnia 10.05.2007 r. sygn. I SA/ Gd 693/06, Lex nr 253947.

²³ Wyrok WSA w Olsztynie z dnia 7.11.2007 r, sygn. I SA/Ol 276/07, Lex nr 361345.

²⁴ Chodzi tu o art. 40 ust.2 ustawy z dnia 19 grudnia 1980 r. o zobowiązaniach podatkowych [tekst jednolity w: Dz. U z 1993 r. nr 108, poz. 486].

Literature:

- Brzeziński B., Wprowadzenie do prawa podatkowego”, Dom Organizatora, Toruń 2008, s. 347, ISBN 978-83-7285-372-1.
- Dowgier R., Odpowiedzialność podatkowa osób trzecich (w:) Kosikowski C.,Etel L., Presnarowicz S., Dowgier R. (red.) „Ordynacja podatkowa. Komentarz”, Wolters Kluwer Polska, Warszawa 2006, s. 966, ISBN 83-7416-918-4.
- Gorgol A., Odpowiedzialność za zobowiązania podatkowe (w:) Wójtowicz W. (red.) „Zarys finansów publicznych i prawa finansowego”, Zakamycze, Kraków 2005, s. 476, ISBN 83-7444-296-4.
- Guzek L., Podatkowa odpowiedzialność członków zarządu spółki z o.o., „Monitor Podatkowy” 2002, nr 4, s. 22, ISSN 1231-1855.
- Kubacki R., Zasady odpowiedzialności zarządców spółek kapitałowych, „Państwo i Prawo” 1998, nr 2, s. 4, ISSN 0031-0980.
- Mariański A., Odpowiedzialność osób trzecich według regulacji ordynacji podatkowej, „Glosa” 1998, nr 4, s. 1, ISSN 1233-4634.
- Winiarski K., Odpowiedzialność podatkowa członków zarządu spółek kapitałowych. Wybrane problemy, „Przegląd Prawa Publicznego” 2007, nr 4, s. 13, ISSN 1896-8996.
- Wolf – Mendecka M., Odpowiedzialność podatkowa osób trzecich, (w:) Glumińska-Pawlic J. (red.) „Doradca podatkowy obrońcą praw podatnika”, Wyd. UŚ, Katowice 2007, s. 156.

Contact – email

alpom40@wp.pl

JE BERNÍ PRÁVO SAMOSTATNÝM ODVĚTVÍM PRÁVA?

MICHAL RADVAN

Právnická fakulta Masarykovy univerzity, Česká republika

Abstrakt v rodném jazyce

Příspěvek se zabývá otázkou, zda je možné považovat berní právo za samostatné právní odvětví. Odpověď hledá v naplnění čtyř základních odvětvotvorných kritérií - samostatném předmětu regulace, metodě regulace, systémové soudržnosti a společenské akceptaci.

Klíčová slova v rodném jazyce

Berní právo, daňové právo, daň, poplatek, odvětvotvorná kritérium.

Abstract

The paper deals with the question of whether it is possible to consider tax law as a separate branch of law. Response is in four basic branch-creating criteria - the separate subject of regulation, the method of regulation, the systemic coherence and the social acceptance.

Key words

Tax law, tax, fee, branch-creating criteria.

Specializace právních věd se vyvíjí postupně a povětšinou v závislosti na různosti předmětu poznání. Každá věda si předmět poznání v procesu svého vývoje vymezuje sama a u každé z nich trvají diskuze o tom, co je jejím předmětem, čím je vymezen, kde jsou jeho hranice odlišující jej od předmětu jiných právních věd.¹ Právní věda je tedy živou vědou, která se neustále rozvíjí. Domnívám se, že již nadešel čas zamyslet se i nad tím, zda je možné hovořit o vědě daňového práva a o tom, zda je možné berní právo (daňové právo) považovat za samostatné právní odvětví. Odpověď na tuto otázku můžeme nalézt ve splnění tzv. odvětvotvorných kritérií, ze která jsou považována:

- samostatný a specifický předmět právní úpravy,
- metoda právní regulace,
- systém a systémová soudržnost norem,
- společenská akceptace odvětví.

1. PŘEDMĚT BERNÍHO PRÁVA

Předmětem berního práva jsou společenské vztahy, jejichž objektem jsou daně, poplatky a případné odvody, pokud jsou příjmem státního rozpočtu, územních rozpočtů, státních fondů nebo Národního fondu („berně“). Jsou to takové vztahy, které vznikají, realizují se a zanikají v procesu tvorby veřejných peněžních fondů. Primárním účelem regulace je zajištění materiálního základu pro následné poskytování veřejných statků, a to cestou naplňování veřejných fondů. Je možné určit kvantitu peněžních prostředků, které jsou objektem těchto vztahů (výši daně, poplatku apod.).

¹ Knapp, V.: Teorie práva, Praha: C.H.Beck, 1995, 247 stran, ISBN: 80-7179-028-1, str. 4.

Je nepochybné, že se vždy bude jednat o vztahy s ekonomickým charakterem. Na obsah je regulujících právních norem, při jejich tvorbě, interpretaci a aplikaci, má vliv i v daném státě uplatňovaný typ ekonomiky a ekonomický model odvíjející se od hospodářské politiky vlády. Příkladem mohou být změny po roce 1989, které vyústily v nové daňové soustavě účinné od 1. ledna 1993, v menší míře pak např. změny vládních koalicí po parlamentních volbách (zavedení procentní lineární sazby daně z příjmů fyzických osob, postupné rušení daní dědické a darovací).

Daňověprávní vztahy jsou peněžními vztahy sui generis, kdy objektem těchto vztahů jsou veřejné peněžní prostředky, tedy pohledávky veřejných fondů za daňovými subjekty a dalšími subjekty s obdobným postavením. Nejedná se o peněžní vztahy v rámci soukromých financí, avšak i určité vztahy z kategorie soukromých financí mohou na základě zákona představovat finanční skutečnosti zakládající vznik, změnu nebo zánik peněžního vztahu spadajícího do kategorie daňověprávních vztahů, tedy do předmětu berního práva. Příkladem je např. mzda vyplacená zaměstnavatelem zaměstnanci, což se děje v procesu plnění závazku jejich soukromého (soukromoprávního, pracovněprávního) vztahu přerozdělováním soukromých peněz mezi soukromými peněžními fondy (fondy, ze kterých se uspokojují soukromé potřeby). Tato skutečnost je však finanční skutečností zakládající povinnost zaměstnance strpět zkrácení své mzdy o částku povinně zaměstnavatelem odváděnou do určitých veřejných fondů, a to ve formě důchodové daně (záloha na daň z příjmů fyzických osob), dále pak pojistného (sociální, důchodové, zdravotní) a případně dalších zákonem stanovených dávek (např. příspěvek na státní politiku zaměstnanosti). Zaměstnavatel má též za povinnost uhradit dávku mající v podstatě formu odvodu z objemu mezd (část pojistného zaměstnanců hrazená zaměstnavatelem) nebo pojistného (např. zákonné úrazové pojištění zaměstnanců) apod.

Daňověprávní vztah je třeba považovat za vztah bez ekvivalentu, bez přímého protiplnění veřejného peněžního fondu, resp. správce fondu, subjektu plnícímu svoji daňověprávní povinnost (např. úhrada daně).

Můžeme též konstatovat, že v rámci těchto vztahů jsou plnění nejenom neekvivalentní, ale též nenávratná. Např. daň není půjčkou státu, ani podmíněnou platbou vratnou v případě neplnění povinností ze strany státu (neplnění vládního programu).

Z výše uvedených zásad je patrné, že předmětné vztahy mají mocenský charakter: jeden z účastníků je nadán ze zákona mocenskou převahou, a to s mocí vynutit si plnění povinností pohrůzkou sankce nebo přímo uplatněním sankce ze zákona a v jeho mezích, druhý účastník je ze zákona povinen zákonem stanovenou povinnost splnit, strpět kontrolu plnění povinnosti a podrobit se případné sankci, avšak vše potud, pokud mocensky nadřazený subjekt postupuje v mezích oprávnění, prostředků a postupem stanoveným zákonem. Na rozdíl od předmětu odvětví práva řazených mezi tzv. soukromoprávní odvětví, kdy tyto společenské vztahy můžeme klasifikovat jako vztahy horizontální („rovného s rovným“), vztahy regulované berním právem patří do kategorie vztahů veřejnoprávních, tedy vztahů mezi subjekty v nerovném postavení – vztahy vertikální, a vzhledem k metodě regulace, také případně diagonální.

2. METODA PRÁVNÍ REGULACE

Z mocenského charakteru společenských vztahů regulovaných berním právem je zřejmé, že i v rámci daňověprávní regulace bude použita metoda s charakteristickými rysy vlastními metodám těch právních odvětví, kterou v rámci tradičního kontinentálně evropského pojetí systému práva (právní kultury), založeného na koncepci práva římského, řadíme do kategorie

veřejného práva. Patří sem vedle berního práva nepochybně finanční právo, ústavní právo, správní právo, trestní právo atd.

S finančním a se správním právem berní právo nespojuje jen historická sounáležitost, ale i užití metody právní regulace. Správní právo se ve své charakteristice podle odvětvotvorných kritérií vyznačuje aplikací veřejnoprávní metody svého druhu, kterou je administrativně právní metoda regulace. Ta vychází z působení orgánů veřejné správy na adresáty veřejné správy, a to zejm. cestou veřejnou mocí vynutitelných norem obsažených v normativních správních aktech, tedy nařízeních a vyhláškách vydávaných veřejnou správou na základě zmocnění v zákoně a k jeho provedení, ovšem v rámci mantinelů stanovených zase zákonem, a dále pak cestou individuálních správních aktů – rozhodnutí k tomu zákonem oprávněných orgánů veřejné správy v konkrétní správní věci. Tak jak postupně veřejná správa absorbuje klientský model svého působení, kdy naplňuje svou činností obraz skutečné veřejné služby na místo více méně represivní policejné vrchnostenské správy tradičního byrokratického rázu, tak postupně přibírá metoda administrativně právní nové elementy blízké soukromoprávním metodám (smlouva). Metoda uplatněná ve finančním právu je v podstatě modifikovanou administrativně právní metodou, a to vzhledem k působení veřejné správy i v rámci vztahů regulovaných finančním právem. Statisticky by bylo možné dokázat, že v rámci finančněprávní regulace je nižší míra uplatnění podzákonných norem oproti správnímu právu, je tedy zákonem dán menší prostor veřejné správě k jeho provedení. Veřejná správa na tomto místě ve větší míře uplatňuje ekonomické nástroje působení na adresáty – úrokové sazby centrální banky, povinná depozita v případě nouzových stavů apod. Dále administrativně právní metodu modifikují určité soukromoprávní prvky – sjednání podmínek čerpání grantových prostředků, využití principu konkurence při čerpání prostředků z veřejných fondů v rámci veřejných zakázek apod. Uplatňuje se např. také přenesení působnosti v některých správních činnostech na subjekty soukromoprávního charakteru – např. kontrola splnění povinností stanovených devizovým zákonem klientovi v rámci provádění devizových obchodů, kdy je zákonem tato správní činnost přenesena na devizové místo (banka nebo jiný subjekt s devizovou licenci).

Obdobná situace panuje i v právu daňovém. Najdeme zde jen velmi málo podzákonných norem, valná většina právních předpisů v oblasti berního práva má podobu zákona, a to především s ohledem na ustanovení Listiny základních práv a svobod.² Největší význam z podzákonných předpisů pak mají obecně závazné vyhlášky, kterými obce „dotvářejí“ právní regulaci zdaňování nemovitostí a oblast místních daní (poplatků). I v této oblasti najdeme spoustu ekonomických nástrojů, kterými může veřejná správa působit na adresáty. Těmito nástroji jsou obecně např. slevy na dani a další korekční prvky daní, daňové prázdniny atd. Naprosto specifické je pak velmi časté užití soukromoprávních prvků, které modifikuje klasickou administrativně právní metodu regulace. Příkladem budiž možnost sjednání daně, posečkání daně a povolení splátek apod. V berním právu můžeme dokonce najít i typické vztahy soukromoprávní, např. vztah zaměstnavatele, který vyplácí mzdu (plat) svému zaměstnanci: jejich vztah je nepochybně vztahem pracovněprávním, avšak zaměstnavatel je povinen srazit zaměstnanci zálohu na daň z příjmů fyzických osob a rovněž tak pojistné a další zákonem stanovené dávky. Zaměstnanec je povinen takové jednání strpět. Působnost srážet daň je tak přenesena ze státu na soukromoprávní subjekt. Obdobných vztahů můžeme v daňovém právu najít více (banka sráží daň z připsaných úroků, akciová společnost sráží daň z dividend, prodávající vybírá od kupujícího v rámci kupní ceny také DPH atd.).

² Usnesení předsednictva ČNR č. 2/1993 Sb., o vyhlášení Listiny základních práv a svobod jako součásti ústavního pořádku České republiky, ve znění pozdějších předpisů.

Co je však pro daňové právo zcela specifické, je tzv. autoaplikace. V daňovém řízení totiž nedochází (na rozdíl od správního či finančního práva) ke správnímu jednání mezi správním orgánem (správcem daně) a (daňovým) subjektem, ale naopak se primárně předpokládá znalost a orientace daňového subjektu v oblasti daňového práva. Poplatník sám na sebe aplikuje normy daňového práva, když si na základě svých znalostí určuje základ daně, použije na sebe příslušnou sazbu daně, uplatní si pro sebe korekční prvky. Takto vyplněné daňové přiznání pak doručí správci daně, který, pokud nemá pochybnosti o správnosti a úplnosti takového přiznání, vyměří daň konkludentně, tj. mlčky. Ve většině případů tak vůbec nedojde k interakci mezi správcem daně a daňovým subjektem.

Na základě výše uvedených skutečností tak můžeme konstatovat, že daňověprávní vztahy mají nepochybně veřejnoprávní charakter, který je promítnutím priority veřejného zájmu v dané oblasti. Imperativní charakter je ale v některých okamžicích zmírněn možností volby (dobrovolný plátců DPH, způsob odpisování). S ohledem na výše uvedená specifika metody právní regulace daňového práva je možné metodu regulace definovat jako administrativně právní modifikovanou o soukromoprávní prvky za použití autoaplikace.

3. SYSTÉMOVÁ SOUDRŽOST

Systémová soudržnost představuje míru vzájemných vztahů norem dané výšece právního řádu, nakolik normy této výšece jsou k sobě vázány oproti normám jiných právních odvětví. Právní odvětví není osamoceným ostrovem v moři právního řádu, ale normy určitého odvětví mají určitý vztah (i když slabší) k normám jiného odvětví. Nejtěsnější vazby jsou mezi normami upravující stejnou kategorii společenských vztahů (např. soubor právních norem upravujících společenské vztahy, jejichž objektem je daň z příjmů fyzických osob, a to ze závislé činnosti a funkčních požitků), dále budou následovat normy upravující vztahy s ohledem na méně konkretizovaný objekt těchto vztahů (daň z příjmů fyzických osob), po nich normy vztahující se k oběma důchodovým daním (jak k dani z příjmů fyzických osob, tak k dani z příjmů právnických osob) a konečně normy daňového práva – normy vztahující se ke všem daním (zde půjde především o obecné instituty, zásady a principy platné pro celé daňové právo). Mimo daňové právo budou vazby tak těsné, nakolik se právní úprava vzájemně prolíná (např. nakolik na sebe vzájemně odkazuje). Větší míra vazeb by měla být mezi daňovým právem a ostatními veřejnoprávními odvětvími.

Systémovou soudržnost norem berního práva je třeba rozdělit na vnější systémovou soudržnost vyjadřující vztah k dalším odvětvím právního řádu a vnitřní systémovou soudržnost, tj. systém berního práva.

Z hlediska vztahu k dalším právním odvětvím je třeba uvést na prvním místě právo ústavní. Obdobně jako pro jiná odvětví platí i zde, že ústavní pořádek České republiky rámcově, principiálně upravuje některé instituce, instituty a zásady vztahující se výhradně k daňovému právu a současně samozřejmě i obecné zásady a principy platné pro celý právní řád České republiky. V Ústavě ČR³ najdeme např. zakotvení základních zásad ekonomického základu územní samosprávy či státního rozpočtu, v Listině základních práv a svobod ústavní princip pro úpravu a vymáhání daňových a poplatkových povinností.

S finančním právem je právo daňové spojováno nejčastěji, mnozí autoři podřazují daňové právo pod právo finanční, do jeho fiskální části. Mají obdobnou metodu právní regulace,

³ Ústavní zákon č. 1/1993 Sb., Ústava České republiky, ve znění pozdějších předpisů.

berně jsou příjmem veřejných fondů, mnohá podání jsou vázána na úhradu správního poplatku a správní poplatek je de facto berní a tedy předmětem zájmu berního práva.

Obdobné konstatování o metodě regulace platí i pro správní právo. Vznik, existence nebo zánik správněprávních vztahů, případně i skutečnosti je podmiňující, mohou být finanční skutečnosti, která je podmínkou vzniku, realizace nebo zániku daňověprávního vztahu. Např. zahájení správního řízení je vázáno na úhradu správního poplatku; porušení správněprávní povinnosti může znamenat naplnění zákonem určených znaků skutkové podstaty správního deliktu (přestupek nebo jiný správní delikt), za což může být vyměřena správním orgánem majetková sankce (pokuta apod.), která je příjmem veřejného peněžního fondu (státního rozpočtu, státního Fondu, rozpočtu územního samosprávného celku) a ve smyslu legislativní zkratky⁴ se stává „daní“ a vztahují se na ni stejné správní a procesní normy jako na dlužnou daň. Daňové řízení podle zákona o správě daní a poplatků⁵ není ničím jiným než správním řízením svého druhu, kdy ovšem ani podpůrně nelze použít zmíněný správní řád,⁶ ale v obecné rovině i pro daňové řízení, jakožto řízení před orgánem veřejné správy, platí obecné zásady a principy správního práva procesního.

Trestní právo obsahuje v trestním zákoně⁷ znaky skutkových podstat trestných činů souvisejících s porušením norem daňového práva. Tím naplňuje sankční složku norem daňového práva.

Právo životního prostředí souvisí s daňovým právem, a to zejm. přes sankce, poplatky, odvody a úhrady související se životním prostředím, které jsou příjmem veřejných fondů.

V rámci procesněprávních norem zmiňme občanské právo procesní, které je vázáno s finančním právem jednak soudními poplatky (berně), jednak správním soudnictvím, tj. přezkoumáním daňověprávních rozhodnutí soudem jako jedním z prostředků kontroly zákonnosti ve veřejné správě.

Zdánlivě volnější by měla být vazba k soukromoprávním odvětvím. Avšak normy daňového práva využívají některých institucí a institutů upravených normami občanského práva, obchodního práva, rodinného práva nebo pracovního práva, a to vč. v rámci nich upravených definic. Operuje-li daňové právo s pojmem „fyzická osoba“ nebo „právní osoba“, myslí tím osobu vymezenou občanským právem hmotným, vztahuje-li daňové právo práva a povinnosti např. k veřejné obchodní společnosti nebo k jiné obchodní společnosti či k družstvu, akcionářům, společníkům, jednatelům, členům družstev apod., použije k vymezení těchto subjektů norem obchodního práva. Některé vztahy, jak již bylo ostatně naznačeno výše v rámci příkladu o vztahu mzdy k daním, které se řídí normami občanského práva, obchodního práva nebo pracovního práva, v určitém finančním právem stanoveném momentu se stávají skutečností zakládající vznik, změnu nebo zánik daňověprávního vztahu. Tak kupní smlouva, kdy předmětem koupě je nemovitost, v obecné rovině předznamenává vznik daňověprávního vztahu, který nastane její realizací, a to vkladem do katastru nemovitostí, kdy účinky vkladu nastávají zpětně ke dni podání návrhu na vklad (od tohoto data vznikl vztah mezi novým vlastníkem a státem s objektem, kterým je daň z nemovitosti)

⁴ § 1 odst. 1 zákona č. 337/1992 Sb., o správě daní a poplatků, ve znění pozdějších předpisů.

⁵ Zákon č. 337/1992 Sb., o správě daní a poplatků, ve znění pozdějších předpisů.

⁶ Zákon č. 500/2004 Sb., správní řád, ve znění pozdějších předpisů.

⁷ Zákon č. 140/1961 Sb., trestní zákon, ve znění pozdějších předpisů.

a dále pak doručení smlouvy s vyznačeným vkladem (od tohoto momentu vstupuje prodávající do daňověprávního vztahu se státem, a to s daní z převodu nemovitosti, a kupující v tomto vztahu je v pozici ručitele). Obdobně je tomu i v případě darování. Z občanského práva dědictví a jeho přechod na dědice je právní skutečností zakládající povinnost k dani dědické. Narození dítěte je rovněž finanční událostí ovlivňující např. slevy z daně z příjmů jednoho z rodičů. Vznik nebo zánik manželství, vznik, zúžení, rozšíření nebo zrušení či zánik společného jmění manželů je rovněž skutečností, která se promítá v různé míře do existence daňověprávních vztahů. A obdobně je tomu i v oblasti pracovněprávních vztahů.

Daňové právo, jakož i celý právní řád České republiky, je ovlivňováno mezinárodním právem, kdy normy mezinárodního práva regulují v některých případech společenské vztahy předmětu daňového práva. Jedná se např. o aplikaci smluv o zamezení dvojího zdanění. Novým a významným prvkem je přejímání evropských standardů a v určitém ohledu i odkazy na normy evropského práva či normy ES v rámci našich právních předpisů. Pak se nabízí již vztah našeho daňového práva k evropským systémům právní regulace předmětu daňového práva, což je ovšem nad rámec této kapitoly.

Vnitřní systémová soudržnost je vyjádřena v systémovém uspořádání berního práva. Vnitřní systémové zpřehlednění má význam nejen teoretický, ale především praktický v procesu realizace a interpretace finančně právních norem. Systémem daňového práva je třeba rozumět vnitřní diferenciaci daňového práva na ucelené soubory či skupiny daňověprávních norem s ohledem na jejich obsah a na příbuznost jimi regulovaných společenských vztahů.⁸ Tento systém není dogmatem, je svým způsobem založen na tradici, dohodě a akceptaci daňověprávních teorií obdobně, jak je tomu i v jiných disciplínách. Je proměnný tak, jak se vyvíjí předmět daňového práva i právo samotné. Potřeba systematiky daňového práva je dána jeho nekodifikováním a pravděpodobně neochotou k jeho brzké generální kodifikaci,⁹ je tedy vyvolána nutností určité možné orientace v nepřehledném množství pramenů a jednotlivých norem. Systematika daňového práva je účelová, přičemž se na ní odráží i pojetí daňového práva jako odvětví práva, vědy nebo pedagogické disciplíny. Proto je možné hovořit o systému daňového práva jako systému jedné z výsečí právního řádu České republiky, dále pak o systému vědy daňového práva a konečně o systému výuky předmětu „Daňové právo“ zejm. na právnických a ekonomických fakultách. Tyto systémy nejsou od sebe striktně odděleny a tak, jak existuje přirozené propojení náhledů na daňové právo, tak samozřejmě existují vzájemná propojení či splývání těchto systematických uspořádání.

Daňové právo může být členěno obdobně jako další právní odvětví na část obecnou a zvláštní. Z doktrinárního a didaktického pohledu na berní právo jeho obecnou část tvoří všeobecné poznatky o daňovém právu, jeho předmětu, normách a vztazích.¹⁰ Při zkoumání daňového práva lze postupně dospět k názoru, že ačkoliv není obecná část daňového práva kodifikována, lze vystopovat určité instituty obecného charakteru, které se dotváří v rámci jednotlivých částí daňového práva, jakož i určité obecné principy platné pro celé daňové právo, které slouží pro jeho tvorbu, realizaci a interpretaci. Je otázkou dalšího vývoje daňového práva, na kolik se podaří vytvářet z něho harmonický celek, používající jednotnou

⁸ Slovinský, A. a kol.: Základy česko-slovenského finančního práva, Bratislava: Univerzita Komenského, 1992.

⁹ Např. v poslední době schválené tři tzv. energetické daně, které byly původně navrhovány jako tři samostatné zákony, jejichž text se do značné míry překrýval. Tyto daně se na základě rozhodnutí vlády staly součástí zákona o stabilizaci veřejných rozpočtů (zákon č. 261/2007 Sb.).

¹⁰ Grůň, E., Králík, J., Základy finančního práva na Slovensku, Bratislava: MANZ, 1997.

terminologii, zásady, právní instituty platné pro veškeré daňověprávní vztahy. Tyto obecné otázky by se mohly objevit jak např. v zákoně o správě daní a poplatků či v obdobném nově vzniklém předpise,¹¹ který není pouze předpisem procesním, tak i ve zcela novém zákoně, např. v zákoně o veřejných financích, který by obsahoval obecné instituty jak z oblasti práva berního, tak i finančního. V tomto procesu by měla nemalou roli sehrát také věda daňového práva.

Zvláštní část, označovaná jako daňové právo hmotné, obsahuje hmotně právní úpravu v rámci jednotlivých berněprávních vztahů. Jejich úprava je roztržena v mnoha právních předpisech. Přesto můžeme ve změní jednotlivých právních předpisů a norem vypořádat určitou systematiku, na základě které je zvláštní část berního práva tvořena těmito subodvětvími:

- daňové právo (v užším slova smyslu) – je tradičním označením pro soubor právních norem upravujících příjmy veřejných fondů daňového charakteru (ve významu daně sensu stricto) s tím, že tyto normy určují osoby zatížené daňovou povinností, objekt, základ, sazbu příslušné dávky a další konstrukční prvky daně,
- poplatkové právo – subodvětví, které reguluje příjmy veřejných rozpočtů charakteru poplatkového a konstrukční prvky poplatků,
- celní právo – je subodvětví v mnohém blízké právu daňovému a poplatkovému, přičemž reguluje nejdůležitější akcesorický příjem veřejných fondů, kterým je clo. Je však otázkou, zda není clo již dávkou od daně natolik odlišnou, že by mělo být regulováno samostatným právním odvětvím – právem celním.

V rámci systému berního práva nelze opomenout i poměrně ucelený soubor norem procesněprávního charakteru. Normy berního práva procesního upravují:

- procesněprávní postavení subjektů v řízení o právech, právem chráněných zájmech a povinnostech plynoucích účastníků řízení z norem daňového práva hmotného,
- procesněprávní postupy v rozhodovacích procesech před orgány daňové správy a před právníky a fyzickými osobami, pokud jim bylo zákonem nebo na základě zákona svěřeno do jejich působnosti rozhodování o právech, právem chráněných zájmech a povinnostech jiných subjektů plynoucích z norem daňového práva hmotného,
- postupy mocensky podřízených subjektů při realizaci daňového práva hmotného, kdy se nejedná o řízení před orgánem veřejné moci, ale o procedury, kterými subjekt (např. daňový subjekt – poplatník, plátce daně) sám sobě nebo plátce poplatníkovi stanovuje na základě norem daňového práva hmotného finančně právní povinnost (např. daňovou povinnost), a to s užitím předepsané techniky (daňové techniky), tuto povinnost deklaruje předepsaným způsobem mocensky nadřízenému subjektu (orgánu), přičemž tato deklarace má obdobné právní účinky jako rozhodnutí v řízení, a deklarovanou povinnost sám opět předepsaným postupem vykoná.¹² Narozdíl od procesů uvedených v prvních dvou odrážkách, které jsou autoritativní aplikací daňového práva hmotného, zde se autoritativní prvek použije sekundárně teprve v případě selhání mocensky podřízeného subjektu při

¹¹ Např. již několik let připravovaný „daňový řád“.

¹² Nepodařilo se na základě české odborné literatury určit ekvivalent výstižnému polskému termínu „samowymiar“, označující tento proces sui generis.

primární „autoaplikaci“ příslušných norem daňového práva hmotného. Tento způsob realizace norem daňového práva hmotného vzhledem k zvláštní realizační proceduře, jejímž výsledkem je zmíněná deklarace povinnosti (např. v podobě daňového přiznání), není totožný s přímou realizací norem daňového práva, jež postrádá takovýto výstup,

- legislativní proces při tvorbě, přijímání a kontrole plnění veřejných rozpočtů ve smyslu finančních (daňových) dokumentů.

Z hlediska norem daňového práva procesního je třeba zmínit především zákon o správě daní a poplatků jako stěžejní procesní předpis obecné povahy. Mnohá procesní ustanovení však nalezneme v jednotlivých daňových předpisech (daňových zákonech), které mají převážně hmotněprávní povahu (např. zákon o daních z příjmů,¹³ zákon o dani z nemovitostí,¹⁴ zákon o dani z přidané hodnoty¹⁵ atd.). Pakliže se úprava v těchto zvláštních právních předpisech liší od obecné úpravy v zákoně o správě daní a poplatků, uplatní se pravidlo „lex specialis derogat legi generali“.

Co do předmětu procesů aplikace daňového práva hmotného je možné rozlišovat především:

- daňové řízení¹⁶ (s vyloučenou možností být podpůrného použití správního řádu¹⁷),
- správní řízení před správcem daně¹⁸ podle zákona o správě daní a poplatků, kdy předmětem není „daň“ ve smyslu legislativní zkratky,¹⁹ a není tak vyloučeno subsidiární použití správního řádu,²⁰
- proces „autoaplikace“ (viz výše).²¹

Zvláštním subsystémem procesního práva bude též daňové právo soudní²² upravující rozhodovací procesy ve věcech daňového práva hmotného před soudy, a to zejm. jednak v rámci správního soudnictví, jednak v rámci soudní exekuce daňovésprávních rozhodnutí.

Aktivní působení veřejné správy v činnostech spojených s daněmi je patrné. Normy správněprávního charakteru upravující organizaci a právní postavení tzv. daňové správy nevytváří ucelené subodvětví správního práva hmotného ani ucelenou část daňového práva,

¹³ Zákon č. 586/1992 Sb., o daních z příjmů, ve znění pozdějších předpisů.

¹⁴ Zákon č. 338/1992 Sb., o dani z nemovitostí, ve znění pozdějších předpisů.

¹⁵ Zákon č. 235/2004 Sb., o dani z přidané hodnoty, ve znění pozdějších předpisů.

¹⁶ § 2 odst. 1 zákona č. 337/1992 Sb., o správě daní a poplatků, ve znění pozdějších předpisů.

¹⁷ § 99 zákona č. 337/1992 Sb., o správě daní a poplatků, ve znění pozdějších předpisů.

¹⁸ § 1 odst. 3 zákona č. 337/1992 Sb., o správě daní a poplatků, ve znění pozdějších předpisů.

¹⁹ § 1 odst. 1 zákona č. 337/1992 Sb., o správě daní a poplatků, ve znění pozdějších předpisů.

²⁰ Nejedná se tak o daňové řízení ve smyslu § 2 odst. 1 a § 99 zákona č. 337/1992 Sb., o správě daní a poplatků, ve znění pozdějších předpisů.

²¹ Např. postup daňových subjektů a třetích osob stanovený zákonem o správě daní a poplatků.

²² K tomu např. Nováková, P., Foltas, T., A Review of Decisions Made in the Field of the Tax Law in the Czech Republic, in: Miškinis, A., Ruškowski, E. (ed.), The Problems of the Financial Law Evolution in Central and Eastern Europe within the Integration Processes, Vilnius – Białystok: LTU ir WP UwB, 2004, 93 str. + CD, ISBN: 83-89620-04-9.

avšak můžeme uvažovat o možném daňovém právu správním, tvořeném souborem norem regulujících veřejnou správu na úseku berní a souvisejících činností. Půjde zejm. o úpravu berní správy, tj. tedy veřejné správy na úseku daňových a poplatkových příjmů veřejných fondů a dále pak celní správy, jako veřejné správy cel a celnictví apod. V literatuře se objevuje též označení finanční právo organizační.²³

Účelové zaměření určité části daňověprávních norem (vč. norem daňověsprávních) na vymezení základů a následků odpovědnosti za porušení daňověprávních norem, soubor takovýchto norem ochranného charakteru lze označit souhrnně za daňové právo trestní.²⁴ V zahraničí má tato výše často tradičně odraz v samostatném kodexu, který upravuje systém odpovědnosti v našem pojetí jak za daňověsprávní a finančněsprávní delikty, tak i za trestné činy.²⁵ V případě České republiky je právní regulace daňového práva trestního obsažena jednak v zákoně o správě daní a poplatků, jednak v trestním zákoně²⁶ a v menší míře pak také v jednotlivých převážně hmotněprávních daňových předpisech (např. v zákoně o místních poplatcích²⁷).

4. SPOLEČENSKÁ AKCEPTACE

Z hlediska čtvrtého odvětvotvorného kriteriia – společenské akceptace – bude v České republice ještě nějakou dobu trvat, než dojde k jeho naplnění. Jakkoliv prošlo daňové právo velmi dlouhou evolucí a s trochou nadsázky můžeme tvrdit, že se jedná o jedno z prvních, neli úplně první právní odvětví,²⁸ většina autorů se přiklání spíše k názoru, že berní právo je pododvětvím práva finančního a jeho fiskální části.

Jak je však zřejmé z výše uvedeného textu, má berní právo velmi specifický předmět regulace odlišný od ostatních subodvětví finančního práva, vyznačuje se vlastní metodou právní regulace a nepochybně má svůj vnitřní systém. Připočteme-li k těmto aspektům také tradici a význam norem daňového práva a především jeho účel (v souladu s ústavním pořádkem ČR, mezinárodními závazky a snahou o co nejefektivnější aproximaci práva zajistit fungování a stabilitu ekonomického systému České republiky vč. jeho kompatibility s ekonomickým systémem uplatňovaným ve státech EU, a to formou dostatečného materiálního základu pro poskytování těch statků, jejichž produkci si veřejný sektor vyhradil nebo které poskytovat zákonitě musí), je nasnadě, že si berní právo zaslouží i společenskou akceptaci, čímž bude splněno i poslední odvětvotvorné kriterium a berní právo tak bude moci být považováno za samostatné právní odvětví.

²³ Např. Spáčil, B., *Teorie finančního práva ČSSR*, Praha: Orbis, 1970, str. 72.

²⁴ K tomu např. Šramková, D., *Penal Tax Law – Sanctions for the Breach of Legal Tax Regulations in the Czech Republic*, in: Miškinis, A., Ruškowski, E. (ed.), *The Problems of the Financial Law Evolution in Central and Eastern Europe within the Integration Processes*, Vilnius – Bialystok: LTU ir WP UwB, 2004, 93 str. + CD, ISBN: 83-89620-04-9.

²⁵ Prusak, F., *Prawo i postępowanie karne skarbowe*, Warszawa: C.H.Beck, 1996.

²⁶ Zákon č. 140/1961 Sb., trestní zákon, ve znění pozdějších předpisů.

²⁷ Zákon č. 565/1990 Sb., o místních poplatcích, ve znění pozdějších předpisů.

²⁸ V odborné literatuře se uvádí, že právo vzniklo současně se vznikem prvních států. Aby se tyto státy udržely, bylo třeba nemálo finančních zdrojů (daní), které byly, ať už násilím či nenásilnou formou, vybírány od osob žijících na daném území.

Těmto závěrům ostatně svědčí i zkušenosti ze zahraničí. Např. angloamerické právo akceptovalo samostatnou úpravu daní a běžně tak užívá pojmu „tax law“. Za samostatné a svébytné právní odvětví považuje daňové právo také např. košická právní škola představovaná prof. Babčákem či bialystocká právní škola pod vedením prof. Etela.

Literatura:

- Grůň, L., Králik, J., Základy finančního práva na Slovensku, Bratislava: MANZ, 1997.
- Knapp, V.: Teorie práva, Praha: C.H.Beck, 1995, 247 stran, ISBN: 80-7179-028-1.
- Mrkývka, P. a kol., Finanční právo a finanční správa - 2. díl, Brno: Masarykova univerzita v Brně, 2004, 381 stran, ISBN: 80-210-3579-X.
- Nováková, P., Foltas, T., A Review of Decisions Made in the Field of the Tax Law in the Czech Republic, in: Miškinis, A., Ruškowski, E. (ed.), The Problems of the Financial Law Evolution in Central and Eastern Europe within the Integration Processes, Vilnius – Bialystok: LTU ir WP UwB, 2004, 93 str. + CD, ISBN: 83-89620-04-9.
- Prusak, F., Prawo i postępowanie karne skarbowe, Warszawa: C.H.Beck, 1996.
- Radvan, M. a kol., Finanční právo a finanční správa – Berní právo, v tisku.
- Slovinský, A. a kol.: Základy česko-slovenského finančního práva, Bratislava: Univerzita Komenského, 1992.
- Spáčil, B, Teorie finančního práva ČSSR, Praha: Orbis, 1970.
- Šramková, D., Penal Tax Law – Sanctions for the Breach of Legal Tax Regulations in the Czech Republic, in: Miškinis, A., Ruškowski, E. (ed.), The Problems of the Financial Law Evolution in Central and Eastern Europe within the Integration Processes, Vilnius – Bialystok: LTU ir WP UwB, 2004, 93 str. + CD, ISBN: 83-89620-04-9.

Kontaktní údaje na autora – email:

Michal.Radvan@law.muni.cz

ZMĚNY V ZÁKONĚ O OMEZENÍ PLATEB V HOTOVOSTI

TOMÁŠ ROZEHNAL

Finanční ředitelství v Brně; Právnická fakulta Masarykovy univerzity, Česká republika

Abstrakt v rodném jazyce

Dne 19.8.2008 nabyla účinnosti novela zákona č.254/2004 Sb., o omezení plateb v hotovosti a o změně zákona č. 337/1992 Sb., o správě daní a poplatků, ve znění pozdějších předpisů. Cílem příspěvku je připomenout dosavadní aplikační problémy zákona a zhodnocení, zda nová úprava přispěla k jejich odstranění.

Klíčová slova v rodném jazyce

Platba, hotovost, omezení, bezhotovostní, zavinění, právnická osoba, odpovědnost, pokuta, delikt.

Abstract

Amendment of Cash Payments limitation act came into force of legislation on 19.8.2008. The main aim of the article is to remind old Cash Payments limitation act application problems and try to find if new regularization solves them.

Key words

Payment, cash, limitation, cashless, culpability, corporation, liability, fine, sanction, delict.

1. ÚVOD

Celkové škody způsobené páčáním trestné činnosti činí v České republice cca 150 miliard Kč. Z toho 50 miliard představuje škoda z odhalené trestné činnosti. Zbytek částky je využíván pachateli trestné činnosti k různým aktivitám a z toho účelu existuje snaha tyto prostředky legalizovat. Cílem státních orgánů České republiky je tedy nepochybně legalizaci zabránit a znemožnit tak pachatelům užívat výnosy z této trestné činnosti. Tento trend je celosvětový a jeho projevy lze nalézt v mnoha mezinárodních úmluvách (např. Úmluva o praní, vyhledávání, zadržování a konfiskaci výnosů ze zločinu ze dne 8. listopadu 1990 („Štrasburská úmluva“) a pochopitelně i v činnosti Evropské unie (např. směrnice Evropského parlamentu a Rady 2005/60/ES ze dne 26. října 2005, nařízení Evropského parlamentu a Rady (ES) č. 1889/2005 ze dne 26. října 2005 atd.). Cílem této mezinárodní spolupráce je zefektivnit a sjednotit činnost jednotlivých států v boji s legalizací prostředků pocházejících z trestné činnosti.

Základem pro národní úpravu proti legalizaci prostředků pocházejících z trestné činnosti byl zákon č. 61/1996 Sb., o některých opatřeních proti legalizaci výnosů z trestné činnosti a o změně a doplnění souvisejících zákonů, ve znění pozdějších předpisů, jehož znění vycházelo ze znění směrnice Rady Evropského společenství ze dne 10.6.1991, o předcházení použití finančního systému za účelem praní peněz. V průběhu 12 let účinnosti tohoto zákona došlo k výraznému vývoji a s tím souvisí i nové požadavky na znění zákona, nehledě na fakt vstupu České republiky do ES. V důsledku četných novel se tak tento zákon stal dosti nesystematickým či nepřehledným a proto zákonodárce přistoupil na cestu schválení nového zákona, který by tyto nedostatky řešil. Tímto se stal zákon č. 253/2008 Sb., o některých opatřeních proti legalizaci výnosů z trestné činnosti a financování terorismu, ve znění pozdějších předpisů. Zákon vytváří mechanismus, který má pomocí povinné identifikace,

kontroly a oznamovací povinnosti, upozornit na podezřelé finanční transakce. Hlavním kontrolním orgánem je ministerstvo financí ČR, resp. finančně analytický útvar pro tyto účely přímo zřízený.

Výše uvedený zákon na poli boje proti šedé ekonomice doplňuje zákon č. 254/2004 Sb., o omezení plateb v hotovosti a o změně zákona č. 337/1992 Sb., o správě daní a poplatků, ve znění pozdějších předpisů, ve znění pozdějších předpisů (dále jen ZOPH). Samotný ZOPH je účinný ode dne 1.7.2004. Jeho legislativní projednávání trvalo 13 měsíců a během této procedury doznal původní vládní návrh zákona dosti změn. Povinnost provést platbu bezhotovostně totiž nebyla v našem právním řádu dosud zakotvena. Při zpracování návrhu zákona byla vláda vedena obecnou mezinárodní tendencí omezovat hotovostní platební styk. Nutno však dodat, že v této oblasti neexistuje žádná povinnost k přijetí podobného aktu, plynoucí z komunitárního práva. Zákon tak byl přijat na základě zkušeností ze zahraničí, zejména kontinentální Evropy, kde je bezhotovostní platební styk podstatněji preferován oproti hotovostnímu¹. "

Dle důvodové zprávy k návrhu zákona je účelem zákona omezit daňové úniky, racionalizovat a optimalizovat peněžní hotovostní oběh, zvýšit bezpečnost zúčastněných subjektů a působit proti legalizaci výnosů z trestné činnosti². Prioritním cílem nové úpravy je evidentně potlačování šedé ekonomiky. Daného stavu se ZOPH, na rozdíl od zákona č. 253/2008 Sb., který jde cestou povinného oznamování rozhodujících skutečností, pokouší dosáhnout pomocí definice situací, ve kterých jsou fyzické a právnické osoby povinny provést bezhotovostní platby, respektive pomocí zákazu hotovostní platby mezi totožnými subjekty nad stanovený limit =15.000,- EUR (viz. ustanovení § 1 a § 4 ZOPH) v průběhu jednoho kalendářního dne. Za bezhotovostní platby jsou považovány i platby v hotovosti, pokud jde o platby daní, poplatků, cla, odvody za porušení rozpočtové kázně, povinné platby vyplývající z pracovněprávních vztahů, platby důchodů z důchodového pojištění, platby určené k úschově peněz u notáře, platby pojistného a jiné (viz. ust. § 3 odst. 2 ZOPH). V případě, že je platba provedena v jiné měně než v měně EURO, je nutno ji převést na měnu EURO pomocí směnného kursu devizového trhu vyhlášeného Českou národní bankou a platnému ke dni provedené platby (viz. ust. § 4 odst. 2 ZOPH). Ačkoliv norma ve své původní podobě obsahovala pouhých 9 ustanovení, za tři a půl let její aplikace se stále objevovaly nové problémy.

2. ZHODNOCENÍ ÚPRAVY PŘED NOVELOU

Prvním problémem je sporné vymezení místní a personální působnosti ZOPH, tedy ust. § 3 odst. 1 ve spojení s ust. § 2 odst. 1 písm. a) ZOPH. Konkrétně písm. b) zmíněného ust. § 3 odst. 1 stanoví, že povinnost provést platbu bezhotovostně se vztahuje na platby prováděné osobami s místem trvalého pobytu, místem pobytu nebo sídlem na území České republiky, pobočkami nebo organizačními složkami zahraničních osob zřízených na území České republiky ve prospěch osob s místem pobytu nebo sídlem v zahraničí. Jazykovým výkladem textu zákona je pak nutno dojít k závěru, že povinnost stanovená ZOPH se nevztahuje na případy, kdy je provedena zakázaná transakce např.:

1. v zahraničí

¹ Narozdíl třeba od USA, kde je preferován dosti nákladný systém povinné registrace plateb.

² Důvodová zpráva k návrhu ZOPH.

2. když osoba bez místa trvalého pobytu, místa pobytu či sídla na území České republiky předá na území České republiky hotovost větší než =15.000., EUR českému subjektu³.

Dalším významným problémem se stala aplikace ust. § 6 zákona č. 254/2004 Sb., o omezení plateb v hotovosti a o změně zákona č. 337/1992 Sb., o správě daní a poplatků, ve znění pozdějších předpisů, ve znění před novelou. První odstavec zmíněného paragrafu stanovil minimální výši pokuty a to =10.000,-- Kč. Kontrolní orgány tak při ukládání sankcí neměly jinou možnost než uložit sankci v této minimální podobě i v případech, kdy se to jevílo jako absurdní. Typicky šlo o situace, kdy sankcionovaným se stal subjekt v podobě nepodnikající fyzické osoby, uspokojující své osobní potřeby (nákup nemovitosti, osobního automobilu) a cílová částka byla překročena jen v minimální výši (stačí i 1 Kč). Tento subjekt tak byl například vystaven stejné sankci jako právnická osoba, která limit překročila podstatně více, ale šlo o první známé porušení zákona. Domnívám se tedy, že v části těchto případů docházelo při udělování sankcí k rozporu se samotným smyslem a účelem ZOPH, tak jak je uveden důvodové zprávě.

Ještě větším problémem však byla aplikace odst. 2 § 6 zákona č. 254/2004 Sb., o omezení plateb v hotovosti a o změně zákona č. 337/1992 Sb., o správě daní a poplatků, ve znění pozdějších předpisů, ve znění před novelou, který stanovil podmínky pro uložení sankce příjemci platby v hotovosti nad stanovený limit. Zákonodárce totiž dosti nestandardně stanovil v zákoně podmínku pro uložení sankce příjemci, která spočívala v zavinění příjemce. Tento totiž musel vědět, že uskutečněním transakce došlo k porušení ustanovení zákona č. 254/2004 Sb., o omezení plateb v hotovosti a o změně zákona č. 337/1992 Sb., o správě daní a poplatků, ve znění pozdějších předpisů, ve znění před novelou. Kontrolní orgán tak mohl uložit sankci v případě, kdy zavinění příjemce platby bylo ve formě úmyslu přímého, nepřímého a v neposlední řadě vědomé nedbalosti. V případě, že příjemce platby porušil zákon formou nevědomé nedbalosti, tedy nevěděl, že může svým jednáním porušit zákon, ačkoliv to vědět mohl a měl (pochopitelně jde o nejčastější případ, už díky faktu, že prokazovat úmysl je pro kontrolní orgány značně obtížné), docházelo k rozporu se zněním zákona, kdy tento musel vědět. Kontrolní orgány si tak musely při formulacích rozhodnutí vypomáhat právní zásadou „Ignorantia iuris non excusat“, což v počátku nebylo pravidlem a značná část rozhodnutí tak byla napadnutelná.

Zákonodárce při tvorbě ust. § 6 odst. 2 zákona č. 254/2004 Sb., o omezení plateb v hotovosti a o změně zákona č. 337/1992 Sb., o správě daní a poplatků, ve znění pozdějších předpisů, ve znění před novelou také vůbec nerefletoval, že v českém právním prostředí je prosazena teorie objektivní odpovědnosti právnických osob. Navíc k typickým porušením povinností stanovené ZOPH patří platba nad limit, kdy příjemcem je právnická osoba (koupě automobilu v autobazaru, půjčky obchodním společnostem atd.). Pro kontrolní orgány tak bylo velmi obtížné prokazovat fakt, že právnická osoba musela vědět, že porušila zákon. Příliš tomuto stavu nepomohla ani právní teorie, která se štěpí na 2 koncepce odpovědnosti a to odpovědnost odpovědnosti individuální konkrétní fyzické osoby, která za právnickou osobu jednala a zavinila porušení jejích právních povinností a odpovědnost právnické osoby jako celku - otázka je, zda jí lze přičíst jednání nejen vedoucích členů, ale i řadových zaměstnanců. Pro větší zmatek judikoval Nejvyšší správní soud, že je nutno rozlišovat také odpovědnost právnických osob absolutní a objektivní na jedné straně a odpovědnost za zavinění na straně

³ Více viz. Rozehnal, T., Zákon o omezení plateb v hotovosti – aktuální problémy jeho aplikace, In MEKON 2008 – CD příspěvků X. mezinárodní konference Ekonomické fakulty VŠB – CU – TU Ostrava. 1. vydání .Ostrava : VŠB – TU Ostrava, 2008. ISBN 978-80-248-1704-0, 13.2.2008, Ostrava.

druhé⁴. Výsledek byl tedy takový, že jednotlivé případy byly posuzovány ad hoc a celá situace byla na hraně zásady právní jistoty a legitimního očekávání.

Dalšími nejasnosti plynuly z nepřiliš přesného znění ust. § 5 odst. 2 zákona č. 254/2004 Sb., o omezení plateb v hotovosti a o změně zákona č. 337/1992 Sb., o správě daní a poplatků, ve znění pozdějších předpisů, ve znění před novelou. Ten totiž odkazoval při provádění kontroly a ukládání pokut na postup dle procesních předpisů upravujících řízení ve věcech daní a poplatků a celní řízení, tedy typicky zákon č. 337/1992 Sb., o správě daní a poplatků, ve znění pozdějších předpisů (dále jen ZSDP). Bylo tedy sporné, zda postupovat dle ZSDP např. v případě řádných a mimořádných opravných prostředků či v případě aplikace institutu prominutí daně dle ust. § 55a ZSDP. Je možno se dále zmínit o problémovém ust. § 2 odst. 1 písm. b), kde je stanoveno, že poskytovatelem platby je pouze ten, kdo platbou uhrazuje závazek a také na povinnost platit bezhotovostně transakce přesahující hranici =15.000,-- EURO v průběhu jednoho kalendářního dne, což umožňuje účelové rozproštění platby do několika kalendářních dní.

Celkově je tedy možno konstatovat, že Česká republika učinila v boji s potlačováním šedé ekonomiky přijetím ZOPH významný krok kupředu. Faktem však také je, že ZOPH sám o sobě obsahuje jak celou řadu drobností, které jeho naplňování jeho účelu přinejmenším komplikují tak i významné nesrovnalosti v oblasti právní teorie, které v některých oblastech způsobují dokonce jeho paralýzu. Přes všechny problémy bylo na konec za rok 2007 zjištěno 1347 případů a celkově na pokutách vybráno =28.841.000,-- Kč⁵.

3. NOVELIZOVANÁ ÚPRAVA

Krokem kupředu (stejně jako u zákona č. 61/1996 Sb., který však byl celý zrušen a nahrazen novou úpravou) by měla být novela č. 308/2008 Sb., ze dne 17. července 2008, kterou se mění zákon č. 254/2004 Sb., o omezení plateb v hotovosti a o změně zákona č. 337/1992 Sb., o správě daní a poplatků, ve znění pozdějších předpisů. Zmíněná novela dle důvodové zprávy reaguje na neadekvátní současnou právní úpravu, která je důsledkem aplikace ZSDP a zavádí subsidiární aplikaci zákona č. 500/2004 Sb., správní řád, ve znění pozdějších předpisů.

Již z důvodové zprávy je tedy více než jasné, že dosavadní úprava řízení dozná velmi výrazných změn. Toto se také potvrzuje, když novela ruší ust. § 5 a 6 dosavadního zákona a nahrazuje je novým zněním a současně je do znění zákona přidán § 6a. Jak jsem již uvedl výše, znění ust. § 5 odst. 2 před novelou bylo v praxi pojmáno rozporuplně, když nebylo jasné zda aplikovat ZSDP na celé řízení či jen na jeho část. Nové znění daného ustanovení tuto problematiku vůbec nezmiňuje a upravuje přestupky fyzických osob.

Novelou totiž zákonodárce přechází na univerzální členění správních deliktů tak, jak je známo z odborné literatury, tedy:

- správně právní odpovědnost za přestupky
- správě právní odpovědnost za jiné správní delikty - disciplinární delikty

⁴ Viz. Rozsudek Nejvyššího správního soudu ze dne 22.3.2007, sp. zn. 4 AS 25/2006 – 65 , dostupný na www.nssoud.cz.

⁵ Viz. informace o činnosti české daňové zprávy za rok 2007, dostupné na <http://cfs.mfcr.cz>.

- pořádkové delikty
- jiné správní delikty fyzických osob
- delikty právnických osob
- správně právní odpovědnost podnikatelů.

Správně právní odpovědnost za přestupky je upravena v ust. § 5 ZOPH, správně právní odpovědnost za delikty právnických osob je současně se správně právní odpovědností podnikatelů upravena v ust. § 6 ZOPH.

Jelikož byl ze zákona záměrně vypuštěn odkaz na ZSDP, zároveň s ohledem na důvodovou zprávu a systematické členění nové úpravy, subsidiární použitelnost správního řádu pro správní řízení je nutno konstatovat, že se tento nově použije na řízení o porušení povinnosti provést platbu bezhotovostně. Výjimkou bude ust. § 5 ZOPH, kde se předpokládá aplikace zákona č. 200/1990 Sb., o přestupcích, ve znění pozdějších předpisů (dále jen zákon o přestupcích). Na druhou stranu je však také vhodné zmínit, že ust. § 6a odst. 5 ZOPH stanoví, že správní delikty podle tohoto zákona zjišťují při své činnosti územní finanční orgány a celní orgány, která pak dle odst. 6 také řízení vedou. Tyto orgány mají jako hlavní obor činnosti stanovenou správu daní a tato je obecně upravena ZSDP s tím, že správní řád se až na výjimky pro daňové řízení nepoužije. Existují totiž názory, které upozorňují na absenci jakéhokoliv odkazu na správní řád v ZOPH a zároveň opatrně podřazují pokutu uloženou za porušení povinnosti stanovené ZOPH pod obecnou definici daně (viz. ust. § 1 odst. 1 ZSDP). Je tedy možné, že v budoucnu se všeobecně rozšířený názor na aplikaci správního řádu, potažmo zákona o přestupcích přehodnotí.

Celkové rekonstrukce se dočkala možná výše ukládaných sankcí. V první řadě byl odstraněn problém, na který jsem upozorňoval výše a to minimální výše sankce. Nová úprava již nestanoví spodní hranici sankce a nově rozděluje vrchní hranici. Zatímco do účinnosti novely byl kontrolní orgán oprávněn udělit sankci do maximální výše =5.000.000,-- Kč, nyní lze tuto sankci uložit jen za spáchání správního deliktu právnické osoby či podnikatele. Pro spáchání přestupku je stanovena maximální hranice =500.000,-- Kč. Je tak sledován obecný trend, kdy na odpovědnost podnikatelů či právnických osob je pohlíženo poněkud přísněji, resp. požadavky kladené na jejich orientaci a znalost právních předpisů jsou vyšší.

V rámci řízení o přestupku má také správní orgán mnohem větší variabilitu při ukládání samotné sankce. Dle ust. § 11 zákona o přestupcích může správní orgán při ukládání přestupku volit mezi napomenutím, pokutou, propadnutím věci a zákazem činnosti, s tím, že poslední dvě uvedené se na řízení o bezhotovostních platbách nepoužijí. V rámci v teorii zdůrazňované preventivní funkce správně-právních sankcí je možno také upustit od potrestání, pokud samotné projednání přestupku je pro pachatele dostatečnou sankcí. Zákon o přestupcích také dostatečně formuluje skutečnosti, ke kterým je správní orgán při ukládání sankce povinen přihlížet. Jde o závažnost přestupku, způsob jeho spáchání a následky, okolnosti, za nichž byl spáchán, míra zavinění, pohnutky a osoba pachatele⁶. Znění zákona o omezení plateb v hotovosti před novelou nutilo správní orgán přihlížet pouze k závažnosti a následkům deliktu. Posun kupředu je také v možnosti využití institutu společného řízení, který je možno, resp. nutno aplikovat v případech, kdy jeden pachatel spáchá více časově,

⁶ Viz. ust. § 12 zákona o přestupcích.

místně a skutkové obdobné přestupky či více pachatelů spáchá tyto přestupky. Toto je praktické zejména v případech, kdy byl správní orgán nucen vydávat několik víceméně podobných rozhodnutí a docházelo tak v rozporu se zásadou hospodárnosti k zatěžování jak tohoto orgánu tak samotného adresáta. Místně příslušným k projednání přestupku je nově správní orgán, při jehož činnosti došlo k odhalení tohoto přestupku⁷. Problémem se může jevit krátká prekluzivní lhůta stanovená ust. § 20 zákona o přestupcích tak, že přestupek nelze projednat, uplynul-li od jeho spáchání jeden rok. Jelikož je věcná příslušnost k projednání přestupku stanovena ZOPH ve prospěch územních finančních orgánů a celních orgánů, budou tyto přestupky zjišťovat hlavně v průběhu daňových kontrol. Tyto jsou však časově (vzhledem k jejich četnosti a složitosti) náročné a objektivní prekluzivní lhůta je tak příliš krátká. V rámci řízení o řádném opravném prostředku je vhodné nově upozornit na rozdíl spočívající v suspenzivním účinku podaného odvolání oproti předchozí úpravě v ZSDP.

Je-li tedy pro fyzické osoby nepodnikatele stanoven jako primární procesní předpis zákon o přestupcích tak u subjektů se statusem právnické osoby a fyzických osob podnikatelů, kteří při své podnikatelské činnosti poruší povinnost stanovenou ZOPH bude primárním procesním předpisem správní řád. Na rozdíl od přestupků je odpovědnost za delikty zmíněných osob objektivní, tzn. za výsledek. Kromě možnosti svěření správnímu orgánu, který může, ale nemusí uložit sankci, je ust. § 6a odst. 1 ZOPH daná šance odpovědným subjektům k liberaci. Po úspěšné liberaci by mohla přicházet v úvahu odpovědnost jednotlivých zaměstnanců jako fyzických osob (dle zákona o přestupcích), jelikož by to byli s největší pravděpodobností oni, kteří by zcela excesivně vybočili ze svých povinností.

Pochopitelně v celém řízení je nutno postupovat dle správního řádu, což je obrovská změna oproti dosavadní úpravě. ZSDP je speciální normou, která by měla být šitá na míru svým způsobem specifického procesu výběru daně. S tím je spojena i odlišná úprava některých zásadních institutů. Krátce lze zmínit zejména jiný způsob zahájení řízení, dokazování, odlišné protokoly, jiné lhůty pro vydání rozhodnutí a jiné procesní úkony či v daňovém řízení neznámý institut přerušování řízení. ZSDP se bude aplikovat a to i pro řízení o přestupcích pouze na část vybírání a placení pokut a to s ohledem na znění ust. § 106 odst. 3 správního řádu. Konečně pro komparaci s řízením o přestupcích zmiňují, že při určení výše pokuty je správní orgán povinen přihlídnout ke způsobu spáchání správního deliktu, následkům a okolnostem, za nichž byl spáchán. Prekluzivní lhůty jsou stanoveny 1 rokem od dozvědění se správního orgánu o deliktu a 10 lety od jeho spáchání, tedy podstatně příznivěji z pohledu správního orgánu, než je tomu v řízení o přestupcích⁸.

4. ZÁVĚR

Závěrem je tedy možné poznamenat, že úprava zákazu plateb v hotovosti nad určený limit doznala zásadních změn. Nejvýznamnější se dotýkají změny procesních předpisů, dle kterých se v řízení postupuje. V samotné úpravě došlo ke změně prakticky pouze v úpravě sankčního systému, který nově (a konečně) respektuje základní správně-právní teorii. Z těchto změn plynou výhody zejména směrem k adresátům povinností stanovených ZOPH. Správní orgány, které v tomto řízení dosud postupovaly dle správního řádu, resp. zákona o přestupcích jen ve specifických situacích (pochopitelně principy dobré správy jsou a byly aplikovány bez ohledu na procesní předpis), budou nuceny k tomuto řízení postupovat dle jiné úpravy, což se může

⁷ Viz. ust. § 6a odst. 6 ZOPH.

⁸ Viz. ust. § 6a odst. 2 a 3 ZOPH.

v počátcích promítnout do efektivity jejich činnosti. Na druhou stranu ZOPH obsahuje dále celou řadu významných nedostatků, které znemožňují jeho bezchybnou aplikaci. Cílem zákonodárce by tak mělo být do budoucna tyto nedostatky odstranit tak, aby ZOPH spolu se zákonem č. 253/2008 Sb., o některých opatřeních proti legalizaci výnosů z trestné činnosti a financování terorismu, ve znění pozdějších předpisů tvořily účinnou zákonnou dvojici v boji s šedou ekonomikou.

Literatura:

- Rozehnal, T., Zákon o omezení plateb v hotovosti – aktuální problémy jeho aplikace, In: MEKON 2008 - CD příspěvků X. ročníku mezinárodní konference Ekonomické fakulty. VŠB - TU Ostrava. 1. vydání. Ostrava : VŠB - TU Ostrava, 2008, ISBN 978-80-248-1704-0, 13.2.2008, Ostrava.
- Vedral, J., Správní řád. Komentář. RNDr. Ivana Exnerová – BOVA POLYGON, Praha, 2006, ISBN 80-7273-134-3.
- Červený, Z. – Šlauf, V., Přestupkové právo. Komentář k zákonu o přestupcích včetně textu souvisejících předpisů. 13. aktualizované vydání. Linde Praha a.s., 2006, ISBN 80-7201-596-6.
- Průcha, P., Správní právo. Obecná část. Masarykova univerzita, Brno, 2001, ISBN 80-210-2763-0.

Kontaktní údaje na autora – email:
61238@mail.muni.cz

INTERDISCIPLINARITA VĚDNÍCH OBORŮ

MOJMÍR SABOLOVIČ

Právnická fakulta Masarykovy univerzity, Česká republika

Abstrakt

Cílem tohoto příspěvku je poskytnout stručný náhled na základní prvotní hybatele znalostního potenciálu současnosti, kterým je bezesporu interdisciplinarita vědních oborů. Předmětem je potom rozbor komparativní báze převoditelných jednotek mezi jednotlivými vědními obory. Základ tohoto řešení lze teoreticky nastínit přístupem modelování dynamických systémů, které vytváří potřebný komunikační kanál.

Klíčová slova

Interdisciplinarita, Modelování dynamických systémů, Sdílené jednotky, Synergie, Lagrangeova rovnice.

Abstract

The purpose of this article is a brief explanation of science branches' interdisciplinarity as a fundamental prime mover of knowledge potential nowadays. The subject is comparative basis analysis of shared unities over fundamental science branches. A dynamic system modeling is theoretically, also practically, observed communication interface among particular science branches.

Key words

Interdisciplinarity, Dynamic System Modeling, Shared Unities, Synergy, Lagrange Equation.

1. ÚVOD

V době turbulentního prostředí znalostní ekonomiky lze rekognoskovat v zásadě dva relevantní přístupy k obsahovému záměru výkonu nějaké činnosti (např. povolání právníka, vědeckého pracovníka, manažera či jakékoliv jiné činnosti). Jako interdisciplinární jsou v současné době označovány zejména vzájemné kombinace společenských věd. Např. za interdisciplinární ekonomiku je považována výrazná ingerence sociologie do ekonomických teorií. Tím ale, veškerá snaha zůstává někde na půli cesty. Ke skutečnému vzájemnému propojení totiž může dojít pouze pokud přestaneme opomíjet vědy exaktní. Je otázkou proč např. v právu, ekonomii či managementu nedochází k využívání velmi dobře propracovaného aparátu kvantitativních přístupů k řízení. Můžeme jenom odhadovat, že je toho příčinou nedostatečná znalost zejména matematické analýzy a z toho plynoucí nechuť, která je všeobecně akceptována.

Jednu názorovou skupinu tvoří zastánci úzké specializace na řešení konkrétního problému v daném oboru. Zdůvodnění a argumentace takového postoje vychází z exponenciální povahy růstu znalostí, které je nutné absorbovat pro dosažení vysokého stupně odbornosti a z rychlosti jejich změn a expanze v čase. V takto fungujícím prostředí potom jedinec de facto není schopen dosáhnout šíře okruhu zájmů tak jak je známe u renesančních osobností z historie (Pythagoras, Aristoteles, Da Vinci, Newton, Lagrange, De Descartes, Heidegger apod.). Není, jednoduše řečeno, v lidských silách možné se s takovým přetlakem bez podpůrných prostředků vyrovnat.

Druhá názorová skupina, jejíž paradigma jsme přijali jako nosné, vychází z názorů založených na předpokladu, že specializace je programově založena na interdisciplinaritě jako základním světovým názorem. Cílem tak potom, stejně jako v případě první názorové skupiny, není multidisciplinarity, ale naopak komplexnost založená na hledání synergie jako prvotního hybatele rozvoje partikulárních vědních oborů.

2. KOMPLEMENTARITA A SUBSIDIARITA VĚDNÍCH OBORŮ

Z historie doložené počátky vědní oborů mají bez pochyby totožný základ. Až následným vývojem došlo k nepochopitelné separaci a vzájemnému odcizení. Čistě teoreticky je tedy možné postupovat „od základu“ a dodatečně propojit jednotlivé subobory a vytvořit tak jednotný provázaný systém, který by umožňoval vzájemně sdílet a využívat znalosti¹.

Abychom uvedli naše myšlenky v život uvedeme příklad praktického vzájemného ovlivňování. O podniku v současnosti již nepovažujeme pouze v právním či neoklasickém ekonomickém pojetí. Tedy jako o právnické osobě vykonávající činnost za účelem dosažení zisku a o systému jehož pomocí lze transformovat vstupy na výstupy. Problematika je daleko složitější. Podnik je v současnosti považován za živý organismus a z ně je odvozováno nakládání s ním. Například veřejnosti dobře známá problematika učící se organizace. Jak lze potom vývoj takovéto organizace modelovat? Matematika zná tyto typy otázek již dlouho řadu odpovědí, které ovšem nejsou ekonomy a manažery využívány. V tomto konkrétním příkladě se jedná o využití např. umělé inteligence – expertních systémů a neuronových sítí.

Tímto příkladem jsme ukázali nezpochybnitelný axiom – vhodným spojovacím článkem s nejdelší tradicí je matematika a její další formy fundamentálních nadstavb zejména fyzika. Vracíme se tak exaktním vědám jejichž aparát je v historii rozpracován výrazně delší časové období.

Základními dorozumívacími prvky jsou matematické vztahy (např. rovnice a nerovnice) a matematické výrazy (např. dílčí zlomky). Formálně obecným vyjádřením matematických vztahů je veličinová rovnice. Takto formulovaný vztah není závislý na volbě jednotek, ve kterých jsou veličiny vyjádřeny za podmínek konzistence. Po dosažení konkrétních hodnot do rovnice získáváme rovnici číselných hodnot, tedy matematický vztah, který platí pouze a jen tehdy, vyjádříme-li veličiny v určených jednotkách.²

Jednou z mnoha možností, a dalo by se říci možností zcela rudimentální, je pokusit se vytvořit systém jednotek, který by sjednotil možnosti vzájemné komunikace mezi obory. Je ovšem zcela zřejmé, že se nelze vyhnout abstrakci, simplifikaci a modelování. Tento systém je v oblasti exaktních věd mezinárodně uznáván a v ČR osifikován od roku 1973.³

Pokusy o vytvoření interdisciplinárního oborového komunikačního rozhraní nejsou žádnou novinkou. Jako příklad můžeme jmenovat práce Doc. Barvíře⁴ z jehož koncepce vychází naše

¹ Ne že by k tomu v současnosti nedocházelo, ale narážíme na problémy čistě praktické a to zejména používání zcela odlišné terminologie pro tytéž věci („věc“ – krásný příklad předešlého; jak chápe věc právník, fyzik a filozof?).

² Juláková, E. Rovnice, jednotky a veličiny – jak s nimi?. In Chemické listy 99, str. 250 - 257, 2005.

³ Tamtéž.

⁴ Barvíř, M. Využití synergie v prognóze dynamických trajektorií. Online [cit. 1-10-20087]. Dostupné z: http://www.sweb.cz/Barvir.Miroslav/S7/Synergeticky_pristup.htm.

budoucí směřování. Autorem zpracované komunikační rozhraní je zcela signifikantní právě v exaktních oblastech, ale v oblasti věd společenských zůstává pouze u možných koncepčních námětů. Naším cílem je potom doplnit a rozpracovat v budoucím výzkumu tuto oblast a nabídnout ji odborné veřejnosti jako jednu z možných cest budoucího vývoje. Je samozřejmě jasné, že toto není možné v rozsahu tohoto příspěvku, proto se zaměříme na komparaci základních již zpracovaných oblastí, abychom vyvodily vědecké otázky pro naše další směřování.

Zobecněné souřadnice (Lagrange)	Mechanický translační systém		Výrobní systém		Finanční systém		Systém managementu		Právní systém	
	Součet sil $\sum F_i(t) - 0$	Jednotka Název	Součet výrobních sil $\sum F_i(t) - 0$	Jednotka Název	Součet finančních sil $F_r(t) - 0$	Jednotka Název	Součet řídicích sil $\sum F_w(t) - 0$	Jednotka Název	Součet právních sil $\sum F_p(t) - 0$	Jednotka Název
$Q(t)$	$F(t)$	N (Newton) síla	$F_v(t)$	$ksKz^{-1}$ měrná výr. síla	$F_F(t)$	KKz^{-1} měrná fin. síla	?	?	?	?
$q(t)$	$x(t) = v(t)$	rychlost	$g(t)$	ksT^{-1} produktivita	$S_r(t)$	KzT^{-1} kapitálový tok	?	?	?	?
$q(t)$	$k(t)$	výchylka	$q(t)$	ks produkt	$q(t)$	Kz kapitál	?	?	?	?
$k(t)$	$k(t)$	hybnost	$k_r(t)$	$ksTKz^{-1}$ výrobní hybnost	$k_r(t)$	$KTKz^{-1}$ finanční hybnost	?	?	?	?
M	M	kg hmotnost	M_v	$ksTKz^{-2}$ výrobní inerce	M_F	KT^2Kz^{-1} finanční inerce	?	?	?	?
B	B	disipační koef.	B_v	$ksTKz^{-2}$ výr. dissip. koef.	B_F	$KTKz^{-2}$ fin. dissip. koef.	?	?	?	?
D	D	direktivní koef.	D_v	$ksKz^{-2}$ měrné náklady	D_F	KKz^{-2} měrné náklady	?	?	?	?

Tabulka 1: Analogie vybraných systémů⁵

Jak lze z tabulky 1 vyvodit, klademe si do budoucna právě vytvoření potřebného komunikačního rozhraní na bázi převoditelných veličin a jednotek, které jsou označeny otazníkem.

3. SYNERGIE JAKO ZDROJ TVORBY HODNOTY

Synergii můžeme obecně chápat jako spojování, jejímž účelem je vyšší stupeň uspokojení užítku. Převedeno na příklad ekonomický – zvýšení výnosů. Na synergii je založena samotná myšlenka prolínání vědních oborů. Tak je nutné ji tedy chápat. Spojovat a transferovat to co je účelné. Vzájemné přínosy ze synergie mezi znalostmi jednotlivých oborů lze vyjádřit následujícím vztahem:

$$\Delta I = P_{AB} - (P_A + P_B) + P_B - N_B$$

Rovnice 1 Hodnota tvořená synergii

- ΔI , užitek plynoucí z akvizice znalostí jiného oboru
- P_A , užitek akvizitéra A
- P_B , původní užitek znalosti B
- P_{AB} , užitek akvizice AB
- N_B , hodnota užítku B

Samostatnou velmi zajímavou otázkou je hledání zdrojů vzájemné synergie. Odpověď však nelze v žádném případě paušalizovat bez analýzy výchozího stavu před akvizicí a po akvizici. Aniž bychom si synergie v praxi explicitně uvědomovali implicitně je vždy nutné je využívat. Konkrétním příkladem může být využívání znalostí ekonomiky a managementu v případě právních profesí. Má právník důvod vynakládat náklady na poradenskou firmu, když je schopen provést např. právní řešení fúze a po doplnění znalostí taktéž řešení účetní i ekonomické? Zdrojem přínosů vzájemné synergie oborů je potom prostá úspora transakčních nákladů.

Barvův synergický přístup při volbě optimálního řízení shrnuje do následujících předpokladů:⁶

1. charakteristika a popis chování dynamického systému
2. počáteční podmínky v okamžiku připojení pozornosti pozorovatele
3. určení očekávaného dynamického stavu na konci pohybu v čase a souřadnicích
4. volba jedno či víceparametrického kritéria pohybu

⁵ Modifikace dle Barvů

⁶ Barvů, M. Využití synergie v prognóze dynamických trajektorií. Online [cit. 1-10-20087]. Dostupné z: http://www.sweb.cz/Barvir.Miroslav/S7/Synergeticky_pristup.htm

5. způsob dynamického působení na změnu trajektorií

- spojité řízení přípustným řízením
- diskrétní řízení přípustným řízením
- změna dynamických vlastností systému
- změna disipace v systému, zavedení nelinearit

Tento přístup využívá oblasti teoretické kybernetiky, konkrétně řízení dynamických systémů. Řešení lze nalézt řadou způsobů, přičemž za nejvhodnější způsob lze považovat řešení, které nabídl Lagrange ve své rovnici založené na rovnováze energetických systémů:

$$\frac{d}{dt} \left[\frac{\partial E_K(t)}{\partial q'(t)} \right] - \frac{\partial E_K(t)}{\partial q(t)} = \frac{\partial N(t)}{\partial q'(t)} - \frac{\partial R(t)}{\partial q'(t)} - \frac{\partial E_P(t)}{\partial q(t)}$$

Rovnice 2 Lagrangeova rovnice (1)

- $E_K(t)$ kinetická energie systému [J]
- $E_P(t)$ potenciální energie systému [J]
- $N(t)$ dodávaný výkon systému [W]
- $R(t)$ dissipiační výkon systému [W]

$$Mq''(t) + Bq'(t) + Dq(t) = F(t)$$

Rovnice 3 Lagrangeova rovnice (2)

- $M(t)$ zástupná inerce systému
- $B(t)$ dissipiační konstanta
- $D(t)$ zástupná direktivní konstanta
- $Q(t)$ zobecněná vstupní síla
- $q'(t)$ zobecněná rychlost systému
- $q(t)$ zobecněná výchylka systému

Detailní výklad není cílem tohoto příspěvku čili se musíme smířit s konstatováním, že se jedná zcela standardní řešení optimalizace v exaktních vědách, které je ovšem z nepochopitelných důvodů pouze okrajově využíváno (např. v ekonomii jako jednoparametrické rovnice maximalizace zisku využívané již ve dvacátých letech minulého století).⁷

V oblasti exaktních se jedná o záležitost poměrně standardní. Jinak je tomu však u vědních oborů společenských a my si klademe do budoucna obtížný úkol pokusit se právě tyto dvě oblasti účelně a efektivně propojit. Na řadě zahraničních univerzit jsou tyto na první pohled nesjednotitelné a vzájemně nesrozumitelné oblasti velmi efektivně propojeny ve fungující systém, který je aplikován na konkrétní praktické situace. Jako příklady můžeme uvést využívání zpětnovazebních kvantitativních dynamických zpětnovazebních systémů v managementu veřejné správy v Itálii a modelování rozhodovacích procesů na základě teorie dynamických systému v právní praxi v Nizozemsku.

4. ZÁVĚR

Obsahovým záměrem toho příspěvku bylo provedení krátkého teoretického exkurzu přístupu řízení dynamických systémů, který považujeme za základ vzniku interdisciplinární platformy sdílení znalostí dílčích vědních oborů. Cílem našeho budoucího výzkumu bude vytvoření konzistentního převodního systému jednotek s cílem, a to je nutné obzvláště akcentovat, praktické využitelnosti při sdílení, využívání a vzájemné synergii znalostí na první pohled velmi vzdálených oborů lidské činnosti.

Literatura:

- Barvíř, M. Využití synergie v prognóze dynamických trajektorií. Online [cit. 1-10-20087]. Dostupné z: http://www.sweb.cz/Barvir.Miroslav/S7/Synergeticky_pristup.htm
- Juláková, E. Rovnice, jednotky a veličiny – jak s nimi?. In Chemické listy 99, str. 250 - 257, 2005.

Kontaktní údaje na autora – email:

mojmir.sabolovic@law.muni.cz

JAK SE DANÍ ŠTĚSTÍ (DAŇOVÁ ÚPRAVA OBLASTI LOTERIÍ, HER A SÁZEK)

ALENA SALINKOVÁ

Právnická fakulta Masarykovy univerzity, České republika

Abstrakt v českém jazyce

Článek je věnován problematice zdaňování výher. Ne každá výhra je předmětem zdanění – záleží totiž na jakém základě, v jaké hře nebo sázce se výhry uskutečnily. Příspěvek pojednává nejen o zdaňovacích přístupech, rozděluje výhry podle možnosti zdanění, vyjmenovává zákony, které tuto problematiku regulují, nebo se jí dotýkají, ale také nastiňuje budoucí vývoj v této oblasti.

Klíčová slova v rodném jazyce

Zdanění výher, daň z příjmu, výhry uskutečňované na nepodnikatelském základě, výhry uskutečňované na základě povolení podle loterijního zákona.

Abstract

The main aim of the article is to look into a problem of winning tax. Not every winning is object of taxation – it depends on in what principle, in what gambling or betting were the winnings realized. The article discusses not only approach to taxation, it divides winnings according to taxation options, it enumerates acts regulating this dilemma or covering it, and it also outlines the prospective progress in this sphere.

Key words

Winning tax, income tax, winning realized on non-enterprise principle/base, winning realized on licensed base according to Act of Portery.

1. ZDAŇOVACÍ PŘÍSTUPY

Oblast sázek a her je daňovými zákony upravovaná jen v omezeném rozsahu. Zákonná konstrukce odvodu části výtěžku podle zákona č. 202/1990 Sb., o loteriích a jiných podobných hrách, v platném znění (dále jen „loterijní zákon“) ve velké míře přizpůsobuje aplikaci obecného daňového systému na tuto oblast. Na pojetí zdaňování výher lze pohlížet prostřednictvím dvou protichůdných zdaňovacích přístupů. Jeden z přístupů nahlíží na zdanění výher jako na dvojí zdanění. Sáží-li a hraje-li totiž účastník za své prostředky, daň je již jednou uhrazena - účastník povolené hry totiž svojí účastí dobrovolně přispívá na veřejně prospěšné účely, neboť část výtěžku za účastníka odvádí provozovatel. Druhý z přístupů se přiklání k dani z výhry proto, že stát umožňuje poplatníkovi riskovat a v případě štěstí získávat bezpracně finanční obnos. Zákon se prozatím přiklání spíše k prvnímu z těchto přístupů. Zdanění by pravděpodobně působilo kontraproduktivně, jelikož by se zájem o účast ve hře snížil. Navzdory tomu existují případy, kdy právo podrobuje obecnému daňovému režimu příjmy získané v souvislosti se sázkami a hrami.

Zákon č. 586/1992 Sb., o daních z příjmů, v platném znění (dále jen „o daních z příjmů“) zařazuje v § 10 odst. 1 písm. h) „výhry v loteriích, sázkách a jiných podobných hrách a výhry

z reklamních soutěží a slosování“ mezi tzv. ostatní příjmy. Z dané formulace vyplývá, že do ostatních příjmů patří jak výhry ze sázek a her uskutečněných podle zákona č. 40/1964 Sb., občanského zákoníku, v platném znění, na nepodnikatelském základě, tak i podle loterijního zákona.

Výhry z loterií a jiných podobných her lze rozdělit, a to podle toho na jakém základě byly uskutečněny. Můžeme je rozdělit následovným způsobem:

- výhry z loterií a jiných podobných her provozovaných na základě povolení podle loterijního zákona nebo podle podobných předpisů vydaných ve státech Evropské unie a dalších státech, které tvoří Evropský hospodářský prostor
- výhry ze smluv o sázce nebo hře uskutečněných na nepodnikatelském základě nebo na podnikatelském základě uskutečněných v jiných zemích, než v státech Evropské unie nebo dalších státech tvořících Evropský hospodářský prostor
- výhry z veřejné soutěže, reklamní soutěže nebo z reklamního slosování

Na výhry z loterií a jiných podobných her provozovaných na základě povolení podle loterijního zákona nebo podle podobných předpisů vydaných ve státech Evropské unie a dalších státech, které tvoří Evropský hospodářský prostor, se podle § 10 odst. 3 písm. b) zákona o daních z příjmů vztahuje osvobození od daně z příjmu. Pokud tedy výhra pochází z aktivity upravované loterijním zákonem, pak je výhra čistým příjmem pro poplatníka. Příjmy z výher v loteriích se v České republice nezapočítávají ani do příjmů, z nichž se posuzuje nárok na státní sociální dávky.

Podobně také příjmy ze všech vsazených částek ze všech poplatníkem provozovaných loterií a jiných podobných her povolených na základě loterijního zákona jsou podle § 19 odst. 1 písm. g) zákona o daních z příjmů, osvobozeny od daně. Od daně z příjmu jsou také osvobozeny podle § 19 odst. 1 písm. ch) zákona o daních z příjmů, příjmy poplatníků, kteří nejsou založeni nebo zřízeni za účelem podnikání, které jim plynou jako odvod části výtěžku loterií a jiných podobných her.

Výhry ze smluv o sázce nebo hře uskutečněných na nepodnikatelském základě nebo na podnikatelském základě uskutečněných v jiných zemích, než v státech Evropské unie nebo dalších státech tvořících Evropský hospodářský prostor, dani z příjmu podléhají. Podle § 36 odst. 2 písm. k) zákona o daních z příjmů je zvláštní sazba daně z příjmů plynoucích ze zdrojů na území České republiky pro poplatníky 15% (od 1.1.2009 pak 12,5%) z výher a cen v loteriích a jiných podobných hrách, s výjimkou výher a cen z loterií a jiných podobných her provozovaných na základě povolení vydaného podle loterního zákona. Na výhry ze smluv o sázce nebo hře uskutečněných na nepodnikatelském základě pouze podle občanského zákoníku je nutno uplatnit obecnou sazbu daně z příjmů fyzických osob podle § 16 zákona o daních z příjmů, která činí 15% (od 1.1.2009 pak 12,5%, do 31.12.2007 to bylo 20%).

Ustanovení § 4 odst. 1 písm. f) zákona o daních z příjmů stanoví, že od daně jsou osvobozeny ceny z veřejné soutěže, z reklamní soutěže nebo z reklamního slosování v hodnotě nepřevyšující 10.000,- Kč, pokud se nejedná o spotřebitelskou loterii podle loterního zákona. Toto ustanovení je trochu problematické; není totiž jasné, zda pojem „spotřebitelská loterie“ míří pouze na zakázané spotřebitelské loterie, nebo zda pokrývá i dovozené spotřebitelské soutěže. Dále lze uvažovat o tom, zda mají být výhry ze spotřebitelských soutěží pro účely zdanění považovány za hry provozované na základě povolení dle loterního zákona ve smyslu

§ 10 odst. 3 písm. b) o daních z příjmů, jejichž výhry jsou od daně z příjmu osvobozené v plném rozsahu. Spotřebitelské soutěže totiž podléhají pouze ohlašovacímu režimu, bylo by teoreticky možné slovní spojení „na základě povolení podle zvláštních předpisů“ obsažené v ustanovení § 10 odst. 3 písm. b) zákona o daních z příjmů s odkazem na loterní zákon, vykládat ve smyslu „umožňované na základě loterního zákona“, a zúžit tak charakter vzniku oprávnění. Proti takovému výkladu, který by dovedl úplné daňové osvobození výher ze spotřebitelských soutěží, však stojí argument, že provozovatelé těchto spotřebitelských soutěží na rozdíl od provozovatelů jiných her neodvádějí část výtěžku na veřejně prospěšné účely, a osvobození by tedy nebylo odůvodněné.

Pod pojem „reklamní soutěže“ ve smyslu § 4 odst. 1 písm. f) zákona o daních z příjmů lze zařadit i soutěže kdy se hodnotí schopnosti, dovednosti, znalosti, výkon hráče apod. V této souvislosti je potřeba podotknout, že hranici hodnoty 10.000,- Kč vykládá praxe jako zdanění nejen nad tuto částku, ale zdanění celé částky výhry, pokud je vyšší než uvedený limit. Toto řešení není příliš logické, protože je samozřejmě vhodnější vyhrát devět tisíc namísto jedenácti. Výhry v hodnotě nad 10.000,- Kč jsou také zdaňovány zvláštní sazbou daně ve výši 15% podle § 36 odst. 2 písm. b) zákona o daních z příjmů.

Tuto daň sráží a finančnímu úřadu odvádí plátce (provozovatel soutěže). Výherce pak obdrží čistou částku sníženou o tuto daň.

V praxi se však výherce může setkat i se situací, že mu provozovatel soutěže vyplatí celou částku výhry a upozorní ho, že ji musí zdanit. Někdy se provozovatel svoji daňovou povinnost snaží obejít různými prohlášeními, že výhru vyplácí nezdaněnou apod. V takovém případě by měl být poplatník (provozovatel) upozorněn na jeho povinnosti při uplatňování zvláštní sazby daně. Pokud ani v tomto případě neodvede daň prostřednictvím zvláštní sazby daně, měl by výherce výhru zdaňovat sám v daňovém přiznání.

Co se týče zdanění věcných cen, to je poněkud komplikovanější než zdanění výhry v podobě finanční částky. Z pohledu provozovatele je tento případ mnohdy i méně nákladný, často jsou totiž předmětem výhry produkty vyráběné provozovatelem. Použije se tentýž postup jako u peněžní výhry, kde lze jednoduchým způsobem srazit 15 % a uhradit je finančnímu úřadu. Z věcné výhry, kterou výherce získá logicky nelze patnáct procent žádným úkonem srazit. Postupuje se tedy tak, že když například vyhraje dvanáct tisíc korun tvoří pro účely daně těchto dvanáct tisíc korun 85 % a provozovatel musí dopočítat hodnotu v Kč těch zbývajících patnácti. Daň, kterou musí zaplatit provozovatel tedy činí 1.800,- Kč.

Zvláštním případem jsou tzv. pravidelné výhry s charakterem podnikání. Výhry v soutěžích, které se stávají opakovanými mají charakter podnikání, typicky u sportovců (a to bez ohledu na výši výhry), jsou příjmy ve smyslu § 7 zákona o daních z příjmů (příjem z podnikání a jiné samostatně výdělečné činnosti). Daňový režim je v tomto případě stejný jako u běžných živnostníků. Jde o zdanitelný příjem bez ohledu na jeho výši a vůči němu lze obvyklým způsobem uplatňovat související výdaje. Za zdaňovací období takový profesionál podává daňové přiznání a vypočítaný základ daně slouží také jako podklad pro výpočet odvodů na zdravotní a sociální pojištění.

2. VÝHRY A DPH

Zákon č. 235/2004 Sb., o dani z přidané hodnoty, ve znění pozdějších předpisů, se v § 51 dotýká oblasti sázek a her – stanoví, že provozování loterií a jiných podobných her je osvobozeno od daně bez nároku na odpočet daně. Ustanovení § 60 téhož zákona specifikuje,

že provozováním loterií a jiných podobných her pro účely zákona o dani z přidané hodnoty se rozumí provozování loterií a jiných podobných her, s výjimkou služeb souvisejících s jejich provozováním zajišťovaných pro provozovatele jinými osobami.

Do 1.1.2005 byly od daně z přidané hodnoty bez nároku na odpočet daně osvobozeny některé druhy loterií a jiných podobných her podle loterijního zákona. U ostatních her měli provozovatelé právo na odpočet daně. Uvedeným dnem došlo k zániku odpočtu daně, což výrazně zatížilo některé provozovatele. Proto byla na jaře roku 2006 přijata novela zákona o dani z přidané hodnoty, která měla za cíl navrátit původní stav. Platnost této novely je ze strany některých složek státu zpochybňována a na tuto věc neexistuje jednotný pohled.

3. VÝHRY A SPOTŘEBNÍ DAŇ

Zákon č. 353/2003 Sb., o spotřebních daních, ve znění pozdějších předpisů, stanoví v § 113, že tabákové výrobky se nesmějí stát výhrou v loterii nebo v podobné sázkové hře. Toto ustanovení tedy neupravuje daňovou povinnost nebo osvobození od daně, ale modifikuje okruh předmětů výhry podle loterního zákona. Toto ustanovení se vztahuje i na věcné loterie a tomboly.

4. VÝHRY A ESD

Problematika výher se objevuje i v evropsko-právním prostředí. Zajímavé případy řešil i Evropský soudní dvůr; jedním z nich je rozsudek Lindman (C-42/02; 13. listopad 2003). Paní Lindaman, finská občanka, vyhrála na základě loterie 1.000.000,-SEK. Los zakoupila během svého pobytu ve Švédsku. Táto výhra byla finským státem považována za vydělaný příjem podléhající dani z příjmu. Pani Lindman se odvolala proti tomuto vyměření daně a v důsledku toho Evropský soud konstatoval, že článek 49 smlouvy o založení evropského společenství („SES“) zakazuje právní úpravu členského státu, podle které výhry z her šance organizovaných v jiných členských státech jsou považovány za příjem výherce podléhající dani z příjmu, zatímco výhry z her šance pořádaných v daném státě nejsou zdanitelné.

5. VÝHRY V SOUČASNOSTI A VIZE DO BUDOUCNOSTI

V Česku jsou tedy výhry z loterií, sázek a podobných her od daně z příjmů opravdu osvobozeny. Příjmy z výher v loteriích se v ČR nezapočítávají ani do příjmů, z nichž se posuzuje nárok na státní sociální dávky.

Výhra v loterii nemusí být od roku 2010 tak lákavá jako nyní. Stát totiž chystá novinku, a to zdanění výher. Ten, kdo by vyhrál, musel by sumu zanést do svých příjmů a řádně ji zdanit. S touto novinkou počítá návrh zákona o daních z příjmu pro rok 2010, který dokončilo Ministerstvo financí ČR a který v současnosti prochází připomínkovým řízením. Sázkové kanceláře se proti plánům ministerstva bouří - nikde v Evropě totiž výhry zdaněné nejsou. Marek Herman, výkonný ředitel Asociace provozovatelů kurzových sázek uvedl, že zdanit výhry se dříve snažili například na Slovensku, ale upustili od toho. Ukázalo se totiž, že jakékoli omezení vede k dramatickému poklesu zájmu o oficiální hry a loterie. A tím by na tom tratil i stát. Z provozování loterií a jiných podobných her, totiž provozovatelé odvádějí daně, poplatky, odvody a z každé hry plyne i výtěžek na veřejně prospěšný účel.

V současné době se připravuje novela, resp. nový zákon, který bude upravovat oblast loterií, her a sázek, lze proto předpokládat, že v této souvislosti bude přizpůsoben (změněn) i způsob zdaňování v této oblasti.

Literatura:

- Kramář, K., Hušák, A. Herní právo. Plzeň: Aleš Čeněk, 2006, 181 s., ISBN 80-86898-80-6
- Šindelka. Jsou výhry osvobozeny od daně? [citováno 01.02.2008]. Dostupný z: <http://www.finance.cz/zpravy/finance/32818-jsou-vyhry-osvobozeny-od-dane-/>.
- Malast, J., Rajchl, J. Soudní judikatura v oblasti herního práva. Plzeň: Vydavatelství a nakladatelství Aleš Čeněk, 2007, 460 s., ISBN 978-80-7380-062-8.
- Luňáková, Z. Z výher z loterií se chce radovat i stát zdaní je. [citováno 01.11.2008]. Dostupný z: <http://www.finance.cz/zpravy/finance/51876/>.
- Zdražil, V. U kterých výher neuniknete dani a kdy musíte dokonce danit sami. [citováno 01.02.2008]. Dostupný z: <http://www.bankovnipoplatky.com/dokumenty/u-kterych-vyher-neuniknete-dani-a-kdy-musite-dokonce-danit-sami-3601/>.

Kontaktní údaje na autora – email:

asalinkova@post.cz

MEZINÁRODNÍ SPOLUPRÁCE PŘI VYMÁHÁNÍ NĚKTERÝCH FINANČNÍCH POHLEDÁVEK – PRAKTICKÉ ASPEKTY

PETRA SCHILLEROVÁ

Právnická fakulta Masarykovy univerzity, Česká republika

Abstrakt v rodném jazyce

Mezinárodní spolupráce při vymáhání některých finančních pohledávek vznikla především za účelem potírání účelného vyhýbání se placení daňových nedoplatků. Řešením takových případů může být spolupráce jednotlivých daňových správ. Jednotlivé národy však mají jinou národní historii, různé zvyklosti, jiný úřední jazyk, ale především jiný právní systém.

Státy EU si proto podrobná pravidla pro vymáhání pohledávek v mezinárodním měřítku stanovila v příslušných směrnících. Tyto směrnice bylo nutné implementovat do jednotlivých právních systémů. ČR přejímá systém mezinárodní pomoci při vymáhání finančních pohledávek i do svého právního řádu.

Klíčová slova v rodném jazyce

Mezinárodní spolupráce při vymáhání finančních pohledávek, Předmět vymáhání, Formy spolupráce, Praktická hlediska spolupráce při vymáhání.

Abstract

International cooperation in the Czech Republic is on the birth in the fight against enforcement of financial claims. The exchange of information between foreign tax authorities aids in locating a large quantity of tax data which the authorities by themselves would be incapable of uncovering without foreign assistance.

The matters with which I have concerned myself in this paper definitely warrant further exploration and monitoring of their continuing development. Practice and getting new pieces of knowledge from foreign tax authorities can improve international enforcement of financial claims.

Key words

International cooperation in enforcement of financial claims, Object of enforcement, Forms of cooperation, Practical aspects of cooperation of enforcement.

1. ÚVOD

Mezinárodní spolupráce při vymáhání některých finančních pohledávek vznikla především za účelem potírání účelného vyhýbání se placení daňových nedoplatků.

V případě, že daňový dlužník opustí ČR bez zaplacení svých daňových povinností či vznikne zahraničnímu daňovému subjektu daňový dluh v ČR, jsou prostředky k vymáhání takovýchto daňových dluhů značně omezené.

Řešením takových případů může být spolupráce jednotlivých daňových správ. Jednotlivé národy však mají jinou národní historii, různé zvyklosti, jiný úřední jazyk, ale především jiný právní systém.

Státy EU si proto podrobná pravidla pro vymáhání pohledávek v mezinárodním měřítku stanovila v příslušných směrniciích. Tyto směrnice bylo nutné implementovat do jednotlivých právních systémů. ČR přejímá systém mezinárodní pomoci při vymáhání finančních pohledávek i do svého právního řádu.

Pokud by však ČR hodlala navázat spolupráci v oblasti vymáhání daňových pohledávek s nečlenskými státy EU, musí vždy uzavřít s danou zemí bilaterální dohodu, kde bude přesně stanoven okruh pohledávek, na které se mezinárodní pomoc vztahuje.

2. PŘEDMĚT VYMÁHÁNÍ

Poskytování součinnosti se týká pohledávek vzniklých z:

- přímých daní – daň z příjmů, daň z nemovitostí, daň dědická, daň darovací a daň z převodu nemovitostí;
- nepřímých daní – DPH, spotřební daně;
- náhrad, finančních podpor¹ a dalších opatření, které jsou součástí částečného nebo úplného financování Evropského zemědělského orientačního a záručního fondu, včetně částek, které mají být vybrány v souvislosti s těmito činnostmi;
- dávek a jiných poplatků stanovených v rámci Evropských společenství při organizaci společného trhu s cukrem;
- dovozních cel – také dovozní cla a poplatky s rovnocenným účinkem na dovoz a dále dovozní poplatky stanovené v rámci společné zemědělské politiky ES nebo podle zvláštních
- režimů, které se vztahují na některé zboží, které je výsledkem zpracování zemědělských produktů;
- vývozních cel – také vývozní cla a poplatky s rovnocenným účinkem na dovoz a dále dovozní poplatky stanovené v rámci společné zemědělské politiky ES nebo podle zvláštních režimů, které se vztahují na některé zboží, které je výsledkem zpracování zemědělských produktů;
- daní z pojistného – daněmi z pojistného se rozumí daně, které mají některou z forem vyplývající ze zmíněných směrnic EU. Česká republika daně z pojistného zavedeny nemá, tento druh příjmu je tudíž řešen v rámci daní z příjmů. Jako členský stát Evropské unie jsme povinni na základě požadavků jiných států pohledávky z daní, které jsou označeny jako daně z pojistného, na svém území vymáhat.
- úroků, pokut, penále a nákladů souvisejících s uvedenými pohledávkami.

Zákon č. 191/2004 Sb., o mezinárodní pomoci při vymáhání některých finančních pohledávek upravuje postup a podmínky, za kterých orgány České republiky poskytují, požadují nebo

¹ Zákon č. 256/2000 Sb., o Státním zemědělském intervenčním fondu a o změně některých dalších zákonů (zákon o Státním zemědělském intervenčním fondu).

přijímají mezinárodní pomoc při vymáhání některých finančních pohledávek na základě vzájemnosti a je plně slučitelný s právem Evropských společenství.

Příslušným orgánem pro účely mezinárodní spolupráce při vymáhání, jak v postavení žádajícího, tak v opačných případech, je MF ČR. Samotným uskutečňováním vymáhání či jiných úkonů souvisejících s mezinárodní pomocí při vymáhání však MF ČR může pověřit správce daně, kterého se dožádaná pomoc věcně dotýká. V evropské praxi se však osvědčil tzv. seznam kompetentních orgánů, ve kterém jsou uvedeny přímo úřady, které jsou pověřeny pro komunikaci se zahraničím dle jednotlivých druhů daní.

3. FORMY MEZINÁRODNÍ SPOLUPRÁCE

Spolupráci při vymáhání daňových pohledávek mezi státy EU, je možné provádět ve třech rovinách:

- Výměna informací
- Doručování písemností vztahujících se k vymáhání
- Vymáhání (zajištění) pohledávek

4. PRAKTICKÁ HLEDISKA

4.1 PŘENOS A NAKLÁDÁNÍ S INFORMACEMI

Veškerá komunikace týkající se sdělování a přijímání informací mezi Českou republikou a ostatními členskými státy Evropské unie probíhá elektronickou cestou prostřednictvím sítě CCN/CSI. Jedná se o chráněnou síť, která zajišťuje ochranu před neoprávněným přístupem k zasílaným informacím a zároveň nabízí větší operativnost ve vzájemné komunikaci mezi jednotlivými státy. Jelikož se jedná o chráněný přenos informací, přístup do této aplikace mají jen vybraní pracovníci příslušného odboru na ministerstvu.

Všechny písemnosti, exekuční tituly a s nimi související žádosti se však díky svému charakteru musí zasílat v klasické papírové podobě.

Přenos informací mezi jednotlivými úrovněmi české daňové správy bude prováděn prostřednictvím sítě FINet, která je zabezpečena podobným způsobem jako CCN mail.

Na informace sdělené příslušnému orgánu příslušným úřadem smluvního státu se vztahuje povinnost zachovávat mlčenlivost stanovená zvláštním právním předpisem, při dodržení dalších podmínek stanovených tímto zákonem.²

Informace, doklady a jiné písemnosti získané v rámci mezinárodní spolupráce mohou být předány pouze:

1. osobě, která je uvedena v žádosti,

² Ust. § 8 odst. 1 zákona č. 253/2000 Sb. o mezinárodní pomoci při správě daní, zvláštním předpisem je z. č. 337/1992 Sb., o správě daní a poplatků, ust. § 24.

2. pověřenému správci daně k provedení úkonů při uskutečňování mezinárodní pomoci a pouze k těmto účelům,
3. soudním orgánům jednajícím ve věcech, které se týkají vymáhání těchto pohledávek.

Každý stát zapojený do systému mezinárodní pomoci při vymáhání má vůči Evropské Komisi stanovenou ohlašovací povinnost týkající se určitých informací. Jedná se o to, že České republice vznikne povinnost každoročně sdělit Komisi informace o počtu žádostí o informace, doručení a vymáhání, a to jak zaslanych, tak i obdržených v předešlém roce. Další informace se týkají výše pohledávek, které byly předmětem mezinárodní pomoci při vymáhání, a vymožených částek.

Pro tento proces je opět předepsaná forma a vzor pro sdělování informací Evropské Komisi je uveden v příloze.

4.2 PROMLČENÍ A PREKLUZE

Úprava promlčecích nebo prekluzivních lhůt pro vymáhání pohledávek se řídí zákony dožadujícího státu. To znamená, je-li Česká republika požádána o vymáhání pohledávky, musí vždy zacházet s předmětnou pohledávkou, jako s pohledávkou vzniklou v jiném právním systému, který její vznik a zánik upravuje. Stejný režim platí i naopak, jestliže Česká republika bude žádat o vymáhání pohledávky v zahraničí, dožádaný stát poskytuje pouze součinnost a všechny úkony, které provede, budou mít vliv na běh promlčecích lhůt tak, jako by úkony byly provedeny v České republice.

4.3 ÚROKY A PENÁLE Z PRODLENÍ

V případě penále, pokut či úroků z prodlení, je tomu naopak. Ode dne účinnosti exekučního titulu se začínají poplatníci počítat penále a úroky z prodlení, které se řídí podle právních předpisů dožadovaného státu. Dlužník je tedy po dobu vymáhání povinen platit penále, které se mu vyměří podle § 63 zákona č. 337/1992 Sb., o správě daní a poplatků, v platném znění (dále jen „ZSDP“). Jedná se o penále za zpoždění úhrady dlužné pohledávky vypočtené podle § 63 odst. 2 ZSDP. Bude-li dlužníkovi povoleno posečkání nebo splátky, vymáhání se v souladu s § 73 odst. 9 ZSDP odloží a za dobu posečkání nebo splátek je dlužník povinen platit úrok vyměřený podle § 60 odst. 6 ZSDP. Současné uplatnění úroku a penále § 60 odst. 4 ZSDP nepřipouští.

Závěrem je nutno předeslat, že v souladu se zásadami mezinárodní pomoci při vymáhání, veškeré takto získané penále a úroky však společně s vymoženou částkou náleží dožadující straně.

Každá země má jinou právní úpravu uplatnění úroků a penále, což v praxi způsobuje řadu problémů.

Např. v ČR nemohou být současně uplatněny úroky a penále. Buď se hradí penále nebo úroky z posečkání, ale ve Švédsku se např. zase vůbec daňový nedoplatek nepenalizuje.

V žádném obecně závazném právním předpise není navíc výslovně zakotveno, že běh penále se v průběhu vymáhání daňových nedoplateků v zahraničí staví.

Pokusím se otázku penalizace přiblížit na konkrétním příkladě:

Daňový subjekt X opustí ČR bez zaplacení svých daňových povinností. Nejde-li správci daně žádným způsobem na českém území pohledávku vymáhat, zašle žádost o pomoc při vymáhání na příslušný orgán jiné země. V žádosti uvede její základní náležitosti (jméno subjektu, přesná adresa, číslo bankovního účtu, ...) a také částku, která má být získána spolu s předepsaným (vypočteným) penále.

Výjimku například tvoří Švédsko, které vůbec nepenalizuje. V tomto případě, pokud by ČR žádala Švédsko o pomoc při vymáhání, zaslala by v žádosti pouze částku, kterou potřebuje získat vymáháním a související penále by bylo dopenalizováno na českém území.

To jsou konkrétní poznatky, zjištěné praxí správců daně.

4.4 NÁKLADY VYMÁHÁNÍ

Mezinárodní pomoc při vymáhání pohledávek se provádí bezúplatně. Znamená to, že Česká republika neuplatňuje vůči státu, který o pomoc požádal, nárok na náhradu nákladů vynaložených v souvislosti s výkonem mezinárodní pomoci.

Úhradu nákladů spojenou s neoprávněným vymáháním pohledávky hradí vždy stát, který tuto skutečnost zavinil.

Jestliže tedy Česká republika zaviní neoprávněné vymáhání v zemi, kterou požádá o spolupráci, je povinna uhradit této zemi náklady spojené s odstraněním následků tohoto vymáhání a naopak.

Samozřejmě může nastat i situace, že vymáhání je velmi obtížné, způsobí vysoké náklady, nebo se může například týkat boje proti organizovanému zločinu. V takových případech se dotčené státy mohou na úhradě nákladů dohodnout sjednáním písemné dohody o úhradě nákladů. Návrh na sjednání takovéto dohody podává dožadovaný stát a dožadující orgán do dvou měsíců sdělí do jaké míry s návrhem souhlasí. Jestliže se státy na úhradě takto vzniklých nákladů nedohodnou, musí i přesto dožadovaný orgán ve své činnosti pokračovat.

4.5 ÚŘEDNÍ JAZYK

Evropská unie ctí právo členských států na respektování jejich úředního jazyka. V rámci systému mezinárodní pomoci při vymáhání musí tedy dožadující stát zajistit překlad všech dokumentů do úředního jazyka dožadované země. Zasílá-li Česká republika žádost do zahraničí musí nejen žádost, ale i všechny příslušné doklady předávat v úředním jazyce státu, který je žádán o spolupráci. Státům je však ponechána možnost na vzájemnou dohodu, v jakém jazyce si budou předmětné doklady předávat i vzájemně komunikovat.

4.6 SMĚNNÝ KURS

Výše pohledávky i výše s ní souvisejících úroků, penále, pokut a nákladů jsou v žádosti o vymáhání uvedené v měnách obou států, vyjádřené kurzem devizového trhu České národní banky, a to v den podpisu žádosti o vymáhání.

Pohledávka se vymáhá i převádí do zahraničí v české měně a považuje se za uspokojenou (bez ohledu na výši úroků, případně penále) v poměru částky vymožené k částce vymáhané

vyjádřené v české měně na základě směnného kurzu určeného podle zvláštního právního předpisu.³

4.7 PŘÍSLUŠNÝ BANKOVNÍ ÚČET

V souvislosti s obdržnými žádostmi ze zahraničí o mezinárodní pomoc při vymáhání se na příslušném FÚ zřídí depozitní účet zvláštní prostředky – mezinárodní pohledávky. Uvedený depozitní účet na kompetentním FÚ otevře ministerstvo vždy až v případě, kdy bude vymáhání dané pohledávky spadat do jeho místní příslušnosti. Na tomto depozitním účtu budou evidovány peněžité pohledávky a platby, které budou na základě zákona vymoženy orgány České republiky. Prostředky z tohoto účtu pak budou přímo zasílány do ostatních členských států EU. Za účelem převodu vymožených finančních prostředků ze zahraničí na základě zasílaných žádostí do zahraničí uvede místně příslušný FÚ ve své žádosti o mezinárodní pomoc číslo stávajícího účtu pro exekuce.

Informace o výši vymožených částek pro statistické účely nutné pro sdělování Evropské Komisi získá ministerstvo z odpovědi o výsledku vymáhání jak příslušného finančního úřadu tak zahraniční daňové správy.

4.8 PROCES ZASÍLÁNÍ ŽÁDOSTÍ O SPOLUPRÁCI

Proces zasílání žádostí o spolupráci z České republiky do zahraničí

Jednotlivé kroky procesu:

1. Místně příslušný správce daně zašle prostřednictvím příslušného FŘ žádost o spolupráci při vymáhání se zahraniční daňovou správou ministerstvu.
2. Ministerstvo zaeviduje tuto žádost do své elektronické evidence žádostí.
3. Pracovníci ministerstva překontrolují, zda žádost obsahuje všechny náležitosti:
 - a. minimální částka
 - b. vyplnění všech povinných položek
 - c. srozumitelnost
 - d. naléhavost
 - e. nařízení výkonu rozhodnutí
 - f. oprávněnost žádosti
 - g. podpis
4. V případě nutnosti požádá ministerstvo FÚ o doplnění chybějících informací.
5. Ministerstvo zajistí příslušný překlad žádosti.

³ §21 odst. 3 zákona č. 151/1997 Sb., o oceňování majetku a o změně některých zákonů, ve znění zákona č. 121/2000 Sb.

6. Ministerstvo žádost zašle příslušnému zahraničnímu orgánu a zaeviduje datum odeslání žádosti do zahraničí.
7. Ministerstvo obdrží potvrzení přijetí žádosti ze zahraničí.
8. Jestliže ministerstvo neobdrží do 6 měsíců zprávu o stavu šetření od zahraničního partnera, zašle upomínku.
9. Ministerstvo obdrží od zahraniční daňové správy finální výsledky šetření či informace o zaslání vymožené částky na příslušný bankovní účet určený FÚ.
10. Ministerstvo přeloží a přepošle výsledky šetření místně příslušnému správci daně.

Proces zasílání žádostí o spolupráci ze zahraničí do České republiky

Jednotlivé kroky procesu:

1. Ministerstvo zaeviduje přijetí žádosti od zahraniční daňové správy ve své elektronické evidenci.
2. Ministerstvo zajistí překlad žádosti.
3. Ministerstvo ověří všechny náležitosti žádosti:
 - a. kompetentní orgán
 - b. minimální částka
 - c. oprávněnost žádosti
 - d. srozumitelnost žádosti
 - e. číslo bankovního spojení
4. Ministerstvo určí místně příslušný FÚ.
5. Ministerstvo zadá pokyn ČNB k otevření účtu pro kompetentní FÚ.
6. Ministerstvo prostřednictvím FŘ zašle žádost kompetentnímu FÚ a dle zákonných opatření jej pověří k úkonům nezbytným pro splnění požadavků vyplývajících ze žádosti.
7. Ministerstvo zaeviduje datum odeslání.
8. Proběhne šetření či vymáhání pohledávky v rámci FÚ.
9. Jestliže ministerstvo neobdrží od FÚ odpověď do pěti měsíců ode dne potvrzení přijetí žádosti ze zahraničí na ministerstvo, zašle urgenci.
10. FÚ sestaví svou konečnou odpověď v dané věci dle vzorů odpovědí k jednotlivým druhům žádostí uvedených v příloze.
11. FÚ zašle ministerstvu odpověď a zároveň převede vymoženou částku na bankovní účet určený zahraniční daňovou správou.

12. Ministerstvo zajistí zaslání odpovědi do zahraničí.

5. ZÁVĚR

ČR se v současné době nachází v počáteční fázi zapojení se do systému mezinárodní pomoci při vymáhání daňových pohledávek. V EU je tento systém běžně využíván formou mezinárodní spolupráce jednotlivých daňových správ a nezřídka je výsledkem takovéto spolupráce dodatečné daňové inkaso jednotlivých státních rozpočtů. Jelikož se jedná o prakticky nový fenomén v ČR, bylo třeba, za účelem získání přehledu o časové náročnosti celé agendy, využít také poznatků zahraničních daňových správ.

Belgická daňová správa nám poskytla České republice velmi podrobné informace nejen o jejich praxi, ale také o objemu zaslanych i obdrzených žádostí týkajících se jednotlivých daní během ročního období. Během roku 2001 například přijali v souvislosti s přímými daněmi 574 žádostí a do zahraničí zaslali 1.121 žádostí. V oblasti DPH 169 žádostí souvisejících s vymáháním obdrželi a zaslali 288 žádostí.

Pouze praxí a získáním poznatků ze zahraničních daňových správ se může proces mezinárodní pomoci při vymáhání pohledávek stát dokonalejším a životaschopnějším systémem.

Literatura:

- Odborné konzultace na Ministerstvu financí České republiky v Praze.
- internetový portál MF ČR www.mfcr.cz.
- Mrkývka, P. a kol.: Finanční právo a finanční správa (1., 2. díl), Masarykova univerzita Brno, 2004, str. 119.

Právní předpisy:

- Směrnice Rady 2001/44/ES kterou se mění směrnice 76/308/EHS o vzájemné pomoci při vymáhání pohledávek vyplývajících z operací, které jsou součástí systému financování Evropským zemědělským orientačním a záručním fondem, zemědělských dávek a cel a s ohledem na daň z přidané hodnoty a některé spotřební daně.
- Směrnice Rady 2002/94/ES kterou se provádějí některá ustanovení směrnice Rady 76/308/EHS o vzájemné pomoci při vymáhání pohledávek týkajících se určitých dávek, cel, daní a jiných opatření.
- Zákon č. 191/2004 Sb. o mezinárodní pomoci při vymáhání některých finančních pohledávek, ve znění pozdějších předpisů.

Kontaktní údaje na autora – email:

petraschillerova@seznam.cz

THE CONCEPT OF “HUMAN RIGHTS” IN AUSTRIAN ECONOMICS

JOHAN SCHWEIGL

Právnická fakulta Masarykovy univerzity, Česká republika

Abstrakt v rodném jazyce

Autor tohoto článku představuje čtenáři přístup předního teoretika rakouské školy ekonomického myšlení, Murraye Rothbarda, k problematice základních lidských práv, především pak ke svobodě projevu. Autor poukazuje na Rothbardovo varování, že koncept lidských práv je mlhavý, pokud není striktně vázán na práva majetková. Dále autor ve svém článku načrtává i Jellinekovu „Statuslehre“, přičemž poukazuje na její smysl z pohledu rakouské ekonomické školy a v neposlední řadě načrtává i ekonomické aspekty lidských práv.

Klíčová slova v rodném jazyce

Rakouská ekonomická škola, Murray Rothbard, lidská práva, svoboda projevu, negativní práva, pozitivní práva, majetková práva, „Statuslehre“.

Abstract

Firstly, the author of this article provides the reader with professor Rothbard's (the principal theorist of Austrian Economics) approach to human rights, especially to “freedom of speech”. Secondly, the author emphasizes the Rothbard's assertion that the concept of “human rights” is ambiguous unless understood in terms of property rights. Further, the author pinpoints the Jellinek's “Statuslehre” and shows its importance from point of view of the Austrian Economics. Last but not least, he outlines the economic aspects or “human rights”.

Key words

Austrian Economics, Murray Rothbard, human rights, freedom of speech, negative rights, positive rights, property rights, “Statuslehre”.

1. HUMAN RIGHTS – RIGHTS OF ALL PEOPLE

If we talk about “human rights” we usually have in mind the basic rights and freedoms whereto all human beings are entitled. All these hardly definable rights arise from the fact that „human beings **were born** as human beings“. There is no additional need of acceptance of these rights by their holders, or any other act or process that would be necessary to “bring these rights into operation”. **But what should we imagine under the concept of “human rights” itself if we do not want to get on the field of “vagueness and contradictoriness”?**¹ The purpose of this article is to look at the human rights from the view of Austrian economic theory, especially from professor Rothbard's personal point of view and pinpoint the economic aspects of “human rights”.

2. MULTIPLE MEANINGS OF HUMAN RIGHTS

One can easily understand that “these rights derive from the inherent dignity of the human person” as the UN Covenant on Civil and Political Rights states in its preamble. Even the language of the Universal Declaration of Human Rights declares, that: “everyone is entitled to

¹ Rothbard, M. The Ethics of Liberty, New York : New York University Press, 1998, pg 152.

all the rights and freedoms set forth in this Declaration...” By virtue of these statements, one can easily link these rights to each and every individual. But we should take a closer look at content of some of these rights.

If we open The Universal Declaration of Human Rights, or the Covenant on Civil and Political Rights, or even the American Bill of Rights, we find a long list of human basic rights and fundamental freedoms. Just briefly: “right to dignity and privacy; right to the protection of the law against such interference or attacks; right to freedom of movement and right to leave any country; right to own property; right to freedom of thought, conscience and religion; right to freedom of opinion and expression; freedom of speech; right to freedom of peaceful assembly and association; or right to keep and bear arms”. I will not be trying to find all the bedrocks of all these rights, but I am going to provide reader with professor Rothbard’s approach to the concept of human rights understood as property rights.

3. ROTHBARD’S APPROACH TO “HUMAN RIGHTS”

3.1 “THERE ARE NO RIGHTS BUT PROPERTY RIGHTS”

Professor Rothbard, an American Scholar, Ludwig von Mises’ student and follower, one of the head-representatives of Austrian Economics, who is known by originating new “synthesis that combined themes from nineteenth-century American individualists with Austrian economics”,² contributed to worldwide discussions on many issues of legal theory, political philosophy, history and many other fields of social science. In respect to human rights, professor Rothbard came up with an approach whose aim is to show the concept of human rights as comprehensible and perspicuous, instead of ambiguous and vague. Rothbard’s idea is based upon the belief, that **“the only human rights, in short, are property rights.”**³ This idea might seem very strange on the surface but let’s try to listen and ponder over the following Rothbard’s reasoning.

Let’s start by explaining that property rights belong between human rights. First of all, Rothbard warns against the liberal dichotomy between human rights and property rights because the two are “inextricably intertwined; they stand or fall together”.⁴ In other Rothbard’s work, we can find this explanation: (1) the human rights and property rights are not only “fasten” together but all the property rights are also human rights; and (2) “in the most profound sense **are no rights but property rights**”.⁵ What does that all mean? Let’s take a look at Rothbard’s concept of property rights.

3.2 CONNOTATION OF PROPERTY RIGHTS

Generally, property right might be described as an authority to determine how a resource shall be used. A question: how an economic good becomes someone’s property or how it accrues to

² Gordon, D. Who is Murray Rothbard, Web: Ludwig von Mises Institute [cited on 15th of October 2008]. Available at: mises.org/pdf/whois/rothbard.pdf.

³ Rothbard, M. Men, Economy, and State; Power Market. AL, Auburn : Ludwig von Mises Institute, 3rd edition, 2004, pg. 1337.

⁴ Rothbard, M. For a New Liberty. Libertarian Manifesto. NY, New York : Macmillan publishing, Inc., 1978, pg. 42.

⁵ Rothbard, M. Men, Economy, and State; Power Market. AL, Auburn : Ludwig von Mises Institute, 3rd edition, 2004, pg 1337.

an individual (next to receiving a gift), could be answered by looking at John Locke's ideas "*... every man has a property in his own person. This nobody has any right to but himself. The labour of his body and the work of his hands, we may say, are properly his. Whatsoever, then, he removes out of the state that nature hath provided and left it in, he hath mixed his labour with it, and joined it to something that is his own, and thereby makes it his property. It being by him removed from the common state nature placed it in, it hath by this labour something annexed to it that excludes the common right of other men. For this labour being the unquestionable property of the labourer, no man but he can have a right to what that is once joined to...*"⁶

On the basis of these statements, Rothbard explained that human beings not only own their bodies but also own all fruits of their work. Further, he gave an example showing, that if a sculptor creates his "work of art", only he is entitled to own the product deriving from the ideas and from the effort he had given into it. In connection with this, Rothbard explains that there are three logical positions of determining the quality of ownership and these positions might be defined as it follows:⁷

1) sculptor, the creator of the work of art has all rights to his creations;

2) another man or group of men possess the above mentioned rights, i.e. the right has been expropriated by force without the sculptor's consent;

3) every person in the world owns and equal share in the product of sculptor's effort (communist approach).

Of course the first option is understood as the only acceptable one and professor Rothbard pinpoints two basic and crucial facts answering the question whether the artificer shall own all the outcomes of his or her work, or not:⁸

a) property rights accrue only to humans;

b) human right to life requires the right to keep what one has produced to sustain and advance life.

As we can see, the humans' skill and effort to create goods, or any other products (including services) is just an attribute whereto "human nature" itself tends. Trying to divide human beings from output of their work, or to be more precise, to deprive them of the ownership of their energy transformed into a product, would deny the "human nature". Rothbard himself supported this assertion in the following words: "*each individual, as a natural fact, is the owner of himself, the ruler of his own person. The "human" rights of the person that are defended in the purely free-market society are, in effect, each man's property right in his own being, and from this property right stems his right to the material goods that he has*

⁶ Lock, J. An Essay Concerning the True Original Extent and End of Civil Government. In Baker, E. Social Contract. New York : Oxford University Press, 1948, pg. 17-18. In Rothbard, M For a New Liberty. Libertarian Manifesto. NY, New York : Macmillan publishing, Inc., 1978, pg. 31.

⁷ Rothbard, M. The Ethics of Liberty. New York : New York University Press, 1998, pg 48.

⁸ Rothbard, M. Men, Economy, and State; Power Market. AL, Auburn : Ludwig von Mises Institute, 3rd edition, 2004, pg. 1337.

produced.”⁹ Rothbard’s conclusions are supported also by professor Weede: “*The concept of self-ownership clarifies the intimate connection between liberty and property. Ownership of the fruits of one’s labor is derived from self-ownership.*”¹⁰

As shown above, in Rothbard’s approach the connotation of property rights is very wide and is not limited to tangible things or intangible assets but is understood on a large scale as rights to own bodies and products of own endeavor. These rights are to be read as absolute, and as a matter of principle, shall not be restricted. Property rights are an inseparable component of human rights.

4. “HUMAN RIGHTS” AS PROPERTY RIGHTS

4.1 JELLINEK’S “STATUSLEHRE”

But let’s take a closer look at Rothbard’s ideas. Not only that property rights shall be understood as human rights but, as it has been already mentioned above, “the only human rights are property rights”. Therefore, according to Rothbard, all the rights that are entitled as “human” or “basic human” rights, have to be connected, somehow, to the property rights so the meaning of these rights does not get on field of “vagueness and contradictoriness”.¹¹

Let’s take as an example the “basic human right to freedom of speech” but before we do so, we should clear up the meaning of the concepts “right” or “freedom”. In general terms, the meaning of the word “freedom” can be understood contradictorily but I believe that the most compelling explanation wells up from professor Jellinek’s theory - “Die Statuslehre”. **Jellinek classified relationships between governments (in a broad sense) and individuals in four basic segments:**¹²

1) STATUS PASSIVUS – Jellinek understand this status as the cardinal one. Status passivus does not give an individual any rights but only duties, e.g. duty to go to army.

2) STATUS NEGATIVUS – might be defined as sphere of individual’s freedom where the government is restricted to intervene, i.e. the only duty of government is not to infringe with individuals rights (freedom of belief and religion).

3) STATUS POSITIVUS – defines rights that can only be exercised with a support of government and the government has to ensure an undisturbed enjoyment of the rights for the individual who is entitled to it, e.g. right to legal aid.

⁹ Ibid.

¹⁰ Weede, E. Human Rights, Limited Government, and Capitalism. Cato Journal, 2008, Volume 28, Nr1, pg 38-39. Available at: <http://www.cato.org/pubs/journal/cj28n1/cj28n1-3.pdf>.

¹¹ Rothbard, M. The Ethics of Liberty, New York : New York University Press, 1998, pg 152.

¹² Jellinek, G. System der subjektiven öffentlichen Rechte, 1919. In Heintzen, M. Freie Universität Berlin web: Vorlesung Staats- und Verfassungstheorie [cited on 28th October, 2008]. Available at: http://www.jura.fu-berlin.de/einrichtungen/we3/professoren/ls_heintzen/veranstaltungen/0203ws/Staatstheorie_Heintzen/221202ST AAT_Der_Staat_als_juristische_Person.pdf.

4) STATUS ACTIVUS – could be described as a status that provides an entitlement to every individual to participate in public matters, i.e. civil rights such as right to vote or run for a public office.¹³

Anglo-American scholars usually reduce the abovementioned summarization into two groups: **(1) negative rights** (protective); and **(2) positive rights** (entitlements).¹⁴ However, this brief summarization cannot be perfect: *“Admittedly this classification is not exhaustive. Some very important political rights cannot easily be classified as either negative or positive. The prime example is the right to vote. By and large, it is a positive right and it might contribute to the expansion of other positive rights. But the right to vote may also be used to protect negative rights and to throw socialists out of office.”*¹⁵

After reading Jellinek’s summarization we should ask ourselves whether we understand “freedom of speech” as a subject to (1) status negativus (freedom), or to (2) status positivus (right – entitlement), or (3) just as a hybrid sitting somewhere between those two poles.

4.2 AMBIGUOUSNESS SOLVED BY ASKING WHERE

According to Rothbard’s approach if we “boil down the human rights to property rights”¹⁶ the former lose their ambiguousness, and lack of clarity, as we can see it on the example of “freedom of speech”. The concept “freedom of speech” is understood very widely and contradictorily within foreign countries and sometimes even within courts of one particular country. Different point of view at the actual meaning “freedom of speech”, have policemen and judges on one side and accused persons on the other; or teachers and students; or employers and employees; or even lessors and lessees; and other members of human society. We evaluate the “breadth and depth” of “freedom of speech” either (1) by the interest we have; or (2) whether or not some kind of a so called “public interest” is involved. This fact raises a question: **How to avoid the polyvalence of the concept of “freedom of speech”?**

Professor Rothbard points out the importance of an enquiry: **WHERE?** Where can one exercise their “freedom of speech”? Where does a man have this right? **The questioning for a place or location is crucial.** Simply, we could say that one is entitled to exercise this right at a property he or she owns, leases, or is entitled to use. It is hard to imagine that one could “free speech” themselves in a place they occupy illegally. There is only a man’s property right: the right to do as he wills with his own or to make voluntary agreements with other property owners.¹⁷

The opposite approach would create problem of conflict of interests. In respect to “public interest” or “public good”, Rothbard gives us an example. In general terms, by looking at “freedom of assembly”, we have to ask whether or not, the meeting could infringe with

¹³ Ibid (all paragraph).

¹⁴ See: Filip, J., Svaton, J., Zimek, J. Zaklady statovedy. Brno : Masaryk University, 4th edition, 2006, pg 140.

¹⁵ Weede, E. Human Rights, Limited Government, and Capitalism. Cato Journal, 2008, Volume 28, Nr.1, pg 36. Available at: <http://www.cato.org/pubs/journal/cj28n1/cj28n1-3.pdf>.

¹⁶ Rothbard, M. Men, Economy, and State; Power Market. AL, Auburn : Ludwig von Mises Institute, 3rd edition, 2004, pg. 1338.

¹⁷ Ibid.

“public interest”, e.g. obstruct traffic. There have been a lot of theories trying to solve the problem of “conflict of fundamental rights”, or „conflict between individual’s rights and public interest“, a lot of limitation doctrines, etc, but let’s just try, for the purpose of this article, to ponder over Rothbard’s reasoning for a while. However, it might seem unorthodox.

If we tie the “freedom of speech” or “freedom of assembly” to property rights, or to be more precise, if we subsume these rights under the general property rights, the “conflict of interests” disappears. One would be allowed to express themselves on a property they own. This is not limited only to a land but shall be read as bought space in newspapers, or in TV. One could assemble with others on the land they own, rented, or were given. Rothbard sums his approach in the following words: *“In short, a person does not have a "right to freedom of speech"; what he does have is the right to hire a hall and address the people who enter the premises. He does not have a "right to freedom of the press"; what he does have is the right to write or publish a pamphlet, and to sell that pamphlet to those who are willing to buy it (or to give it away to those who are willing to accept it). Thus, what he has in each of these cases is property rights, including the right of free contract and transfer which form a part of such rights of ownership. There is no extra "right of free speech" or free press beyond the property rights that a person may have in any given case.”*¹⁸

5. CONCLUSION

Rothbard was primarily an economist and therefore his approach to human rights is very economical. As I have mentioned above, the Rothbard’s approach is also very unorthodox. In general terms, the today’s understanding of “human rights” derives from historical events, philosophic theories, religions, and many other preconditions. There is a set of human rights that are universally accepted and we all know that are of significant importance for human society. Despite not agreeing with some of Rothbard’s ideas, I have written this article because I believe that **some of his views might be helpful while solving “conflicts of interests” between fundamental human rights and while trying to understand the actual meaning of “freedom of speech”.**

Last but not least, I would like to pinpoint the economic nature of human rights. Let’s take as an example “freedom of speech” or “freedom of assembly”. Both, the newspaper space or time before a microphone at the podium or lands useable for meetings are **“scarce resources”** and Rothbard points out the “unseen” consequences of the scarcity: *“But since the use of the resource is free (costless), the demand for obtaining this time or space is bound greatly to exceed the supply, and hence a perceived "shortage" of the resource is bound to develop. As in all cases of shortages and of queuing up caused by low or nonexistent prices, the unsatisfied demanders are left with a feeling of frustration and resentment at not obtaining the use of the resource they believe they deserve.”*¹⁹

By virtue of these statements, Rothbard concludes that the appropriate and fair allocation of “human rights” can be done by using a price system. Because if we look closely at someone who would like to publish an article at newspapers, he or she **does not have a right** to have their article published. One can only request for newspaper space that might be “granted or denied” by the newspapers’ owner, or one can request to use microphone to “free speech”

¹⁸ Rothbard, M. The Ethics of Liberty, New York : New York University Press, 1998, pg 113-114.

¹⁹ Ibid. Pg. 116.

themselves but not require it due to their “right to free speech”.²⁰ The “free speech” clauses in constitutional documents shall be understood as a negative right, or under the meaning of Jellinek’s “status negativus” rather than being assigned to a group of “active rights” (entitlements). Simply, **“only when the right to free speech” is treated as a subdivision of property rights does it become valid, workable, and absolute.**²¹

Literatura:

- Filip, J. et al: *Základy státovědy*, Brno : Masaryk University, 4th edition, 2006, pg 266, ISBN: 80-210-4057-2.
- Gordon, D. Ludwig von Mises Institute web: Who is Murray Rothbard [cited on 26th October, 2008]. Available at: <http://mises.org/pdf/whois/rothbard.pdf>. Pg 4.
- Heintzen, M. Freie Universität Berlin web: Vorlesung Staats- und Verfassungstheorie [cited on 28th October, 2008]. Available at: http://www.jura.fu-berlin.de/einrichtungen/we3/professoren/ls_heintzen/veranstaltungen/0203ws/Staatstheorie_Heintzen/221202STAAT_Der_Staat_als_juristische_Person.pdf. Pg 13.
- Rothbard, M. *For a New Liberty. Libertarian Manifesto*. NY, New York : Macmillan publishing, Inc., 1978, Pg 341, ISBN: 0-02-074690-3.
- Rothbard, M. *Men, Economy, and State; Power Market*. AL, Auburn : Ludwig von Mises Institute, 3rd edition, 2004, pg 1441, ISBN: 0-945466-30-70.
- Rothbard, M. *The Ethics of Liberty*. New York : New York University Press, 1998, pg 308, ISBN: 0-8147-7506-3.
- Weede, E. *Human Rights, Limited Government, and Capitalism*. *Cato Journal*, 2008, Volume 28, Nr1, pg 18 (35-52), ISSN: 0273-3072.

Kontaktní údaje na autora – email:

johan.schweigl@post.cz

²⁰ Ibid.

²¹ Ibid.

INSTYTUCJONALNE ASPEKTY FINANSOWANIA OCHRONY ŚRODOWISKA W POLSCE

DOROTA STRUS

Akademia Podlaska, Instytut Administracji, Samorządu i Prawa, Polska

Proces finansowania wielu przedsięwzięć z zakresu ochrony środowiska to stale i szybko rozwijający się obszar działalności na rynkach finansowych. Warto dodać, iż wyniki jakie osiągnęła Polska w tym przedmiocie są konsekwencją utworzenia na początku lat dziewięćdziesiątych skutecznego i zintegrowanego systemu finansowania. Podstawę instytucjonalną tego systemu stanowią fundusze ochrony środowiska i gospodarki wodnej. Ważną rolę w tym procesie odgrywa również Bank Ochrony Środowiska, a także fundacje, których celem statutowym jest ochrona środowiska. Z uwagi na fakt, iż ochrona środowiska zwłaszcza w kontekście przywracania jego elementów do stanu poprzedniego jest działaniem bardzo kosztownym, stworzenie przez państwo instytucji współfinansujących wiele inicjatyw o charakterze proekologicznym z całą pewnością będzie przyczyniała się do zmniejszania, czy też jeżeli to możliwe do eliminowania negatywnych oddziaływań na środowisko. Należy zauważyć, iż fundusze ochrony środowiska i gospodarki wodnej są zaliczane do tzw. ustawowych instytucji ochrony środowiska. W niniejszym opracowaniu moja uwaga odnośnie tej instytucji została ograniczona do działalności Narodowego Funduszu Ochrony Środowiska i Gospodarki Wodnej oraz do funkcjonowania funduszy wojewódzkich. O przyznaniu funduszom takiego statusu wyraźnie stanowią przepisy ustawy z dnia 27 kwietnia 2001 roku- Prawo ochrony środowiska. Narodowy Fundusz Ochrony Środowiska i Gospodarki Wodnej został powołany do życia w 1989 roku w okresie burzliwych przeobrażeń ustrojowych i ekonomicznych w Polsce w sytuacji ogólnego braku środków finansowych nie tylko na ochronę środowiska, ale również na cele społeczne, kulturowe i rozwój nauki. Główną ideą towarzyszącą utworzeniu tej instytucji było odnalezienie właściwego sposobu umożliwiającego zahamowanie postępującej degradacji środowiska. Dokonano tego na skutek wydzielenia publicznych środków finansowych, a następnie skierowano je na wyraźnie sprecyzowane cele bezpośrednio związane z ochroną środowiska. Możliwość utworzenia Narodowego Funduszu w początkowym okresie transformacji społeczno- gospodarczej było możliwe dzięki poparciu wszystkich ugrupowań społecznych na rzecz działań związanych z ochroną środowiska. Ważnym argumentem była również realizacja przez Polskę zobowiązań, jakie wynikały z zawartych umów i porozumień międzynarodowych oraz dostosowywania w tym czasie przepisów w zakresie ochrony środowiska do obowiązujących w Unii Europejskiej standardów. Narodowy Fundusz Ochrony Środowiska i Gospodarki Wodnej został powołany do życia na podstawie przepisów ustawy z dnia 27 kwietnia 1989 roku zmieniającej dotychczas obowiązującą ustawę z dnia 31 stycznia 1980 roku o ochronie i kształtowaniu środowiska. W założeniu działalność Funduszu miała służyć poprawie stanu środowiska naturalnego poprzez wspieranie konstytucyjnej zasady zrównoważonego rozwoju kraju i wynikających z niej celów i zadań określonych w polityce ekologicznej państwa. System finansowania ochrony środowiska w Polsce polega na zasadzie zanieczyszczający płaci, czyli w konsekwencji na przeniesieniu odpowiedzialności za dokonane naruszenia środowiska bezpośrednio na jego użytkowników. Uzyskane w ten sposób opłaty i administracyjne kary pieniężne będą odprowadzane do funduszy a następnie wydatkowane na inwestycje związane z ochroną środowiska.

Na strukturę funduszy ochrony środowiska i gospodarki wodnej składają się w obecnym stanie prawnym:

1. Narodowy Fundusz Ochrony Środowiska i Gospodarki Wodnej.
2. Wojewódzkie Fundusze Ochrony Środowiska i Gospodarki Wodnej.
3. Powiatowe Fundusze Ochrony Środowiska i Gospodarki Wodnej.
4. Gminne Fundusze Ochrony Środowiska i Gospodarki Wodnej.

W świetle przepisów ustawy z dnia 27 kwietnia 2001 roku prawo ochrony środowiska funduszom przyznano specyficzny status prawny jednej z kilku ustawowych instytucji ochrony środowiska. Bowiem istotą instytucji w odróżnieniu od istoty organu administracji publicznej jest jej funkcja o charakterze opiniodawczo-doradczym, która nie jest związana z typowym dla organu elementem władztwa administracyjnego¹. Narodowy Fundusz Ochrony Środowiska i Gospodarki Wodnej oraz funkcjonujące fundusze wojewódzkie posiadają osobowość prawną, co pozwala im na rozwój samodzielnej działalności w zakresie ustawowych kompetencji. Powiatowe i gminne fundusze funkcjonują w strukturze organizacyjnej samorządu terytorialnego. Fundusze specjalne ochrony środowiska kształtowały się w na przestrzeni wielu lat. Ich początki sięgają lat siedemdziesiątych. Jednakże pełną ich efektywność można było zaobserwować w poprawie stanu środowiska jaki zaczął dokonywać się w związku z przemianami prawnoustrojowymi w Polsce po roku 1989². W działalności Narodowego Funduszu i funduszy wojewódzkich decydującą rolę odgrywa finansowanie za pośrednictwem pożyczek. Natomiast działalność powiatowych i gminnych funduszy koncentruje się głównie na udzielaniu dotacji. W rozumieniu ustawy z dnia 30 czerwca 2005 roku o finansach publicznych³ są to tzw. fundusze celowe, które prowadzą samodzielną gospodarkę finansową. Podstawą prawną określającą zasady i tryb działania Narodowego Funduszu jest Statut , który został nadany na mocy Rozporządzenia Ministra Środowiska z dnia 21 czerwca 2002 roku⁴. Należy dodać, iż z chwilą jego wydania utraciło moc rozporządzenie Ministra Ochrony Środowiska Zasobów Naturalnych i Leśnictwa z dnia 29 grudnia 1998 roku. Strukturę organizacyjną Narodowego Funduszu stanowi Rada Nadzorcza i Zarząd. Obsługę rady Nadzorczej i Zarządu sprawuje Biuro Narodowego Funduszu. Zarząd liczy 5 osób. Uchwały są podejmowane większością głosów w głosowaniu jawnym. Na czele zarządu stoi Prezes wyłoniony w drodze konkursu, powoływany i odwoływany przez ministra właściwego do spraw środowiska na wniosek Rady Nadzorczej Funduszu. Zastępcy prezesa są powoływani przez ministra środowiska na wniosek Rady Nadzorczej Funduszu. Do podstawowych kompetencji Prezesa Narodowego Funduszu należy reprezentowanie jego na zewnątrz, a ponadto dokonywanie wszelkich czynności prawnych w zakresie praw i obowiązków majątkowych funduszu. W odniesieniu do Wojewódzkich Funduszy prezes i jego zastępcy są powoływani przez zarząd województwa na wniosek rady nadzorczej wojewódzkiego funduszu. Ich kompetencje są analogiczne do kompetencji prezesa Narodowego Funduszu. Zarząd Narodowego Funduszu i Funduszy Wojewódzkich realizuje następujące zadania:

1. opracowuje projekty planów działalności funduszy łącznie z planami finansowymi funduszy wojewódzkich,

¹ B. Wierzbowski, B. Rakoczy, Podstawy prawa ochrony środowiska, Wyd. LexisNexis, Warszawa 2005, s.113.

² R. Paczuski, Prawo ochrony środowiska, Oficyna Wydawnicza Branta, Bydgoszcz 2000, s.157.

³ Dz. U. Nr 249, poz. 2104.

⁴ Dz. U. z dnia 1 lipca 2002 roku.

2. opracowuje projekty rocznych planów finansowych,
3. decyduje o wyborze przedsięwzięć do finansowania ze środków funduszy,
4. gospodaruje środkami funduszy z zastrzeżeniem uprawnień przewidzianych dla Rady Nadzorczej Narodowego Funduszu i rad nadzorczych wojewódzkich funduszy,
5. sprawuje kontrolę związaną z wykorzystaniem pożyczek i dotacji przyznanych ze środków funduszy,
6. sporządza analizy i oceny efektywności funkcjonowania funduszy,
7. składa Radzie Nadzorczej Narodowego Funduszu i radom nadzorczym wojewódzkich funduszy sprawozdania z działalności funduszy.

Rada Nadzorcza Narodowego Funduszu liczy 15 członków, jej posiedzenia odbywają się co najmniej raz w miesiącu. Zasadą jest, iż posiedzenia Rady zwołuje Przewodniczący z własnej inicjatywy albo na wniosek Zarządu. Uchwały rady są podejmowane bezwzględną większością głosów w głosowaniu jawnym w obecności co najmniej ½ składu Rady. Powyższa zasada nie ma zastosowania w przypadku podjęcia uchwały zawierającej wnioski do ministra środowiska odnośnie powołania i odwołania członków Zarządu. Wówczas uchwała jest podejmowana w głosowaniu tajnym.

W świetle art. 414 ustawy – Prawo ochrony środowiska zadania Rady Nadzorczej Narodowego funduszu i rad nadzorczych wojewódzkich funduszy koncentrują się wokół:

1. ustalania kryteriów wyboru przedsięwzięć finansowanych ze środków obydwu funduszy,
2. uchwalania projektów rocznych planów finansowych,
3. ustalania zasad udzielania i umarzania pożyczek, udzielania dotacji oraz dopłat do oprocentowania preferencyjnych kredytów i pożyczek,
4. zatwierdzania wniosków zarządu w sprawach emisji obligacji własnych oraz nabywania obligacji, akcji i udziałów spółek, zaciągania kredytów o pożyczek, wnoszenia udziałów do spółek,
5. zatwierdzania wniosków o udzielenie pożyczek o dotacji, których wartość jednostkowa przekracza:
 - a. w przypadku pożyczki lub dotacji z Narodowego Funduszu równowartość odpowiednio kwoty 1000000 euro lub 500000 euro,
 - b. w przypadku pożyczki lub dotacji z wojewódzkiego funduszu – 0,5% przychodów uzyskanych przez ten fundusz w roku poprzednim,
6. zatwierdzania rocznych sprawozdań zarządu z działalności i rocznego sprawozdania finansowego Narodowego Funduszu i wojewódzkich funduszy,
7. ustalania zasad wynagradzania członków zarządu i pracowników biura Narodowego Funduszu oraz członków zarządów i pracowników biur wojewódzkich funduszy,

8. kontroli działalności Zarządu Narodowego Funduszu i zarządów wojewódzkich funduszy,
9. składania w terminie do 30 kwietnia roku kalendarzowego sprawozdań w przypadku Narodowego Funduszu Ministrowi Środowiska, a w przypadku wojewódzkich funduszy właściwemu zarządowi województwa oraz wojewodzie,
10. zatwierdzania wyboru podmiotu właściwego do badania sprawozdania finansowego.

Oprócz wymienionych zadań Rada Nadzorcza Narodowego Funduszu przedstawia ministrowi kierującemu działem ochrona środowiska i działem gospodarka wodna wspólną strategię działania zarówno Narodowego Funduszu jak też funduszy wojewódzkich. Ponadto uchwała raz na cztery lata wspólną strategię działania do dnia 30 czerwca roku poprzedzającego pierwszy rok objęty tą strategią. Na podstawie polityki ekologicznej państwa uchwała plany działalności funduszy i zatwierdza listę priorytetowych programów Narodowego funduszu do dnia 31 stycznia każdego roku. W przypadku listy programów dotyczących gospodarki wodnej jest wymagane dodatkowo uzgodnienie z Prezesem Krajowego Zarządu Gospodarki Wodnej. Z kolei rada nadzorcza wojewódzkich funduszy uchwała raz na cztery lata strategię działania funduszy jaka wynika ze wspólnej strategii Narodowego Funduszu i funduszy wojewódzkich do dnia 30 września roku poprzedzającego pierwszy rok objęty tymi strategiami. W oparciu o założenia polityki ekologicznej państwa rada nadzorcza wojewódzkich funduszy po wcześniejszym zasięgnięciu opinii Narodowego Funduszu uchwała strategię działania wojewódzkich funduszy i wojewódzkie programy ochrony środowiska. Warto dodać, iż struktura organizacyjna Narodowego Funduszu i funduszy wojewódzkich jest zbliżona do struktury obowiązującej w ramach spółek prawa handlowego, posiadających charakter kapitałowy.

Wspomniane wyżej fundusze powiatowe i gminne są również funduszami celowymi z tym, że nie posiadają one osobowości prawnej. Organy wykonawcze szczebla powiatowego i gminnego tj. zarząd powiatu oraz wójt, burmistrz i prezydent miasta są zobowiązani przedstawić radzie powiatu i radzie gminy do zatwierdzenia projekt przychodów i wydatków na dany rok w ramach funduszy.

Działalność Narodowego Funduszu polega przede wszystkim na udzielaniu pożyczek, dotacji a także dopłat do kredytów bankowych. Wnioskodawcami ubiegającymi się o środki z Narodowego Funduszu mogą być:

1. jednostki samorządu terytorialnego,
2. przedsiębiorstwa,
3. instytucje i urzędy,
4. szkoły wyższe i uczelnie,
5. organizacje pozarządowe w tym fundacje i stowarzyszenia,
6. administracja państwowa,
7. osoby fizyczne.

W ramach funduszu są przewidziane trzy podstawowe formy dofinansowywania tj. finansowanie pożyczkowe, dotacyjne i kapitałowe, które jest związane z obejmowaniem akcji

i udziałów w zakładanych spółkach w celu osiągnięcia tzw. efektu ekologicznego⁵. W przypadku funduszy powiatowych i gminnych wydatki ekologiczne mają charakter bezzwrotnego finansowania ochrony środowiska. Udział wydatków z budżetu centralnego na przedsięwzięcia proekologiczne wynosił w ostatnich dziesięciu latach 3-7%, podczas gdy wielkość środków pochodzących z pomocy zagranicznej kształtowała się na poziomie 4-5%. W związku z przeprowadzoną w 1999 roku reformą administracyjną zmianie uległ podział środków pomiędzy fundusze. Wiązało się to ze zmianą przeznaczenia środków finansowych pochodzących z opłat i kar pobieranych za korzystanie ze środowiska. Warto też dodać, iż do instytucji finansujących ochronę środowiska dołączyły powiatowe fundusze ochrony środowiska i gospodarki wodnej. Przejęły one część dotychczasowych zadań realizowanych przez fundusze wojewódzkie i gminne w zakresie składowania i unieszkodliwiania odpadów (przypis). Narodowy Fundusz Ochrony Środowiska i Gospodarki Wodnej wykorzystuje środki finansowe z następujących źródeł:

1. opłat za składowanie odpadów i kar związanych z niewłaściwym ich składowaniem,
2. opłat za zasolenie wód powierzchniowych i emisję tlenków,
3. pozostałych opłat za gospodarcze korzystanie ze środowiska i wprowadzania w nim zmian oraz za szczególne korzystanie z wód i urządzeń wodnych.

Przychodami Narodowego Funduszu Ochrony Środowiska i Gospodarki Wodnej stanowią również wpływy z części opłat produktowych, ustalanych na podstawie ustawy z dnia 11 maja 2001 roku o obowiązkach przedsiębiorców w zakresie gospodarowania niektórymi odpadami oraz opłacie produktowej o opłacie depozytowej⁶. Ponadto na przychody funduszy składają się również ustalane na podstawie prawa geologicznego i górniczego opłaty eksploatacyjne, quasi eksploatacyjne oraz sanacyjne⁷. Jeżeli chodzi o wpływy funduszy gminnych są nimi także nawiązki orzeczone na podstawie art.362 ust.3 ustawy Prawo ochrony środowiska. Zasady podziału wpływów pomiędzy poszczególne fundusze z tytułu niektórych opłat i kar określa ustawa. Na jej podstawie 40% wpływów z tytułu opłat ustalanych w oparciu o prawo geologiczne i górnicze otrzymuje Narodowy Fundusz Ochrony Środowiska i Gospodarki Wodnej, 60% gmina ale nie gminny fundusz. Gminy i powiaty, w których przychody funduszy z tytułu opłat i za korzystanie ze środowiska oraz administracyjnych kar pieniężnych przekraczają dziesięciokrotność średniej krajowej przychodów z roku poprzedniego przypadających na jednego mieszkańca mają obowiązek przekazania nadwyżki do właściwego funduszu wojewódzkiego w terminie do dnia 15 sierpnia następującego po roku stwierdzenia nadwyżki⁸. Zadania funduszy wszystkich szczebli obejmują:

1. edukację ekologiczną połączoną z propagowaniem działań proekologicznych i zasady zrównoważonego rozwoju,
2. wspomaganie państwowego monitoringu środowiska,

⁵ Raport NFOŚiGW, Warszawa 2001.

⁶ Dz. U. Nr 63, poz. 639.

⁷ A. Lipiński, Prawne podstawy ochrony środowiska, Wyd. Zakamycze 2005, s.392.

⁸ Art. 404 ustawy z dnia 27 kwietnia 2001 roku Prawo ochrony środowiska (tekst jednolity Dz. U. Nr 101, poz. 1178).

3. podejmowania zadań modernizacyjnych i inwestycyjnych służących ochronie środowiska i gospodarce wodnej,
4. przedsięwzięcia związane z ochroną przyrody w tym urządzenie i utrzymanie terenów zieleni, zadrzewień oraz parków,
5. realizację przedsięwzięć związanych z gospodarką odpadami,
6. profilaktykę zdrowotną dzieci z obszarów na których występują przekroczenia standardów jakości środowiska,
7. wspieranie wykorzystania lokalnych źródeł energii odnawialnej.

Szczegółowe kategorie zadań finansowanych z funduszy poszczególnych szczebli określa ustawa Prawo ochrony środowiska w art. 406 i następnych. Zasady gospodarki finansowej zarówno funduszu narodowego jak również funduszy wojewódzkich określają przepisy wykonawcze⁹.

Tryb udzielania pomocy finansowej ze środków funduszu jest poprzedzony złożeniem stosownego wniosku o dofinansowanie oraz tzw. karty informacyjnej przedsięwzięcia. Stanowi ona podstawę do wstępnej oceny i wyboru zadań do szczegółowego rozpatrzenia. Dotychczas obowiązujące sesje do rozpatrywania wniosków (sesja letnia i zimowa) zostały zastąpione listą rankingową aktualizowaną raz na dwa miesiące. Wnioskodawca we wniosku jest zobowiązany do określenia zakresu rzeczowego planowanego przedsięwzięcia, jak również do określenia planowego efektu ekologicznego. Tak skonstruowany wniosek jest przedmiotem rozpatrywania przez Zarząd Narodowego Funduszu, co w konsekwencji oznacza udzielenie lub odmowę udzielenia wsparcia finansowego. Należy dodać, iż w pierwszej kolejności przy wyborze przedsięwzięć do finansowania, środki Narodowego Funduszu będą przeznaczane na dofinansowanie projektów realizowanych z udziałem bezzwrotnych środków Unii Europejskiej i innych bezzwrotnych środków zagranicznych. Zasadniczym celem tego typu wsparcia będzie osiągnięcie przez Polskę efektów ekologicznych, określonych w Traktacie Akcesyjnym. Na podstawie Uchwały Rady Nadzorczej Narodowego Funduszu Ochrony Środowiska podjętej w dniu 11 września 2007 roku została określona lista priorytetowych przedsięwzięć funduszu do finansowania w roku 2008. Do najważniejszych obszarów finansowanych ze środków Narodowego funduszu zalicza:

1. ochronę wód i gospodarkę wodno-ściekową, w ramach której jest przewidziana budowa i modernizacja systemów kanalizacji zbiorczej, jak również budowa i rozbudowa oczyszczalni ścieków komunalnych. Ponadto budowa i modernizacja systemów zaopatrzenia w wodę- ujęcia i stacje uzdatniania wody,
2. ochronę powierzchni ziemi, gospodarowanie odpadami i zasobami w przedmiocie zapobiegania powstawaniu odpadów i ich zagospodarowanie oraz rekultywację terenów zdegradowanych,

⁹ Rozporządzenie Ministra Środowiska z dnia 20 grudnia 2002 roku w sprawie szczegółowych zasad gospodarki finansowej Narodowego Funduszu Ochrony Środowiska i Gospodarki Wodnej i wojewódzkich funduszy ochrony środowiska i gospodarki wodnej (Dz. U. Nr 230, poz. 1936).

3. bezpieczeństwo ekologiczne w zakresie zapobiegania i jednocześnie ograniczania skutków zagrożeń naturalnych oraz przeciwdziałania poważnym awariom. Obszar ten dotyczy monitorowania stanu środowiska poprzez wdrażanie nowych narzędzi i metod obserwacji środowiska,
4. Ochronę powietrza poprzez podwyższenie sprawności wytwarzania, dystrybucji i użytkowania energii, w tym przede wszystkim wzrost wytwarzania energii ze źródeł odnawialnych,
5. Ochronę przyrody i krajobrazu oraz kształtowanie postaw proekologicznych w tym wspieranie projektów z zakresu ochrony siedlisk przyrodniczych na obszarach chronionych oraz zachowanie różnorodności gatunkowej. Obejmuje ona także eliminację bezpośrednich zagrożeń obszarów cennych przyrodniczo poprzez ograniczanie niskiej emisji, uregulowanie gospodarki ściekowej, usuwanie materiałów zawierających azbest z obszarów będących własnością Skarbu Państwa znajdujących się na obszarach parków narodowych obszarach włączonych do sieci Natura 2000,
6. Wspieranie edukacji dla zrównoważonego rozwoju¹⁰.

Dochody pozyskiwane przez Narodowy Fundusz Ochrony Środowiska i Gospodarki Wodnej pochodzą z posiadania udziałów w spółkach, odsetek od udzielanych pożyczek, emisji obligacji, zysków ze sprzedaży i posiadania papierów wartościowych. Ważnym źródłem są również wpływy pochodzące z tytułu oprocentowania rachunków bankowych i lokat oraz wpływy pozyskiwane z przedsięwzięć organizowanych na rzecz ochrony środowiska. Istotnym źródłem są też dobrowolne wpłaty, zapisy i darowizny uiszczane przez osoby fizyczne i osoby prawne. Wielkość wpływów z poszczególnych źródeł jest zróżnicowana. Na przestrzeni ostatnich lat wzrósł udział kwot pochodzących ze spłat pożyczek oraz z tytułu inwestycji kapitałowych. Natomiast można zaobserwować spadek wpływów z tytułu opłat i kar. Narodowy Fundusz Ochrony Środowiska i Gospodarki Wodnej realizuje dofinansowywanie przedsięwzięć zgodnie z preferencjami określonymi w programach priorytetowych. Wspomniana wyżej forma finansowania w postaci udzielania preferencyjnych pożyczek i kredytów ze środków funduszu odbywa się na zasadzie uruchomienia tzw. podwójnych linii kredytowych. Pożyczka udzielona przez fundusz nie może przekroczyć 80% kosztów przedsięwzięcia. Wyjątek od powyższej zasady stanowi dofinansowywanie ze środków zagranicznych nie podlegających zwrotowi. Wysokość pożyczki na przedsięwzięcia finansowane wyłącznie ze środków Narodowego funduszu nie może być niższa niż 2.000.000zł. W sytuacji, kiedy pomoc finansowa jest udzielana przez banki ze środków Narodowego Funduszu w ramach linii kredytowych wówczas jej wysokość jest określana w postanowieniach umowy każdorazowo. Przy udzielaniu pożyczek i kredytów jest stosowana karencja w spłacie rat kredytów udzielanych przez banki ze środków Narodowego Funduszu. Oprocentowanie pożyczek jest ustalane w odniesieniu do stopy redyskontowej weksli, ogłaszanej przez Narodowy Bank Polski. Znaczącą rolę w kwestii współfinansowania inwestycji realizowanych przez jednostki samorządu terytorialnego, przedsiębiorców i osoby fizyczne odgrywa Bank Ochrony Środowiska. Powstał on w 1991 roku jako bank komercyjny, który w zakresie świadczonych usług specjalizuje się w obsłudze finansowej wielu projektów o charakterze proekologicznym na rzecz poprawy jakości środowiska. Do głównych dziedzin będących przedmiotem finansowania przez ten bank

¹⁰ Obszar ten został określony przez Strategię Europejskiej Komisji Gospodarczej ONZ, podpisaną i przyjętą przez Polskę w marcu 2005 roku.

należy: ochrona powietrza, ochrona wód i gospodarowanie wodami, ochrona przyrody, monitoring i edukacja ekologiczna. W ramach wspierania inwestycji ukierunkowanych na poprawę stanu środowiska działalność banku koncentruje się między innymi na kredytowaniu preferencyjnym i komercyjnym. Nie bez znaczenia pozostaje działalność banku, polegająca na świadczeniu usług o charakterze doradczym w zakresie prawnych i ekonomicznych aspektów ochrony środowiska. Warto też zwrócić uwagę na fakt, iż wspomniany bank sponsoruje liczne inicjatywy społeczne, których celem jest podnoszenie świadomości ekologicznej. Współpraca Banku Ochrony Środowiska z Narodowym Funduszem Ochrony Środowiska i Gospodarki Wodnej jest oparta na porozumieniach i umowach. Polegają one głównie na dopłatach ze środków funduszu do kredytów udzielanych ze środków funduszu, jak również na udzielaniu przez bank kredytów preferencyjnych. Dopłaty pozwalają na pokrywanie różnic między bankowym oprocentowaniem komercyjnym, a stosowanym przez Fundusz oprocentowaniem preferencyjnym, umożliwiając w ten sposób finansowanie zadań ekologicznych na dogodnych warunkach. Ważną formą współpracy z Bankiem Ochrony Środowiska jest finansowanie konsorcjalne jako łączenie środków finansowych i jednocześnie podział ryzyka stosowany w przypadku dużych przedsięwzięć, w których mogą również uczestniczyć inne instytucje i banki krajowe oraz zagraniczne. Pierwsza linia kredytowa została uruchomiona na kwotę 115 mln zł w 1996 roku, z której mogli skorzystać drobni inwestorzy, głównie samorząd gminny i instytucje komunalne w zakresie inwestycji dotyczących ochrony wód, powietrza i gospodarki odpadowej. W następnych latach zainteresowanie liniami kredytowymi było bardzo duże i już w roku 1997 uruchomiono drugą linię kredytową na kwotę 95 mln zł.

Status prawny wojewódzkich funduszy ochrony środowiska i gospodarki wodnej jest tożsamy z Funduszem Narodowym. Do 1998 roku w Polsce działało 49 funduszy wojewódzkich. W związku z reformą administracyjną ich liczba pokrywa się z podziałem terytorialnym państwa na 16 województw. Podstawowym źródłem wpływów są wpływy z tytułu:

1. opłat za składowanie odpadów i kar związanych z niewłaściwym ich składowaniem,
2. opłat za gospodarcze korzystanie ze środowiska.

Podstawowym źródłem dochodów pozyskiwanych przez wojewódzkie fundusze są środki z tytułu posiadania udziałów w spółkach i odsetki od udzielanych pożyczek¹¹. Ponadto wpływy z oprocentowania rachunków bankowych i z tytułu przedsięwzięć organizowanych na rzecz ochrony środowiska. Analogicznie, jak w przypadku Narodowego Funduszu dochodami funduszy wojewódzkich są dobrowolne wpłaty, darowizny i zapisy pochodzące od osób fizycznych i prawnych. W związku z przyznaniem w roku 1993 wojewódzkim funduszom ochrony środowiska i gospodarki wodnej osobowości prawnej zmianie uległ charakter ich działalności. Otóż do 1993 roku z funduszy udzielane były wyłącznie dotacje na dofinansowanie przedsięwzięć związanych z ochroną środowiska. Natomiast po roku 1993 fundusze jako podmioty w pełni samodzielne miały przyznane prawo do udzielania dotacji i pożyczek preferencyjnych. Zadania realizowane przez fundusze wojewódzkie są przede wszystkim określone w ustawie z dnia 27 kwietnia 2001 roku Prawo ochrony środowiska. Wynikają one także z założeń polityki ekologicznej państwa. Szczegółowe zasady dotyczące przyznawania pomocy finansowej dla przedsiębiorców wynikają z ustawy o postępowaniu w

¹¹ A. Świdarska, E. Broniewicz, A. Demianowicz, R. Dobrogowski, Źródła i zasady finansowania inwestycji w ochronie środowiska w Polsce, Wyd. Ekonomia i Środowisko, Białystok 2001, s.15.

sprawach dotyczących pomocy publicznej(przypis Górka s.710. Beneficjentami środków mogą być osoby prawne, jednostki organizacyjne nie posiadające osobowości prawnej, osoby fizyczne prowadzące działalność gospodarczą. Udzielona dotacja musi być zgodna z zatwierdzonym planem finansowym i nie może być wyższa niż 60% kosztów rzeczywistych zadania z wyłączeniem zapobiegania poważnym awariom i usuwania ich skutków. W przedmiocie udzielanych przez fundusz pożyczek mogą być one udzielane jednorazowo lub w transzach. Sposób i termin udzielenia pożyczki określają postanowienia umowy. Wysokość udzielonej pożyczki nie może przekroczyć 70% rzeczywistych kosztów danego zadania z wyłączeniem pożyczek udzielanych na zadania dofinansowywane ze środków Unii Europejskiej. Maksymalny okres spłaty pożyczki wynosi 7 lat. Przewidywany okres karencji wynosi najwyżej 1,5 roku i liczy się od daty podpisania umowy. Zabezpieczeniem udzielonej pomocy finansowej w formie pożyczki są gwarancje bankowe, poręczenie bądź zastaw na rzeczach lub prawach.

Fundusze ochrony środowiska i gospodarki wodnej jako instytucja realizująca założenia polityki ekologicznej państwa finansuje najważniejsze przedsięwzięcia w zakresie ochrony środowiska i gospodarki wodnej uznawane za priorytetowe w Unii Europejskiej. Należy podkreślić, iż skuteczność tych funduszy polegała na poprawie jakości środowiska naturalnego obserwowanego w latach 90 tych w Polsce. Zmniejszeniu uległa np. ilość zanieczyszczeń odprowadzanych do wód i do ziemi na skutek dynamicznej budowy i modernizacji oczyszczalni ścieków. Realizacja przedsięwzięć służących racjonalnemu korzystaniu ze środowiska wiąże się z poważnymi nakładami finansowymi, których nie są w stanie udźwignąć sami przedsiębiorcy. Stworzenie podstaw instytucjonalnych przez państwo w ochronie środowiska i co za tym idzie skutecznych mechanizmów pozwalających pozytywnie motywować podmioty gospodarcze do podejmowania rozwiązań sprzyjających środowisku jest wyrazem jednej z wielu funkcji, jaką spełnia prawo w ochronie środowiska, a mianowicie funkcji, która wiąże się ze stymulowaniem procesów gospodarczych.

Literature:

- Ustawa z dnia 27 kwietnia 2001 roku Prawo ochrony środowiska (tekst jednolity Dz. U. z 2006 roku Nr 62, poz. 627).
- Ustawa z dnia 11 maja 2001 roku o obowiązkach przedsiębiorców w zakresie gospodarowania niektórymi odpadami oraz o opłacie produktowej i depozytowej (Dz. U. Nr 63, poz. 639).
- Ustawa z dnia 30 czerwca 2005 roku o finansach publicznych (Dz. U. Nr 249, poz. 2104)
- A. Lipiński, Prawne podstawy ochrony środowiska, Wydawnictwo Zakamycze, 2005.
- B. Wierzbowski, B. Rakoczy, Podstawy prawa ochrony środowiska, Wydawnictwo LexisNexis, Warszawa 2005.
- R. Paczuski, Prawo ochrony środowiska, Oficyna Wydawnicza Branta, Bydgoszcz 2000.
- A, Świdorska, E. Brodniewicz, A. Demianowicz, R. Burzyński, R. Dobrogowski, Źródła i zasady finansowania inwestycji w ochronie środowiska w Polsce, Wydawnictwo Ekonomia i Środowisko, Białystok 2001.

Contact – email

dorotastrus@interia.pl

CELNÍ PRÁVO VE SVĚTLE 40. VÝROČÍ CELNÍ UNIE

DANA ŠRAMKOVÁ

Právnická fakulta Masarykovy univerzity, Česká republika

Abstrakt v rodném jazyce

Ve svém příspěvku se autorka zaměřuje nejen na historii samotné celní unie, ale i na související aktuální otázky v oblasti celního práva. Jedním z cílů Společenství bylo vytvoření společného trhu a hospodářské a měnové unie. Počátek vývoje v této oblasti lze spatřovat již u GATT 1947. K vybudování celní unie pak došlo v roce 1968. Příspěvek se však vedle vývoje zaměřuje především na význam celní unie a nejvýznamnější změny v právní regulaci v roce, kdy celní unie oslaví své 40. výročí.

Klíčová slova v rodném jazyce

Celní povinnost, celní právo, Celní unie, celní správa.

Abstract

In her article the author deals with both the history of Customs Union and actual trends in the field of customs law. One of the objectives of the Community was to create a common market and economic and monetary union. The beginning of development in this area can be seen already in the GATT 1947. The Customs Union itself was established in 1968. However, the contribution focuses primarily on the importance of the customs union and on the major changes in the field of customs regulation. Those changes have been adopted in the year when the Customs Union celebrates its 40th anniversary.

Key words

Customs duty, Law of Customs, Customs Union, customs administration.

ÚVODEM

Evropské společenství je založeno na čtyřech základních svobodách, mezi které patří i volný pohyb zboží. Svoboda volného pohybu zboží v sobě obsahuje zákaz veškerých cel vybíraných v souvislosti s přechodem zboží přes hranici mezi dvěma členskými státy. Absolutní zákaz cel i dávek s obdobným účinkem platí absolutně, přičemž rozhodující je povaha takové dávky, nikoliv její formální označení¹.

Jedním z cílů Společenství proto bylo vytvoření společného trhu a hospodářské a měnové unie². S ohledem na rozdíly v ekonomikách členských států nebylo možné tohoto cíle dosáhnout ihned, proto byl vývoj v této oblasti započat vybudováním celní unie mezi tehdejšími členskými státy v roce 1968.

Cílem následujícího textu pak není nastínění vývoje celní unie od GATT 1947 po současnost, ale spíše představení významu celní unie a nejvýznamnějších aktuálních změn v oblasti celního práva v roce, kdy celní unie oslaví své 40. výročí.

¹ Blíže viz Sehnálek, D. *Základy práva EU*. Brno: Masarykova univerzita 2007. ISBN 978-80-210-4311-4. s. 64 a n.

² Viz čl. 2 Smlouvy o založení ES

O CELNÍ UNII Z POHLEDU PRÁVA EU

Hovoříme-li o celní unii, musíme rozlišovat její vnitřní a vnější aspekt. Uvnitř znamená celní unie odstranění překážek pohybu zboží či služeb mezi členskými státy³. Od zóny volného obchodu je pak odlišuje zejména aspekt vnější, kdy je navenek v rámci celní unie uplatňována jednotná celní politika vůči třetím státům⁴.

Celní unii EU lze tedy charakterizovat jako celní území Společenství se zrušením cel na vnitřních hranicích členských států, s společnou vnější celní politikou a sazebníkem, společnými pravidly původu pro zboží mimo EU a společným vymezením celní hodnoty. Dohoda o základních principech mezi šesti zakladatelskými členskými státy (Belgií, Francií, Německem, Itálií, Lucemburskem a Nizozemím) vedla k založení celní unie k 1. červenci 1968 – asi o rok a půl dříve, než předpokládala v roce 1957 Římská smlouva.

Pro fungování celní unie je nezbytné dodržování jednotných pravidel ze strany všech jejích členů. Proto společná obchodní politika, spočívající např. na zásadách jednotné úpravy celních sazeb, uzavírání celních a obchodních dohod, sjednocování liberalizačních opatření, vývozní politice či obchodních ochranných opatřeních⁵, spadá do výlučné pravomoci ES. S tím pak souvisí i zvolená metoda právní regulace s převahou přímo aplikovatelných nařízení.

Po 1. červenci 1968 se příprava celních předpisů Společenství posunula tak, aby byla na zboží dovážené do EU skutečně uplatňována stejná pravidla bez ohledu na to, ve kterém státě vstupují na území Společenství. Pro naplnění vyznaných bodů byl vytvořen právní rámec, zahrnující:

- zajištění, že společný celní tarif je aplikován stejným způsobem na vnějších hranicích v celé EU;
- zavádění společného přístupu k provozu celních skladů;
- usnadnění pohybu zboží v "režimu tranzitu";
- nahrazení široké škály celních dokumentů jednotným správním dokladem⁶.

Všechna pravidla týkající se výše uvedených aspektů byla nakonec zahrnuta do základního předpisu společenstevního celního práva – celního kodexu společenství, který byl přijat ve formě nařízení v roce 1992⁷. V podmínkách české republiky pak tento předpis nahradil většinu stávajících ustanovení celního zákona⁸. Od června 2008 roku je tento předpis

³ Z teritoriálního pohledu je pak třeba dodat, že celní území celní unie není totožné s územím členských států. Např. Grónsko či Farské ostrovy coby části území členských států jsou z celní unie vyňaty, naopak San Marino do celní unie patří.

⁴ Viz Týč, V. *Společná obchodní politika*. In Rozehnalová, N., Týč, V. *Vnější obchodní vztahy Evropské unie*. Brno, Masarykova univerzita, 2006. ISBN 80-210-4073-4. s. 58 a n.

⁵ Viz č. 133 odst. 1 Smlouvy ES. Blíže viz Týč, V. *Společná obchodní politika*. In Rozehnalová, N., Týč, V. *Vnější obchodní vztahy Evropské unie*. Brno, Masarykova univerzita, 2006. ISBN 80-210-4073-4. s. 60 a n.

⁶ The single administrative document (SAD).

⁷ Nařízení Rady (EHS) č. 2913/92, kterým se vydává celní kodex Společenství.

⁸ Zákon č. 13/1993 Sb., celní zákon ve znění pozdějších předpisů (dále jen celní zákon).

postupně nahrazován novým tzv. Modernizovaným celním kodexem⁹, a to v závislosti na jeho prováděcích předpisech, které by měly být přijaty v průběhu následujících měsíců¹⁰.

Cílem, resp. přínosem modernizovaného celního kodexu má být zjednodušení a zefektivnění celních postupů a procesů, z něhož mají těžit nejen obchodníci, ale i orgány celní správy. Podle autorů má Modernizovaný celní kodex zejména¹¹:

- Zavést elektronické podání celního prohlášení a průvodních dokladů;
- Umožnit elektronickou výměnu informací mezi národními celními orgány a dalšími příslušnými orgány;
- Propagovat koncept "centralizovaného proclení", v jehož rámci autorizovaní (oprávnění) obchodníci budou moci deklarovat zboží elektronickou cestou a platit cla v místě sídla, a to bez ohledu na členský stát, kde zboží překročí hranice EU či kde bude spotřebováno.
- Nabídnout základy rozvoje konceptů „Single Window“ a „One-Stop-Shop“. Zde se jedná o záměr, kdy hospodářské subjekty poskytují informace o zboží jedinému kontaktnímu místu (tzv. Single Window“), a to i v případě, že tato data mají sloužit různým orgánům, takže jejich kontroly pro různé účely (celní, zdravotní nezávadnosti apod.) budou probíhat ve stejné době na stejném místě (tzv. „One-Stop-Shop“).

Hovoříme-li o celním právu EU, je třeba upozornit, že vedle vlastního celního kodexu a příslušných prováděcích předpisů je nutné zmínit zejména Nařízení Rady (EHS) č. 918/83 o systému Společenství pro osvobození od cla a Nařízení Rady (EHS) č. 2658/87 o celní a statistické nomenklatuře a o společném celním sazebníku.

Vedle nařízení a rozhodnutí vztahujících se na území celé celní unie pak existuje regulace na úrovni národní, která však řeší pouze otázky, které nejsou upraveny přímo aplikovatelnými nařízeními. V České republice se jedná především o zbylá ustanovení celního zákona a zákon č. 185/2004 Sb., o celní správě České republiky, ve znění pozdějších předpisů.

O CELNÍ UNII Z POHLEDU EKONOMICKÉHO

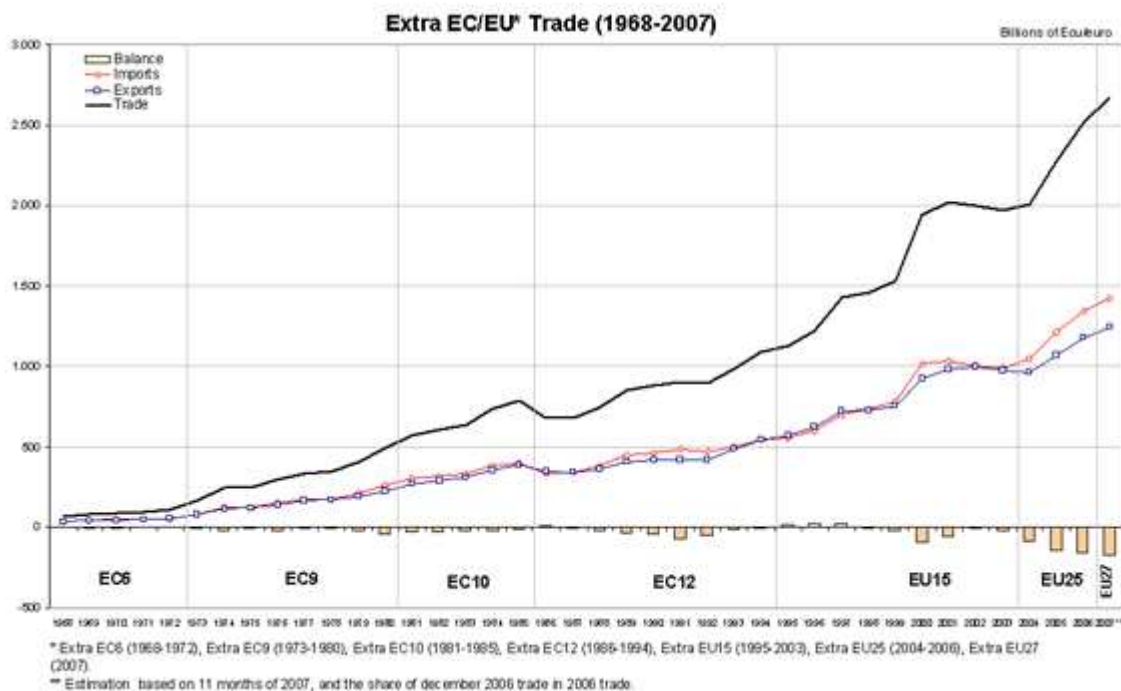
Celní unie má zásadní význam pro fungování jednotného trhu EU. Jednotný trh bez vnitřních hranic totiž nemůže pracovat správně bez aplikace společných pravidel na vnějších hranicích. Objem zboží přecházejícího vnější hranice EU je lze přitom označit za ohromující: např. v roce 2006 bylo podáno přibližně 173 milionů celních deklarací, přičemž hodnota dovozu a vývozu činila více než 2.500 miliard € - viz následující tabulka¹²:

⁹ Nařízení Evropského parlamentu a Rady (ES) č. 450/2008 ze dne 23. dubna 2008, kterým se stanoví celní kodex Společenství (Modernizovaný celní kodex).

¹⁰ Blíže viz čl. 188 Modernizovaného celního kodexu.

¹¹ Viz Evropská komise. The Customs Union and you [citováno dne 15.10.2008] dostupné na: http://ec.europa.eu/taxation_customs/customs/procedural_aspects/general/community_code/index_en.htm.

¹² Viz Evropská komise. The Customs Union and you [citováno dne 15.10.2008] dostupné na: http://ec.europa.eu/taxation_customs/40customs/customs_general_info/and_you/index_en.htm.



Obchodníci působí na celosvětovém trhu a využívají moderní technologie a rychlý způsob dodání zboží. Celní postupy jsou navíc, jak již bylo naznačeno výše, používané i k zajištění řádného provádění celé řady politik EU v souvislosti s mezinárodním obchodem:

- obchodní politika EU např. závisí na existenci společného celního sazebníku a také na použití dalších celních mechanismů sloužících pro stanovení celní hodnoty a původu zboží;
- v oblasti politiky rozvoje probíhá hospodářská spolupráce ve formě udělování obchodních preferencí, které se dotýkají společného celního sazebníku;
- společná zemědělská politika využívá řadu celních postupů a mechanismů.

Z výše uvedeného vyplývá, že pouze skutečně efektivní celní správa dokáže zvládat takovou zátěž s dostatečnou pečlivostí a zároveň bez způsobování výraznějších zpoždění. Celní úřady proto musí neustále rozvíjet – mj. aby dokázali splnit očekávání obchodníků, a to při zachování či dokonce zvýšení úrovně bezpečnosti občanů členských států.

Na tuto skutečnost reagují i členské státy, v nichž v posledních letech dochází k výrazným změnám v oblasti celní a daňové správy v organizačním i funkčním pojetí, přičemž Česká republika není výjimkou.

Literatura:

- Rozehnalová, N., Týč, V. Vnější obchodní vztahy Evropské unie. Brno, Masarykova univerzita, 2006. ISBN 80-210-4073-4. 207 s.
- Sehnálek, D. Základy práva EU. Brno: Masarykova univerzita 2007. ISBN 978-80-210-4311-4. 135 s.

- Evropská komise. The Customs Union and you [citováno dne 15.10.2008] dostupné na: http://ec.europa.eu/taxation_customs/customs/procedural_aspects/general/community_code/index_en.htm.
- Smlouva o založení ES.
- Nařízení Rady (EHS) č. 2913/92, kterým se vydává celní kodex Společenství.
- Nařízení Evropského parlamentu a Rady (ES) č. 450/2008 ze dne 23. dubna 2008, kterým se stanoví celní kodex Společenství (Modernizovaný celní kodex).
- Zákon č . 13/1993 Sb., celní zákon ve znění pozdějších předpisů.

Kontaktní údaje na autora – email:

Dana.Sramkova@law.muni.cz

SPOLUPRÁCE PŘI VYMÁHÁNÍ DAŇOVÝCH POHLEDÁVEK V EU – AKTUÁLNÍ OTÁZKY JAZYKOVÉHO REŽIMU A PŘÍSLUŠNOSTI K PŘEZKUMU

VILÉM TANZER

Ministerstvo financí České republiky, Česká republika

Abstrakt v rodném jazyce

Příspěvek se zabývá významem právní úpravy jazykového režimu a ochrany postavení dlužníka v rámci poskytování pomoci při vymáhání daňových pohledávek v Evropské unii a srovnáním s obdobnými úpravami např. v civilních věcech. Příspěvek se analyzuje nástroje pomoci a usiluje o vymezení specifických principů pomoci v daňových a jejich významu při hledání řešení konkrétních interpretačních a aplikačních problémů. Zvláštní pozornost je zaměřena na hledání odpovědí na předběžné otázky aktuálně předložené ESD ve věci C 233/08 Kyrian.

Klíčová slova v rodném jazyce

Vzájemná pomoc při vymáhání daňových pohledávek v EU, principy, aktuální otázky, řízení o předběžné otázce, směrnice Rady č. 2008/55/ES.

Abstract

This contribution deals with the importance of the language regime and the judicial review in the field of mutual assistance in the recovery of tax claims in the European Union and compares it with assistance in civil matters. The contribution analyses means of assistance and attempts to define specific principles in this field and their significance for solving of practical matters. Special attention is given to finding solution of two questions in preliminary ruling C 233/08 Kyrian.

Key words

Mutual assistance in recovery of tax claims in EU, principles, current issues, preliminary ruling, Council Directive No 2008/55/EC.

1. ÚVOD

Důslednost právní úpravy jazykového režimu komunikace mezi orgány veřejné moci a adresáty jejich činnosti jednoznačně nabývá na významu v souvislosti s rozvojem vztahů v rámci multilingválního prostředí jaké představuje také Evropská unie. Problémy spojené s používáním více jazyků nejsou nikterak nové. Národní procesní úpravy na jejich řešení pamatují a vychází přitom ze zvláštních společenských podmínek a jejich vývoje v té které zemi. Relativní novinku představují některé instrumenty vzájemné administrativní spolupráce mezi státy EU, při jejichž uplatňování vyvstávají nové otázky ve vztahu jazykovému režimu řízení a potenciálních dopadů na průběh a výsledek tohoto řízení, jakož i ve vztahu k možnostem ochrany práv dlužníka.

2. PRÁVNÍ ÚPRAVA SPOLUPRÁCE PŘI VYMÁHÁNÍ V EU

Specifické řešení jazykového režimu a možností ochrany práv dlužníka je i součástí právní úpravy mezinárodní spolupráce v oblasti vymáhání daňových pohledávek. Uvedená oblast je v rámci EU upravena *směrnicí Rady č. 2008/55/ES*, která představuje kodifikované znění

směrnice Rady č. 76/308/EHS a předpisů, které ji měnili nebo doplňovali. Druhým předpisem upravujícím danou oblast je směrnice Komise 2002/94/ES, která bude od 1. 1. 2009 nahrazena nařízením Komise. Tyto právní předpisy jsou do českého právního řádu transponovány zákonem č. 191/2004 Sb., o mezinárodní pomoci při vymáhání některých finančních pohledávek.

Jedná se tedy o specifický právní režim odlišný od režimu spolupráce při vymáhání v civilních resp. občanských a obchodních věcech. Ten je upraven jinými evropskými právními předpisy.¹ Důležité je, že oba systémy se týkají jiného okruhu pohledávek a nejsou ve vzájemném vztahu subsidiarity nebo speciality. Např. čl. 1 *nového nařízení o doručování* v civilních věcech výslovně ze své působnosti vylučuje daňové, celní či další správní věci.² Nicméně tato skutečnost by neměla bránit srovnávat oba systémy z hlediska efektivnosti řízení a z hlediska ochrany práv věřitele i dlužníka. Nutno též připomenout, že tyto systémy nepokrývají všechny v úvahu připadající druhy pohledávek, zejména nedopadají na správní a trestní sankce. Režim mezinárodní pomoci tedy závisí na "původu" pohledávky tzn. zda její vznik vychází z civilních, nebo daňových předpisů. Zde se mají na mysli daňové předpisy v širokém slova smyslu tzn. i další předpisy, které vedle daní upravují další povinné odvody, jako jsou cla a nebo prostředky programového financování. Daňovou pohledávkou se pak myslí každá pohledávka, které se může týkat systém spolupráce při vymáhání podle směrnice 2008/55/ES. Zákon č. 191/2004 Sb. zase hovoří o některých finančních pohledávkách.

2.1 ÚČEL PRÁVNÍ ÚPRAVY A ZÁKLADNÍ INSTRUMENTY

Účelem spolupráce při vymáhání daňových pohledávek je zajištění vymahatelnosti daňového práva s cílem zabezpečení finančních zájmů členských států a Společenství a s cílem zabezpečení řádného fungování vnitřního trhu a hospodářské soutěže.³ Vzhledem k tomu, že národní právní předpisy nejsou schopny plně zabezpečit uvedené cíle, ukázala se nezbytná právní úprava na úrovni Společenství.

Proto právní předpisy Společenství přináší nástroje, které umožňují řešit situace, kdy se při vymáhání daňové pohledávky objeví mezinárodní prvek. Jedná se o období institutu dožadání, který znají jednotlivé národní právní předpisy, jímž se řeší problém flexibilního využití strukturovaných administrativních kapacit. Na úrovni Společenství se k tomu přidává problém různých procesních režimů v jednotlivých státech a koordinace částí řízení, které je potřeba realizovat v různých státech. Tím je dán hlavní předmět právní úpravy na úrovni Společenství.

¹ Jedná se zejména o *nařízení Rady (ES) č. 44/2001* ze dne 22. prosince 2000 o příslušnosti a uznávání a výkonu soudních rozhodnutí v občanských a obchodních věcech (v textu také jako „*Bruselské nařízení I*“), dále *nařízení Rady (ES) č. 1348/2000* ze dne 29. května 2000 o doručování soudních a mimosoudních písemností ve věcech občanských a obchodních v členských státech (v textu také jako „*nařízení o doručování*“), toto nařízení bude od 13. 11. 2008 nahrazeno *nařízením Evropského parlamentu a Rady (ES) č. 1393/2007* ze dne 13. listopadu 2007 o doručování soudních a mimosoudních písemností ve věcech občanských a obchodních v členských státech (doručování písemností) a o zrušení nařízení Rady (ES) č. 1348/2000 (v textu také jako „*nové nařízení o doručování*“) a také *nařízením Evropského parlamentu a Rady (ES) č. 805/2004* ze dne 21. dubna 2004, kterým se zavádí evropský exekuční titul pro nesporné nároky (v textu také jako „*nařízení o evropském exekučním titulu*“).

² Jedná se o jeden z důvodů, proč nepřichází do úvahy využití analogie jako interpretačního prostředku.

³ Viz např. preambule ke směrnici 2008/55/ES odrážející teorie zabývající se daňovou neutralitou trhu a rovnými podmínkami pro soutěžitele.

Podstata nástrojů, kterou přináší právní předpisy Společenství, tedy spočívá v *koordinaci aktivit jednotlivých daňových správ*. Koordinace se zajišťuje zejména prostřednictvím *komunikace* mezi příslušnými orgány, která je založena na zasílání žádostí a reakcí na tyto žádosti. V rámci systému spolupráce při vymáhání daňových pohledávek v rámci EU se orgánům členských států nabízí *tři základní nástroje*, kterými jsou:

- 1) *Žádost o informace* podle čl. 4 směrnice 2008/55/ES k zjištění místa pobytu a majetku dlužníka resp. všechny další informace užitečné pro vymáhání pohledávky.
- 2) *Žádost o doručení* podle čl. 5 směrnice 2008/55/ES k doručení veškerých aktů a rozhodnutí, přičemž účelem doručení je naplnění jedné z podmínek vykonatelnosti rozhodnutí. V žádosti o doručení se zejména uvedou jméno a adresa příjemce a všechny ostatní informace využitelné k identifikaci, ke kterým má dožadující orgán běžně přístup.
- 3) *Žádost o vymáhání* podle čl. 6 směrnice 2008/55/ES k realizaci daňové exekuce a splacení dlužné částky, přičemž výslovně je řešena příslušnost k přezkumu tzn. ochrana práv dlužníka.

Jednotlivé nástroje je v *zásadě možné využívat nezávisle* jeden na druhém.⁴ Každý z těchto nástrojů je využíván při řešení jiného typu problému. Nicméně všechny společně vytváří ucelený systém pomoci, který teoreticky umožňuje vymožení jakékoliv daňové pohledávky v rámci EU. Pokud by tento systém dostatečně efektivně nefungoval resp. byla omezena vymahatelnost práva, mohla by taková situace mít negativní dopad na dosahování výše uvedených cílů.

Z uvedeného vyplývají dva hlavní požadavky na právní úpravu a to zajištění nástrojů, které umožní naplnit účel pomoci a zároveň umožní optimální využití zdrojů k realizaci této pomoci potřebných. Význam právní úpravy je z hlediska využití zdrojů v zásadě dvojí:

- 1) Nastavit systém pomoci tak, aby nadměrně nezatěžoval spolupracující orgány tzn. aby *celkové náklady byly minimální* a přitom bylo ještě možné naplnit účel pomoci.
- 2) Určit, které náklady ponесou jednotlivé státy tzn. aby *rozložení nákladů mezi členské státy bylo maximálně spravedlivé*.

Efektivnost pomoci v praxi pak závisí na *faktických okolnostech*, v jejichž rámci se uskutečňuje, a na dostupných zdrojích jednotlivých států tj. jejich *rozpočtovém omezení*. Jednou z významných podmínek je *používání různých jazyků* v jednotlivých státech. Netřeba zdůrazňovat, že to je jedna z okolností přinášející zvýšené nároky na administrativu. *Odpovídající úprava jazykového režimu* pak má význam, jak z hlediska naplnění účelu řízení, tak i z hlediska *ochrany práv dlužníka ve smyslu práva na spravedlivý proces*.

Co se týče komunikace, tu lze zefektivnit zejména tak, že na jedné straně se standardizují prvky, u kterých by odchylky nebyly žádoucí, jakou jsou struktura a obsah žádosti, což usnadňuje porozumění. Na druhé straně je státům ponechána volnost hledat specifická šetrná řešení vzájemného styku v těch oblastech, kde se podmínky stát od státu liší, jako je právě konkrétní jazykový režim mezi dvěma státy.

⁴ Závislost nástrojů se projevuje např. podle čl. 14 odst. 1 písm. b) při zjišťování lhůty, ve které má orgán povinnost pomoc na žádost poskytnout.

Proto, aby byl naplněn smysl regulace, právní úprava by měla zohlednit administrativní náročnost procedur s ohledem na omezené administrativní kapacity, dostatečnou flexibilitu v možnostech reakce na vývoj faktických okolností a zároveň dostatečné nástroje k naplnění cíle řízení i dostatečné záruky ochrany práv dlužníka v rámci řízení. Tyto parametry jsou určovány zejména principy, na kterých je právní úprava založena.

2.2 ZÁKLADNÍ PRINCIPY PRÁVNÍ ÚPRAVY

Právní úprava vychází ze závazku členských států si vzájemně poskytovat pomoc, přitom se vychází z *principu rovného zacházení s domácími a cizími pohledávkami*. Možnost pomoc odepřít je výrazně omezena a podléhá dohledu a případně též přezkumu orgány Společenství. Důsledně jsou proto upraveny situace, kdy příslušné orgány nejsou povinny pomoc poskytnout. Jedná se o případy, kdy lze důvodně předpokládat, že by vymáhání pohledávky bylo neúčelné, nebo kdy převáží jiný veřejný zájem nad zájmem na poskytnutí pomoci a vymožení dluhu. Jde o tyto případy, přičemž výčet důvodů se považuje za taxativní:

1) Ve vztahu *ke všem druhům pomoci* není podle čl. 14 odst. 1 písm. b) směrnice 2008/55/ES dožádaný orgán povinen poskytnout jakoukoliv pomoc, jestliže se původní žádost podle článku 4, 5 nebo 6 týká pohledávek starších pěti let.⁵

2) Ve vztahu k *žádosti o informace* není podle čl. 4 odst. 3 směrnice 2008/55/ES dožádaný orgán povinen poskytnout informace,

a) které by nebyl s to obdržet za účelem vymáhání obdobných pohledávek vzniklých v členském státě, ve kterém má sídlo;

b) které by porušily ochranu obchodního, průmyslového nebo profesního tajemství;

c) jejichž sdělení by mohlo ohrozit bezpečnost nebo veřejný pořádek daného státu.

3) Ve vztahu k *žádosti o vymáhání* není podle čl. 14 odst. 1 písm. a) směrnice 2008/55/ES dožádaný orgán povinen poskytnout pomoc při vymáhání, jestliže by vymáhání pohledávky v důsledku situace dlužníka způsobilo vážné hospodářské nebo sociální obtíže v členském státě, ve kterém má dožádaný orgán sídlo, pokud to platné právní a správní předpisy v členském státě, ve kterém má dožádaný orgán sídlo, dovolují u obdobných vnitrostátních pohledávek.

Žádný zvláštní důvod se netýká specificky pouze možnosti neposkytnout pomoci při doručení. Navíc i v případě, že určitý důvod odepření naplněn je, formulací příslušných ustanovení je docíleno toho, že poskytnutí pomoci není dožádanému orgánu tímto předpisem zakázáno. Pro takový případ, kdy je pomoc poskytnuta, přestože je naplněn některý z uvedených důvodů, nepředvídá směrnice 2008/55/ES žádný zvláštní specifický důsledek. Významné je to proto, že se předchází situaci, která by poskytovala dlužníkovi námitku nesprávného postupu. Z výše uvedeného se dovozuje, že se v dané oblasti uplatňuje *princip možnosti odmítnout pomoc jen z taxativně stanovených důvodů*. Specifikem je čl. 25 odst. 2 prováděcí směrnice 2001/44/ES nelze žádost o pomoc podat, pokud celková částka příslušné

⁵ Tato lhůta se počítá ode dne, kdy je podle právních a správních předpisů platných v členském státě, ve kterém má sídlo dožadující orgán, vydán doklad o vymahatelnosti, do dne podání žádosti. Byly-li však pohledávka nebo doklad o vymahatelnosti napadeny, počíná lhůta běžet okamžikem, kdy dožadující stát zjistí, že pohledávku nebo doklad o vymahatelnosti již nelze dále napadnout.

pohledávky nebo pohledávek uvedených v článku 2 směrnice 76/308/EHS činí méně než 1500 EUR.

2.3 VÝZNAM NÁRODNÍHO PROCESNÍHO REŽIMU

Vedle pravidel, jimiž se řídí vztah mezi příslušnými orgány při poskytování pomoci, právní úprava obsahuje také pravidla řešící další otázky týkající se zejména pravomoci a působnosti orgánů při poskytování pomoci.

Dožádaný orgán:

1) podle čl. 4 pro *získání informací* vykonává pravomoci, které mu svěřují právní a správní předpisy vztahující se k vymáhání obdobných pohledávek vzniklých v členském státě, ve kterém má sídlo.

2) podle čl. 5 *doručí veškeré akty a rozhodnutí* včetně soudních vztahující se k pohledávce nebo k jejímu vymáhání v souladu s právními předpisy platnými pro doručování obdobných aktů v členském státě, ve kterém má dožádaný orgán sídlo.

3) podle čl. 6 *vymáhá pohledávky*, pro které byl vydán doklad o vymahatelnosti v souladu s právními a správními předpisy týkajícími se vymáhání obdobných pohledávek vzniklých v členském státě, ve kterém má dožádaný orgán sídlo.

Tímto se jednak v konkrétních případech provádí princip rovného zacházení, a zároveň se tím určuje, že orgány států postupují při poskytování pomoci podle standardního národního procesního režimu se všemi důsledky s tím spojenými. Zvláštní pravidla týkající se pouze pohledávek, pro něž je poskytována mezinárodní pomoc tedy stanovená nejsou, narozdíl od systému spolupráce v civilních věcech, která jsou upravena nařízeními, jež přináší pravidla speciální vůči národnímu procesnímu režimu.⁶ Význam uvedených ustanovení spočívá v tom, že se výslovně určí právní řád, který se na řešení určité otázky má použít tak, aby nevznikaly pochybnosti. Pro řešení situací s mezinárodním prvkem je zejména v procesním právu typické to, že se považuje za efektivní, aby orgány veřejné moci aplikovaly právní předpisy "svého" státu, což vychází zejména s požadavku na efektivitu.

2.4 PŘEZKUM POSKYTOVÁNÍ POMOCI

Důležité je nejen to, že národní procesní režim se použije nejen na provedení úkonů, pro které byla požadována pomoc, ale také na případný přezkum postupu orgánu daňové správy soudními orgány, což není nikterak překvapující skutečnost, nicméně představuje základ dalšího specifického principu v rámci systému pomoci.

Uvedené umožňuje, aby si orgány jednotlivých států mohli vzájemně garantovat správnost poskytnutých podkladů, které vznikly v jejich působnosti. V praxi se tedy stát garantuje vedle skutečnosti, že pohledávka je vykonatelná, také skutečnost, že bylo řádně doručeno, nebo že informace byly získány právně korektním způsobem. Tato garance vychází ze vzájemné odpovědnosti států, z rozdělení příslušnosti k přezkumu, a ze srovnatelného standardu tohoto přezkumu. Proto orgány druhé státu poskytnuté podklady dále nepřezkoumávají a vychází

⁶ Např. čl 8 nařízení 1393/2007/ES upravující odmítnutí přijetí písemnosti z důvodu chybějícího překladu.

z předpokladu jejich správnosti do doby, než je prokázán opak a to zásadně oznámením orgánu, který jim podklad původně poskytl.

Podle čl. 8 se *doklad o vymahatelnosti pohledávky přímo uzná a bez dalšího považuje* doklad o vymahatelnosti pohledávky členského státu, ve kterém má dožádaný orgán sídlo. Je tedy možné hovořit o *principu předpokladu správnosti podkladů poskytnutých orgánem jednoho státu orgánu státu druhého*, který je založen na rozdělení příslušnosti k přezkumu mezi orgány spolupracujících států. Tento principu nachází konkrétní výraz v čl. 12, podle kterého *pohledávka nebo doklad o vymahatelnosti* lze napadnout před příslušným orgánem členského státu, ve kterém má sídlo dožadující orgán, v souladu s právními předpisy platnými v tomto státě. Opatření k vymáhání pohledávky přijatá v členském státě, ve kterém má sídlo dožádaný orgán, lze opatření napadnout před příslušným orgánem tohoto členského státu. Tímto jsou dány možnosti dlužníka pro ochranu jeho práv v daném řízení.

2.5 POSTAVENÍ DLUŽNÍKA V SYSTÉMU POMOCI

Hlavními adresáty norem v oblasti spolupráce při vymáhání daňových pohledávek jsou členské státy a jejich orgány. Postavení dlužníka vychází především z obecného národního procesního režimu. Otázkou pak je, jaký vliv mají pravidla, jimiž se řídí poskytování pomoci, na průběh a výsledek konkrétního daňového řízení a tedy na práva a povinnosti daňového dlužníka. Ve vztahu k dlužníkovi tato pravidla zásadně určují, který právní řád se má použít na řešení určité otázky. Právní úprava pomoci při vymáhání daňových pohledávek tedy nepřináší konkrétní práva a povinnosti dlužníka.⁷ Jde o odlišný přístup než, jaký je znám např. z oblasti spolupráce v civilních věcech, kde se objevují ustanovení, jejichž adresátem je dlužník. Specifickou podmínku s ohledem na interpretaci představuje také to, zda je právní úprava obsažena v nařízení nebo ve směrnici ES, přičemž i to je rozdíl mezi zmíněnými systémy.

Z uvedeného lze dovodit, že záměrem příslušné úpravy je to, aby byla striktně oddělena rovina komunikace mezi spolupracujícími orgány a rovina komunikace mezi orgánem, který pomoc provádí, a dlužníkem. Z pohledu spolupracujících orgánů je rozhodné především to, zda je pomoc možné fakticky poskytnout. Neúplnost informací, nedodržování lhůt nebo jiné potíže představuje pouze faktickou překážku uskutečňování pomoci. Na právní postavení dlužníka by zásadně neměli mít vliv. To je garantováno v rámci standardních národních procesních nástrojů. Tento přístup je pak rozhodující při hledání odpovědí na otázky týkající se jazykového režimu a ochrany práv dlužníka.

2.6 PRÁVNÍ ÚPRAVA JAZYKOVÉHO REŽIMU

Právní úprava jazykového režimu představuje jeden z prvků systému pomoci, který má podstatný vliv na zajištění jeho efektivity. I v tomto případě je nutné rozlišovat úpravu komunikace podle toho, kdo spolu komunikuje.

⁷ Tento přístup neplatí bez výhrad. I ve směrnici 2008/55/ES se ve čl. 12 stanoví, že dotyčná osoba tzn. dlužník může oznámit dožádanému orgánu napadení pohledávky, přičemž toto oznámení může mít specifické právní důsledky. Neboť podle tohoto ustanovení má dožádaný orgán přerušit řízení o vymáhání. Pokračovat, i když je pohledávka napadena, může jen, umožňují-li to předpisy v členských státech obou orgánů a je-li o to požádán. Otázkou je jaké právní důsledky by mělo, pokud by dožádaný orgán pokračoval, v souladu právem svého státu, ve vymáhání napadené pohledávky, aniž by kontaktoval dožadující orgán.

Příslušná právní úprava se zásadně věnuje *komunikaci mezi příslušnými orgány* různých členských států. Podle čl. 17 směrnice 2008/55/ES se vyžaduje, aby *žádosti o pomoc, doklad o vymahatelnosti* (tj. exekuční titul) a *ostatní přiložené dokumenty* byly opatřeny překladem do úředního jazyka nebo do některého z úředních jazyků členského státu, ve kterém má sídlo dožádaný orgán. Ten ale může upustit od vyžadování takového překladu. Ustanovení je tedy myšleno tak, aby členské státy měli dostatečný prostor zavést ve vzájemné komunikaci takovou praxi, kterou budou považovat za nejučelnější. Lze tedy hovořit o *principu flexibility jazykového režimu komunikace mezi spolupracujícími orgány*.

Prováděcí směrnice 2002/94/ES pak ustanovení rozšiřuje na další informace a sdělení tzn. veškerou komunikaci mezi dožadujícím a dožádaným orgánem, přičemž těmto orgánům dává možnost si používání jakéhokoliv jazyka dohodnout.

Zmíněná ustanovení jsou pak do právního řádu ČR zapracována do § 13 zákon č. 191/2004 Sb., v jehož odst. 1 je upraven jazykový režim komunikace mezi orgány různých členských států. Jako zásada je stanoveno vedení komunikace v úředním jazyce státu, jehož orgán byl dožádán o pomoc. Ministerstvo financí ČR si pak může s příslušným orgánem druhého státu dohodnout používání jiného jazyka.

Výslovně sice není uvedena možnost, aby příslušný orgán ČR jednostranně upustil od vyžadování překladů, jak to předpokládá směrnice. Nicméně situaci, kdy by překlady nebyly zasílány a přesto by byla pomoc poskytována, lze chápat jako konkludentní dohodu o jazykovém režimu. V každém případě není z pohledu dlužníka rozhodné, zda a kým měl být případný překlad pořízen v situaci, kdy pomoc bylo možné fakticky poskytnout a tato pomoc byla realizována.

Skutečností také je, že výslovně není řešena situace, kdy by určitý stát neposkytoval překlady, přestože by druhý stát trval na jejich poskytnutí. Vzhledem k tomu, že uvedená situace není důvodem k odepření poskytnutí pomoci, lze se domnívat, že i v takovém případě by pomoc poskytnuta být měla. Jinou otázkou pak je vyrovnání za dodatečné náklady vzniklé dožádanému státu pořízením překladů. Takové úvahy pak nabízí otázku, zda by cestou k zefektivnění komunikace s ohledem na jazykový režim nemělo být také zpřesnění právní úpravy.⁸

Ve vztahu ke *komunikaci mezi orgánem a dlužníkem* je podstatné, který z právních řádů se použije v uritém případě. V něm ja pak nutné i hledat odpověď na otázku, který jazyk je možné použít. Lze tedy hovořit o *principu národního režimu v otázce komunikace s dlužníkem* v systému pomoci při vymáhání daňových pohledávek.

Naproti tomu v rámci pomoci v civilních věcech tento princip neplatí. Otázka jazykového režimu doručované písemnosti je řešena v nařízení, které zavádí specifická pravidla a následky jejich porušení. Podle čl. 8 nařízení 1393/2007/ES má adresát právo odmítnout přijetí doručované písemnosti, pokud není vyhotovena v jednom z následujících jazyků nebo k ní není připojen překlad do některého z těchto jazyků: a) *jazyk, kterému adresát rozumí*, nebo b) *úřední jazyk přijímajícího členského státu* nebo v případě, že v daném členském státě je několik úředních jazyků, úřední jazyk nebo jeden z úředních jazyků místa doručení. Jedná

⁸ Za určitých podmínek by byla myslitelná úprava, podle které by překlady zásadně neposkytovaly. Nicméně dožádaný orgán by mohl v určité lhůtě (např. ve lhůtě pro potvrzení žádosti) oznámit, že na poskytnutí překladu trvá. Pokud by však takové oznámení nezaslal, možnost vyžádat si překlad by pozbyl.

se o zcela novou úpravu, která oproti předchozí usilují o větší flexibilitu, nicméně v každém případě staví na odlišném přístupu.

V systému pomoci při vymáhání daňových pohledávek právní režim doručování na žádost vychází z následujícího. Jazyk, ve kterém je doručovaný dokument vyhotoven, se řídí právem státu, ve kterém má sídlo dožadující orgán, neboť dokument je doručován pro potřeby řízení před tímto orgánem. Dožádaný orgán doručuje podle svých právních předpisů.⁹ Dožádaný orgán, pokud s adresátem komunikuje, pak samozřejmě v jazyce, který se používá na daném území.¹⁰ Dožádaný orgán má ze žádosti o doručení k dispozici údaje např. o povaze a předmětu doručovaného aktu, jakož i další využitelné údaje. Pokud by se adresát na dožádaný orgán obrátil, měl by mít k takovým údajům zásadně přístup. Čili adresát se neocitá v situaci, kdy by byl bez jakýchkoliv informací o povaze řízení, jehož je účastníkem. Adresát si může též nechat zhotovit překlad dokumentu, přičemž předpisy dožadujícího státu by obecně nemuseli být nepříznivé v vztahu k možnosti úhrady těchto nákladů v případě úspěchu opravného prostředku adresáta. V každém případě úprava na úrovni Společenství nepočítá s možností odmítnout přijetí doručované písemnosti, jako je tomu v civilních věcech, neboť adresát má jiné možnosti ochrany svého postavení.

3. PŘEDBĚŽNÁ OTÁZKA VE VĚCI C – 233/08 KYRIAN

Při interpretaci nebo aplikaci předpisů upravujících evropský systém mezinárodní pomoci při vymáhání daňových pohledávek vyvstaly již v minulosti otázky, které řešil Evropský soudní dvůr.¹¹ V květnu 2008 Nejvyšší správní soud ČR předložil Evropskému soudnímu dvoru žádost o rozhodnutí o předběžné otázce ve věci C – 233/08 Kyrian. A to v řízení o kasační stížnosti žalobce p. Kyriana proti rozsudku krajského soudu, který rozhodoval o správní žalobě proti rozhodnutí celních orgánů v exekučním řízení. Přitom vyvstaly pochybnosti o výkladu právních předpisů Společenství upravujících poskytování pomoci při vymáhání daňových pohledávek a proto byly předloženy tyto dvě předběžné otázky:

1) Je třeba čl. 12 odst. 3 směrnice Rady ze dne 15. března 1976 o vzájemné pomoci při vymáhání pohledávek vyplývajících z některých dávek, cel, daní a jiných opatření (76/308/EHS) [1], vykládat tak, že jsou-li u soudu členského státu, ve kterém má sídlo dožadovaný orgán, žalobou napadena opatření k vymáhání pohledávky, je tento soud oprávněn v souladu s právními předpisy tohoto členského státu zkoumat to, zda doklad o vymahatelnosti (exekuční titul) je vykonatelný a zda byl řádně doručen dlužníkovi?

2) Vyplývá z obecných právních zásad práva Společenství, zejména zásad spravedlivého procesu, řádné správy a právního státu, že doručení dokladu o vymahatelnosti (exekučního titulu) dlužníkovi v jazyce jiném než jemu srozumitelném, který zároveň není úředním jazykem státu, ve kterém je dlužníkovi doručováno, způsobuje vadu, která umožňuje odepřít vymáhání na základě takového dokladu o vymahatelnosti (exekučního titulu)?

⁹ Orgán SRN by zřejmě žádal o doručení dokument v němčině.

¹⁰ V ČR podle § 3 odst. 1 zákona č. 337/1992 Sb. o správě daní a poplatků se před správcem daně jedná v jazyce českém nebo slovenském.

¹¹ Soudní dvůr uznal použitelnost směrnice upravující pomoc při vymáhání daňových pohledávek i pro pohledávky vzniklé dříve, než vstoupila směrnice v platnost na území členského státu dožadovaného orgánu viz spojené věci C-361/02 a C-362/02 Elliniko Dimosiosio v. Nikolaos Tsaplos a Konstantinos Diamantakis, ECR (2004), I-6405, body 18-23.

První otázka se vztahuje k určení orgánu příslušného k přezkoumání dokladu o vymahatelnosti a řádnosti doručení. V souladu s tím, co bylo uvedeno dělbě příslušnosti k přezkumu, vyplývá, že přezkoumávat doklad o vymahatelnosti resp. vykonatelnosti přísluší orgánům státu, kde má sídlo dožadující orgán. Tyto orgány také sledují otázku řádnosti doručení jako jedné z podmínek vykonatelnosti rozhodnutí, přitom vychází ze "svých" předpisů, bylo-li doručováno na území státu, kde mají sídlo, nebo vychází z garance poskytnuté orgány státu, který byl o doručení požádán. V každém případě zrušení exekučního titulu je jedině možné se domoci před orgány státu, kde má sídlo dožadující orgán.¹²

Druhá otázka se vztahuje k jazykovému režimu doručované písemnosti. V souladu s tím, co bylo uvedeno o postavení dlužníka adresáta při realizaci žádosti o doručení, rozhodující pro určení jazyka, ve kterém má být dokument vyhotoven, je právní řád státu, kde má sídlo dožadující orgán. Nicméně tato otázka spadá do okruhu otázek vztahujících se přezkoumávání dokladu o vymahatelnosti jež přísluší orgánům státu, kde má sídlo dožadující orgán. V každém případě se lze domnívat, že nelze dovodit, že by z obecných právních zásad Společenství mohla vyplynout, že byla způsobena vady uvedeného charakteru, která by umožnila odepřít vymáhání.

4. ZÁVĚR

Tento příspěvek se zabýval významem právní úpravy jazykového režimu a ochrany postavení dlužníka v rámci poskytování pomoci při vymáhání daňových pohledávek v Evropské unii a srovnáním s obdobnými úpravami např. v civilních věcech. Přestože se při poskytování pomoci používají obdobné nástroje, ze srovnání vyplynulo, že jednotlivé systémy vzájemné pomoci vychází z odlišných principů a tedy nabízí rozdílné přístupy k řešení konkrétních interpretačních a aplikačních problémů.

Vymezení základních principů resp. jejich důsledné uvědomění si, pak umožňuje systematictější přístup k řešení aktuálních praktických i některých koncepčních otázek. Jako významné principy lze považovat:

- obecně *princip rovného zacházení* bez ohledu na původ pohledávky,
- ve vztahu k rozdělení příslušnosti k přezkumu *principu předpokladu správnosti podkladů poskytnutých orgánem jednoho státu orgánu státu druhého*
- ve vztahu jazykovému režimu *princip flexibility jazykového režimu komunikace mezi spolupracujícími orgány a princip národního režimu v otázce komunikace s dlužníkem*

K řešení mnohých otázek v neposlední řadě napomáhá vymezení jejich ekonomické podstaty ve smyslu hledání efektivních řešení založených na optimalizaci využití zdrojů k naplnění stanoveného účelu v podobě zajištění rovnováhy mezi vymahatelností daňového práva a ochranou práv dlužníka v daňovém řízení. Cílem tohoto bylo přispět k hledání odpovědí na aktuální otázky, se které vyvstávají při praktickém uplatňování pomoci, i přispět k hledání přístupů k optimalizaci právní úpravy na úrovni národní i na úrovni Společenství, která se aktuálně připravuje.

¹² Jakýkoliv jiný přístup k řešení otázky by narušil konzistentnost systému pomoci, neboť by znamenal riziko kompetenčního sporu.

Literatura:

- Craig, P., Gráinne de Búrca: EU Law – Text, Cases and Materials. 3. vyd. New York: Oxford university press, 2003.
- Grau Ruiz, M. A.: Mutual Assistance for Recovery of Tax Claims. The Hague: Kluwer law international, 2003.
- Kučera, Z.: Mezinárodní právo soukromé. 4. vyd. Brno: Doplněk, 1999.
- Mrkývka, P. et al.: Finanční právo a finanční správa 2. díl. Brno: MU, 2004, s. 119 – s. 124.
- Týč, V.: Základy práva Evropských společenství pro ekonomy. 2. vyd. Praha: Linde, 2000.
- Winterová, A. et al.: Civilní právo procesní. 4. vyd. Praha: Linde, 2006.
- Bohúnová, P.: Je dlužníkovi garantováno právo na spravedlivý proces.

Kontaktní údaje na autora – email:

vilem.tanzer@mfcrcz

MARKET ORIENTATION AT HI-TECH COMPANIES: RESULTS OF PRELIMINARY RESEARCH

EVA TOMÁŠKOVÁ

Právnická fakulta Masarykovy univerzity, Česká republika

Abstrakt v rodném jazyce

Příspěvek se zabývá analýzou a komparací dvou výzkumů tržní orientace. První výzkum byl realizován u společností působících v energetickém průmyslu v roce 2005, předvýzkum u hi-tech podniků v roce 2008. Obě oblasti jsou důležitými odvětvími ekonomiky. Cílem příspěvku bylo poukázat na podobnosti a rozdíly výsledků obou výzkumů. Detailní informace o výzkumu tržní orientace v hi-tech podnicích budou publikovány po dokončení výzkumu. Projekt je podporován Grantovou agenturou ČR (GA 402/07/1493).

Klíčová slova v rodném jazyce

Tržní orientace, hi-tech, výzkum, Česká republika.

Abstract

The paper is focused on the analysis and comparison two researches of market orientation. The first research was realized in energetic sector companies in 2005, the preliminary research was realized in hi-tech companies in 2008. Energetic sector and hi-tech sector were chosen towards their importance role in economics in the Czech Republic. Aim of this article is to show similarities and differentiations of results at both of researches. Detailed information about specific of researches in hi-tech companies will be published after finishing the research. The research project is supported by Grant Agency of the Czech Republic (GA 402/07/1493).

Key words

Market orientation, hi-tech, research, the Czech Republic.

1. INTRODUCTION

The first information about market orientation can be find in Journal of Marketing in the first half of the 90s (see Kohli and Jaworski 1990, Narver and Slater 1990). Papers contained the first approaches to the definition of market orientation, development of measurement methods and statement of proposals connecting market orientation with a business performance. A lot of studies deal with market orientation till now.

Market orientation is based on the marketing concept in the current marketing approach (Drucker, 1954). Along to a lot of empirical researches, market orientation has a positive impact on business performance. This is the reason for detailed analysis of market orientation and possibilities of its implementation (e.g. Dawes, 2000; Gima, 1995; Han, Kim, Srivastava, 1998). It is necessary to know what the term “market orientation” means for better understanding. It was verified that market orientation contains the acquisition, distribution and response of market information. Most of available studies more or less agree with the customer orientation, the competitor orientation and the inter-functional coordination. New approaches mention not only customer orientation and competitor orientation, but whole group of stakeholders as distributors, suppliers, public, employees and other. (e.g. Helfert, Ritter, Walter, 2002; Tomášková, 2005)

The objective of this article is to compare results of market orientation - research realized in 2005 and preliminary research in 2008. It was used the same method for measurement by Tomášková (2005). Aim of this article is to show similarities and differentiations of results at both of researches. Compilation, analysis and comparison are used for the article processing.

2. METHODOLOGY OF RESEARCH AND PRELIMINARY RESEARCH

The research determines market orientation at companies in energetic sector, the preliminary research shows level of market orientation at hi-tech companies. Location for research and preliminary research was the Czech Republic.

For measurement of market orientation was used questionnaire constituted by Tomášková (2005) along the “New Method” for measuring market orientation. The “New Method” includes external environment elements, sectoral environment elements and internal environment elements of a company. Elements of external environment can be further divided to the state, economy and technologies. Elements of sectoral environments are final customers, distributors, competitors and suppliers. The internal environment of market orientation is influenced by the following elements: opinions and approach of top management, organizational structure, strategy of the organization, culture of the organization and employees.

3. MARKET ORIENTATION AT ENERGETIC SECTOR COMPANIES

Energetic sector is very necessary for function whole economics. Energetic sector has important political influence too. Self-sufficiency of energy could be the topic of politics talks. We received results from 18 companies dealing with transport of electric energy and companies dealing with production of equipments for producing of electric energy. The research was realized in 2005. We have used 7 point Likert scale (Tomášková, 2005). The main results show Table 1.

Elements of measurement	Mean of market orientation
External environment (4 items)	5.91
Final customers (7 items)	5.78
Distributors (7 items)	5.78
Competitors (5 items)	5.51
Suppliers (5 items)	5.15
Reflecting the knowledge on the decision-making process (5 items)	5.58
Interfunctional coordination (14 items)	5.95
Total MO	5.74

Table 1: Average values of market orientation degree by elements at companies in energetic sectors

The values of market orientation elements are very similar. Elements “Interfunctional coordination” and “External environment” reach the high value. Suppliers are in the opposite side. Total market orientation has value 5.74.

3.1 EXTERNAL ENVIRONMENT

The high value at external environment could be caused by a lot of norms in this area. There are a lot of state orders. These state orders are realized by public competitions. Item measured different actions to show signification of whole company to public has the highest value (6.28). Item measured cooperation of company with universities has the lowest value (5.3).

3.2 SECTORAL ENVIRONMENT

There is very low number of distributors at researched companies. This element was missed from other analysis. Other specific attribute at this sector is lower orientation to final customers as orientation to external environment. The reason is mentioned above. Item measured regular monitoring of customer requirements shows the highest value (6.06) at final customers. Item measured regular customer satisfaction has the lowest value (5.33).

Competitor orientation is specific too. There are limited subjects offered distribution of electric energy. The reason is not only norms but the high technology and finance demands. Competitor orientation is not as strong as at sectors with large number of companies. Companies try to forecast behaviour of competitors (6.12) but only a part of companies regularly use benchmarking (5.00).

Suppliers got the lowest value of all elements. This situation can be caused by the power of energetic companies; they have the great position of negotiation. The lower number of equipments could be other reason; some energetic companies produce components for their equipments they self. Item measured analysis offer of contemporary and potential suppliers has the highest value (5.78), item measured cooperation companies with their suppliers has the lowest value (4.69).

3.3 INTERNAL ENVIRONMENT

Item measured reflection of gaining information on decision process has the highest value (6.17) at element “Reflecting the knowledge on the decision-making process”; item measured speed of response on customer wishes with comparison of competitors is on the opposite side (4.79).

Interfunctional coordination has the highest mean value of all elements. The size of companies (there are no small companies) could be the reason for it. If the company want to be successful, it is necessary to be flexible and speed. Item measured if every worker know his competences and responsibility has the highest value (6.28), item measured regular analysis of employee comments and item measured prioritize long goals before short goals has the lowest value (5.72). It could be difficult to realize regularly analysis of employee comments because analyzed companies have a lot of employees. The reason for lowest value of the other item could be that short goals have to be filled in short time; long goals have to be filled in longer time – managers have more time to fill. Short goals can contribute to fill long goals.

4. MARKET ORIENTATION AT HI-TECH COMPANIES

Hi-tech technologies contribute to development of economics; they allow increasing of economics performance. We have received results from 12 companies. The preliminary research was realized in 2008. We have used 7 point Likert scale too. The main results show Table 2.

Elements of measurement	Mean of market orientation
External environment (4 items)	4.17
Final customers (7 items)	4.79
Distributors (7 items)	4.56
Competitors (5 items)	4.05
Suppliers (5 items)	4.11
Reflecting the knowledge on the decision-making process (5 items)	4.96
Interfunctional coordination (14 items)	5.64
Total MO	4.61

Table 2: Average values of market orientation degree by elements at hi-tech companies

The values of market orientation elements are lower as companies in energetic sector. Element “Interfuncitonal coordination” reaches the highest value as at energetic sector companies. This value is very high in comparison with value of the rest elements. Reflecting knowledge on the decision-making process is on the second position. Competitors are on the opposite side. Total market orientation has value 4.61.

4.1 EXTERNAL ENVIRONMENT

Two items have the highest value (5.13). The first item measured regularly monitoring changes in the field of laws, social, economic and technological changes and the second item measured regularly identification important opportunities and threats, which could have an impact on business. Item measured cooperation of company with universities has the lowest value.

4.2 SECTORAL ENVIRONMENT

Customers are the main elements from sectoral environment. There is expected result because there are only small and medium companies added to the research. Item measured application individual approach to customers has the high value (6.0); Items measured identification why potential customers do not buy the product has the lowest value.

It is very interesting that competitors have the total lowest value of all elements. The items “regularly strategy analysis the main competitors” and “to realize benchmarking” have the lowest value. Item measured regularly monitoring of customer development has the highest value.

There are a low number of companies with distributors; it is necessary to be careful with the valuation. Value of every statement in area distributors is very similar. The statements are average value in total from 4.2 to 4.7.

The item about regularly discussion about the main problems of suppliers has the lowest value at suppliers. The item measured cooperation of company on new technologies with suppliers has the highest value.

The situation shows that these companies are small and medium size. They do not have enough capital and human resources to all activities which they would like to realize.

4.3 INTERNAL ENVIRONMENT

Both elements of internal environment reach the higher value. Item measured exchange of information among individual departments of the organization is at the first place (6.19). Items measured if every worker knows his competences and responsibilities and if company regularly hold meetings, where we discuss about our successes, inform on new opportunities and threats, set new tasks and discuss with all lower-level managers are at the second place (6.13). The item measured the speed of reaction company at marketing action of competitors has the lowest value.

5. DISCUSSION AND CONCLUSION

There are some differences between market orientation at energetic sector companies and at hi-tech companies. The main difference is connected with the size of companies. The great company has enough financial and human resources to have information about external and sectoral environment. Small companies have advantage in internal environment above all in flexibility and speed response on the decision-making process.

Both researches line out companies are more customer oriented as competitor oriented. Companies in energetic sector and hi-tech companies do not usually have distributors (only 1/3 of companies have distributors). From this reason, it is difficult to analyze this element of market orientation.

It could be interesting the comparison of level of market orientation at energetic sector companies and at hi-tech companies. Along the results, companies in energetic sector are much more market oriented as hi-tech companies. The reason should be that companies in energetic sector are more optimistic as hi-tech companies or large companies should be more market oriented as small companies or the environment is more stable in energetic sector or competition of companies in energetic sector is not as sharp as competition at hi-tech companies.

Results at preliminary research are only pilot. Confirmation our supposition can be realized after finishing research in hi-tech companies. Data collection is in progress now. This paper is based on work done in a research project entitled Research into Implementation of Market Orientation in Hi-Tech Firms. The project is funded by the Grant Agency of the CR (GA 402/07/1493).

Literature:

- DAWES, J. (2000). Market Orientation and Company Profitability: Further Evidence Incorporating Longitudinal Data, *Australian Journal of Management*, vol. 25, no. 2, pp. 173 – 199.
- DRUCKER, P. F. (1954). *Concepts of the Corporation*. pp. 73.
- GIMA, K.A. (1995). An Exploratory Analysis of the Impact of Market Orientation on New Product Performance, *Journal of Product Innovation Management*, vol.12, pp. 275-293.
- HAN, J. K., KIM, N., SRIVASTAVA, R. K. (1998). Market Orientation and Organizational Performance: Is Innovation a Missing Link?, *Journal of Marketing*, vol. 62, no. 4, pp. 30 – 45.
- HELFERT, G., RITTER, T., WALTER, A. (2002). Redefining Market Orientation from a relationship perspective, *European Journal of Marketing*, vol. 36, no. 9/10, pp. 1119-1139.
- KOHLI, A. K., JAWORSKI, B. J., (1990). Market Orientation: The Construct, Research Propositions, and Managerial Implications, *Journal of Marketing*, vol. 54, pp. 1–18.
- KOHLI, A. K., JAWORSKI, B. J., Kumar, A., (1993). Markor: A Measure of Market Orientation, *Journal of Marketing Research* 30, 467 – 477.
- NARVER, J. C., Slater, S. F. (1990). The Effect of a Market Orientation on Business Profitability, *Journal of Marketing*, vol. 54, pp. 20-35.
- ŠIMBEROVÁ, I., CHALUPSKÝ, V., KAŇOVSKÁ, L., TOMÁŠKOVÁ, E., CHLEBOVSKÝ, V. High-Tech Firms' Market Orientation: Research Approach. In VI. Research Meeting among Spanish and Czech Academics "Entrepreneurship and Small Business in International Aspect. [online CD ROM] ISBN 978-80-214-3768-5.
- TOMÁŠKOVÁ, E. (2005). Měření tržní orientace a její vliv na podnikový výkon, *Vutium*, Brno. 29 s. ISBN 8021430273.
- TOMÁŠKOVÁ, E., KAŇOVSKÁ, L., ŠIMBEROVÁ, I., CHALUPSKÝ, V. The Method of Measuring Market Orientation. In EIBA, 13.-15.12.2007, Catania, Italy, [CD disk].

Kontaktní údaje na autora – email:

eva.tomaskova@law.muni.cz

DŮVĚRA NEJEN V MANAGEMENTU

IVAN VÁGNER

Právnická fakulta Masarykovy univerzity, Česká republika

Abstrakt v rodném jazyce

V současnosti dochází v managementu k několika posunům paradigmatu. Tím nejperspektivnějším je posun paradigmatu k principiálnímu vedení. Základním pilířem principiálního vedení je kultura vysoké důvěry. Tento příspěvek je proto věnován problematice důvěry. Hodnotí současnou míru důvěry na individuální, organizační i společenské úrovni a nabízí východiska a doporučený metodický postup, jak prokazatelnou krizi důvěry překonávat.

Klíčová slova v rodném jazyce

Posun paradigmatu v managementu, principiální vedení, kultura vysoké důvěry, pojetí důvěry, krize důvěry, východiska z krize důvěry.

Abstract

There are several paradigm shifts in management. It seems the paradigm managerial shift to the principal leadership is the most perspective one. The basic pillar of the principal leadership paradigm is the higher confidence culture. This contribution is hence devoted to the confidence problems. It tries to evaluate the present confidence level on the individual, organizational as well as social phenomenal areas and offers the solutions how to overcome the identified crisis of confidence.

Key words

Management paradigm shift, principal leadership, culture of higher confidence, concept of confidence, crisis of confidence, solutions from crisis of confidence.

1. ÚVOD

Jsem přesvědčen, že z identifikovaných posunů paradigmatu v managementu je nejdůležitější posun od modelu lidských vztahů a lidských zdrojů k modelu principiálního vedení. Paradigma lidských vztahů a lidských zdrojů je založeno na správném „zacházení“ s lidmi a s jejich správným využíváním pro dosahování individuálních, resp. skupinových, resp. organizačních cílů.

Paradigma principiálního vedení sice vychází z paradigmatu lidských vztahů a lidských zdrojů, ale, co je podstatné, navíc pomáhá lidem najít smysl a naplnění jejich existence.

V prostředí organizací vytvořených lidmi (dále jen OJ) lze paradigma principiálního vedení rámcově charakterizovat takto:

- Vedení pracovníků se opírá o sdílený systém hodnot.

- Management OJ respektuje při všech svých aktivitách mentální principy.¹
- Formování a rozvíjení organizační kultury je založené na „vysoké důvěře“.²

Prosadit paradigma managementu principiálního vedení není a nebude nikdy snadnou záležitostí. Vyžaduje totiž zásadním způsobem změnit myšlení a jednání managementu OJ, což předně znamená vymanit se z „krunýře“ sobectví, využívání druhých lidí ve svůj prospěch, autoritářství apod.

Hypoteticky možno soudit, že v mnoha OJ v ČR lze charakterizovat dosavadní převažující myšlení a jednání následovně: Top management OJ se sice snaží zavádět nové technologie, posilovat pravomoc znalostních pracovníků (dále jen ZP), budovat týmovou organizaci, rozvíjet partnerské vztahy s externími „stakeholders“, ale autoritářské paradigma zůstává zachováno. V duchu tohoto paradigmatu je to šéf, kdo má vždy pravdu a jemuž se nesluší odporovat; mluví se o iniciativě zdola, ale fakticky je tato skutečná iniciativa top managementem OJ posuzována s rozpaky (v některých případech dokonce vnímána jako obtěžující – autor příspěvku zažil v praxi i případ, kdy někteří členové top managementu považovali podnět iniciátora za důkaz jeho nedostatečného pracovního vytížení); hovoří se o nezbytnosti sdílet informace a znalosti, ale ve skutečnosti si každý subjekt managementu buduje své výsadní postavení v OJ na schraňování získaných (osvojených) informací a znalostí.

Tabulka 1: Charakteristika dosavadního převažujícího myšlení a jednání top managementu OJ

V důsledku doposud přežívajícího paradigmatu v managementu, pro něž je příslovečné mnoho frází, „krásných“ slov a málo skutečných činů, panuje nejen v managementu přemíra cynismu mezi lidmi, ale i v nich samých, a pokud jde o míru důvěry ve společnost, ta je velmi nízká a bohužel má v čase klesající tendenci, takže její současný stav lze označit za krizový.

Naštěstí se objevují „osvícené“ top managementy OJ s nadstandardní manažerskou kompetentností, jež začínají o aplikaci mentálních principů uvažovat a snaží se je integrovat do vlastní organizační kultury. Uvědomují si, že právě organizační kultura vysoké důvěry, resp. spolupráce s důvěryhodnými lidmi, je stabilizační premisou pro dlouhodobou úspěšnost (prosperitu) OJ v neisté budoucnosti globalizujícího se světa.

Tedy souhrnně vyjádřeno: Obecně platí, že nízká míra důvěry je bariérou perspektivní budoucnosti OJ. Je tedy prioritní výzvou pro top managementy OJ zvýšit podstatně míru důvěry v jejich OJ. Tuto výzvu lze podložit tvrzením, že vybudování organizační kultury vysoké důvěry bude nutnou podmínkou pro přežití jakékoliv OJ již v blízké budoucnosti, mj. proto, že:

- jedině při existenci organizační kultury vysoké důvěry může být bez obav delegována pravomoc výkonným pracovníkům podporující významně jejich tvůrčí pracovní motivaci a zároveň umožňující vytvářet širší prostor k strategickému zaměření práce top managementů OJ,

¹ Mezi mentální principy patří integrita, čestnost, tolerance, trpělivost, poctivost, odvaha a statečnost a princip „zevnitř ven“.

² Zároveň platí, že organizační kulturu vysoké důvěry v OJ nelze vybudovat bez respektování mentálních principů zejména na úrovni top managementu OJ.

- vyvolává „imunitní“ reakci ve stresových či dokonce krizových situacích, neboť kultura vysoké důvěry v OJ stmeluje lidské snažení a zdroje k překonání krize.

2. CO JE DŮVĚRA A JAKÝ MÁ VÝZNAM PRO ŽIVOT OBECNĚ

Důvěra znamená nepochybovat, věřit sobě, někomu či něčemu. Opakem důvěry je nedůvěra projevující se pochybováním o sobě samém a pochybováním a podezřením o někom či o něčem.

Důvěra je klíčový faktor, který zásadním způsobem ovlivňuje vše v nás i kolem nás. Pokud důvěra roste, významně se zvyšuje pravděpodobnost úspěchu, prosperity, kvality života. Pokud naopak důvěra klesá, dochází k neúspěchu, krizím a razantnímu zhoršení kvality života.

Je paradoxní, že přes signifikantní vliv faktoru důvěry na vše, co děláme a cítíme, zůstává problematika důvěry stranou odborného zájmu v teorii i praxi managementu. Patrně k tomuto paradoxu přispívá přetrvávající mýtus v tom smyslu, že důvěra je něco, co buďto existuje, nebo ne. S tímto názorem nelze souhlasit, neboť důvěra je pragmatické, věcné a konkrétní aktivum, jež je možné formovat, rozvíjet a dokonce být s obtížemi obnovovat.

Na tomto místě je nutno připomenout výše uvedené tvrzení, že z hlediska společenského, organizačního i individuálního je současná úroveň důvěry velmi nízká, navíc s tendencí dalšího poklesu. Tento stav je závažnou bariérou pro vytváření perspektivní budoucnosti. Proto je životně důležité věnovat zvýšenou pozornost vytváření, rozvíjení, poskytování a obnovování důvěry ve všech oblastech lidského snažení a mezilidských vztahů. Aby se tak skutečně dělo, stojíme před nelehkým úkolem osvojování relevantní kompetentnosti zejména u těch, kteří jsou a měli by být moderními vůdci druhých lidí, ale i sebe samých, což se především týká politiků, lídrů organizací a také všech ZP.

To, co by nás mělo v naplňování výše zmiňované priority podněcovat je nezvratný poznatek, že právě důvěra je nejdůležitějším faktorem ovlivňujícím pozitivně rychlost a nákladovost „dělaní věcí“ v obecném slova smyslu!

3. DŮKAZY O KRIZI DŮVĚRY

Hypoteticky platí, že nízká míra důvěry panuje všude a její důsledky cítíme na všech úrovních, tj. společenské, institucionální, organizační, vztahové i osobní. Mnozí se narušení důvěry různými skandály, podvody, evidentními snahami politiků „zametat problémy pod koberec“, někdy problematická interakce policie, státních zastupitelství a soudní mocí atd. způsobuje, že obnovování důvěry se stává stále obtížnější. Důkazy pro toto neradostné tvrzení dokládají mnohé výzkumy. Tak např. výzkum realizovaný v USA v roce 2005 a výzkum britského sociologa Davida Halperna přinesly následující závažné závěry³ (viz tab. 2 a 3):

Obecně platí: Důvěra je (až na nepodstatné výjimky) mnohem nižší jak dříve!!

Důvěra ve společenské instituce v USA (výzkum 2005)

³ Tabulky vytvořené autorem tohoto příspěvků jsou převzaty z údajů publikace COVEY, R.M.S. (2008) s. 29 a 30.

Media: 22%; Politické strany: 8%; Vláda 27%; Korporace 12%

Vzájemná důvěra mezi lidmi (výzkum britského sociologa D. Halperna)

Druhým lidem v USA důvěřuje 34%, v Latinské Americe 23%, v Africe 18%; Ve GB před 4 lety 60%, nyní jen 29%; situace je mnohem lepší ve skandinávských zemích 68%

Důvěra v OJ (výzkum britského sociologa D. Halperna)

51% zaměstnanců důvěřuje top manažerům

36% zaměstnanců je přesvědčeno, že lídři ctí princip integrity

76% zaměstnanců se v posledních 12 měsících setkalo s nezákonným nebo neetickým jednáním manažerů, které by mohlo vážně ohrozit důvěru veřejnosti

Nejvýznamnějším důvodem pro odchod ze zaměstnání jsou špatné vztahy se šéfy

Tabulka 2: Vybrané výstupy z výzkumu míry důvěry k institucím a v OJ

Míra důvěry na individuální úrovni

Přiznaná míra podvodů studentů u přijímacích zkoušek na magisterské studium

studenti přírodních a sociálních věd – 43 %

studenti pedagogických oborů – 52 %

studenti medicíny – 63 %

studenti práv – 63 %

studenti ekonomie – 75 %

Pozn.: Jak by asi pacient nahlížel na lékaře, jenž ho má operovat, pokud by věděl, že na univerzitě s více jak 50% podváděl!

Tabulka 3: Vybrané výstupy z výzkumu míry důvěry na individuální úrovni

Kromě výše zmíněných dimenzí důvěry nelze opomenout problematiku důvěry vůči sobě samým. I u této dimenze, která je vlastně nejzásadnější a nejdůležitější, existují vážné problémy. Např. mnozí lidé neplní vytýčené osobní cíle a závazky. Výsledkem je potom nedůvěra v sebe samé, což zároveň předurčuje nedůvěru ve vztazích s druhými lidmi, k OJ i v jejím rámci atd. Nicméně pokud je našim cílem obnovit důvěru, je jednou z neefektivnějších i nejrychlejších cest začít důsledně přijímat a plnit všechny závazky vůči sobě samým i druhým lidem!!

4. ZÁKLADNÍ VÝCHODISKA Z KRIZE DŮVĚRY

Základním východiskem k překonání krize důvěry je připuštění toho, že tato krize skutečně existuje a že má velice všeobecně závažné negativní důsledky pro lidskou civilizaci.

Druhým východiskem je pochopení, že ve společnosti existují zakořeněné mýty týkající se důvěry, které je třeba překonat. Následující tabulka č. 4 srovnává existující mýty s objektivní skutečností:

MÝTUS

OBJEKTIVNÍ SKUTEČNOST

Důvěra je nedůležitá, je to „měkký“ faktor managementu, bez něhož se můžeme obejít.

Důvěra je důležitá, je to „tvrdý“ faktor managementu, který lze kvantifikovat. Důvěra měřitelným způsobem ovlivňuje rychlost a náklady.

Důvěra se vytváří a působí pomalu.

Důvěru lze vytvářet relativně rychle.

Důvěra vyrůstá výlučně z integrity.

Důvěra je funkcí charakteru (jehož součástí je integrita) a způsobilosti.

Důvěru buďto máme, nebo nemáme.

Důvěru lze vytvořit nebo zničit.

Jednou ztracenou důvěru nelze opětovně získat.

Ztracenou důvěru lze většinou obnovit, přestože je to obtížné.

Důvěru si nelze osvojit.

Důvěru je možné si efektivně osvojit. Tato schopnost se může stát strategickou výhodou, působící jako převodní páka při realizaci záměrů.

Důvěřovat lidem je příliš riskantní.

Nedůvěřovat lidem je ještě riskantnější.

Získat důvěru znamená získat důvěru jednoho konkrétního člověka.

Získat důvěru jednoho člověka znamená získat důvěru mnoha lidí.

Tabulka 4: Komparace mýtů a objektivní skutečnosti o důvěře

Třetím východiskem je přijetí faktu, že lze hovořit o ekonomii důvěry, tedy, že lze míru a posun míry důvěry exaktně vyhodnocovat, měřit. Míra důvěry má totiž vždy vliv na rychlost a náklady toho, co děláme. Jestliže důvěra klesá, rychlost řešení problémů, plnění úkolů, zabezpečení výkonu a rozvoje poslání jakéhokoliv objektu managementu se snižuje a náklady s tím spojené rostou. Naopak při růstu míry důvěry se rychlost zvyšuje a náklady klesají.⁴

⁴ Jako pozitivní příklad ekonomie důvěry lze uvést na jedné straně vysoce nákladné a zdlouhavé spojování OJ, např. formou fúzí, akvizicemi a aliancemi a na straně druhé téměř okamžité a nákladově zanedbatelné formování virtuálních organizačních struktur za účelem využití významných příležitostí na globálním trhu -samozřejmě za předpokladu existence vysoké vzájemné důvěry spolupracujících (partnerských) OJ.

Jako negativní příklad ekonomie důvěry uvádím převzatý argument z publikace COVEY, R.M.S. (2008) s.33., kdy v důsledku podvodného uvádění výsledků hospodaření společností Enron, WorldCom a dalších, došlo v USA k přijetí Sarbanesova-Oxleyova zákona za účelem napomoci zlepšit nebo alespoň udržet důvěru ve veřejné trhy. Nicméně výchozí podvodné chování některých společností (ztráta důvěry) se, v důsledku přijatého zákona (snaha o obnovení důvěry), stalo velkou finanční zátěží i pro ty OJ, které uváděly své výsledky hospodaření v souladu s realitou. Právní řešení problému nedůvěry ve veřejné trhy vyvolalo, v souvislosti s realizací pouze jedné sekce zákona, náklady ve výši 35 mld. USD!

Čtvrtým východiskem je uvědomění si důsledků pro management (dále jen v rámci OJ), pokud je míra důvěry v organizační kulturu nízká a naopak pokud je míra důvěry vysoce nadstandardní (viz tab. č. 5 a 6).

Dysfunkční prostředí a destruktivní organizační kultura (otevřený konflikt, sabotáž, zášť, soudní spory, nezákonné jednání)

Militantní jednání zainteresovaných stran (interních „stakeholders“)

Intenzivní mikromanagement

Redundantní hierarchie

Systémy a struktury pro trestání

Tabulka 5: Negativní důsledky nízké míry důvěry v OJ

Vysoká míra spolupráce a partnerství

Nenucená komunikace

Pozitivní, transparentní vztahy s interními, ale i externími „stakeholders“

Plně sladěné systémy a struktury

Výrazně inovativní chování všech subjektů managementu, zapojení, důvěra a loajalita

Tabulka 6: Pozitivní důsledky vysoké míry důvěry v OJ

Pátým východiskem je pochopení, jak důvěra, která je jedním z neúčinnějších forem motivace a inence, funguje. Většinou se totiž má za to, že důvěra je spojována s charakterem člověka (lidí). Charakter je samozřejmě podstatným základem důvěry, ale domnívat se, že důvěra vyvěrá výhradně z charakteru je pouze mýtus (viz výše tab. č. 4). Ve skutečnosti důvěra je funkcí charakteru i kompetentnosti, přičemž charakter determinují vlastnosti, integrita, motivy, úmysly v mezilidských vztazích, zatímco kompetentnost deklaruje způsobilost, schopnosti a dovednosti, doposud dosažené výsledky.

Konečně **šestým**, nejzávažnějším **východiskem** je překonat v myšlení princip „zvenku dovnitř“ a přijmout a osvojit si mentální princip „zevnitř ven“. Tedy opustit ono hluboce zakořeněné myšlení, že mnou (námi) pocíťované problémy jsou způsobeny výhradně někým nebo něčím mimo mne (nás) a proto náprava je jedině možná změnou v mém (našem) okolí. Realita je ve skutečnosti taková (což vyjadřuje mentální princip „zevnitř ven“), že bychom si měli uvědomovat můj (naš) okruh vlivu, v němž lze mnohé změnit a tím nejen tento okruh vlivu rozšiřovat, ale podněcovat změny v okolí. Přijetím premisy začít s formováním, rozvíjením i obnovováním důvěry u sebe samých se vytváří základ účelného a účinného metodického postupu k překonání krize důvěry, který je popsán rámcově v následující části příspěvku.

5. DOPORUČENÍ K PŘEKONÁVÁNÍ KRIZE DŮVĚRY

S.R.M. Covey doporučuje respektovat důsledně mentální princip „zevnitř ven“ a v tomto smyslu aplikovat model šíření důvěry v pěti „vlnách“ založeném na myšlence domino-efektu (viz následující obrázek).



Obrázek 1 Pět „vln“ šíření důvěry⁵

Jde tedy o tyto „vlny“ šíření důvěry:

- sebedůvěra
- důvěra ve vztazích
- důvěra v OJ
- důvěra na trhu
- důvěra ve společnosti.

Sebedůvěra spočívá v důvěře v sebe sama. Týká se zejména schopností vytyčovat a dosahovat cíle, dodržovat vlastní závazky, myslet, vyjadřovat se a jednat v souladu s mentálním principem integrity a tím také vzbuzovat v druhých lidech důvěru. Klíčovým principem první „vlny“ je důvěryhodnost, jež se opírá o čtyři základní prvky:

- integritu
- úmysly
- způsobilost
- výsledky.

Důvěra ve vztazích zahrnuje formování a prohlubování tzv. „konta důvěry“, které máme u druhých lidí. Příspěvkem na toto konto je např. naše plnění slibů, úbytkem naopak jejich neplnění. Základním principem této „vlny“ je konzistentní chování, které je spojeno s těmito vzorci chování:

⁵ Obrázek převzat z publikace COVEY, M.R.S. (2008), s. 51.

- mluvit zpříma
- projevovat respekt
- jednat transparentně
- napravovat nevhodné chování
- dávat najevo loajalitu
- mít výsledky
- zdokonalovat se
- postavit se realitě čelem
- vyjasňovat očekávání
- jednat odpovědně
- nejdříve naslouchat druhým
- dodržovat závazky
- poskytovat důvěru.

Vytváření a prohlubování **důvěry v OJ** je úzce svázáno s jednáním a chováním členů top managementu OJ. Má-li se tato organizační důvěra pozitivně vyvíjet, pak musí být pro top management vodítkem princip sladění zájmů a očekávání všech interních „stakeholders“. V této souvislosti by si měli lídři OJ uvědomovat, **co brání vytváření žádoucí organizační kultury vysoké důvěry:**

- nadbytečnost
- byrokracie
- politiky
- nezájem
- fluktuace
- turbulence.

a že naopak **organizační kultura vysoké důvěry „plodí“** následující **pozitivní důsledky:**

- vyšší hodnotu
- zrychlení růstu
- kvalitnější inovace
- lepší spolupráci

- silnější partnerství
- lepší a snadnější realizaci
- vyšší loajalitu.

Získání **důvěry na trhu** bude každý z nás zjevně považovat za něco snadno pochopitelného a zároveň nesmírně důležitého pro úspěch, prosperitu a perspektivní budoucnost jakéhokoliv objektu managementu. Ne každý si však uvědomí, že důvěru na trhu v obecném slova smyslu nelze dosáhnout bez návaznosti na „proplutí“ první a druhou „vlnou“, v případě snahy o dosažení individuální důvěry na trhu (např. na pracovním trhu), resp. „proplutí“ všemi předchozími „vlnami“ důvěry, pokud se jedná o důvěru OJ na trhu zboží a služeb. Klíčovým principem čtvrté „vlny“ je v obou případech pověst a jejím cílem vytváření dobré pověsti či „značky“, jež vzbuzuje důvěru všech externích „stakeholders“ na trhu (u OJ samozřejmě na prvním místě jejich zákazníků či klientů).

Poslední pátá „vlna“ důvěry, tj. **důvěra ve společnosti** se váže na vytváření hodnot určených pro druhé a pro lidskou společnost jako celek. Domnívám se, že právě současná důvěra ve společnosti je nejvíce zasažená krizí. Je tomu tak proto, že míra důvěry ve společnosti je „podkopána“ prohřešky a slabinami (nedostatky) týkajícími se sebedůvěry, důvěry v mezilidských vztazích, důvěry v OJ a důvěry na trzích.

„Vybřednout“ ze společenské krize důvěry vyžaduje důsledně respektovat princip přispění jednotlivců a OJ k ozdravení a pozitivnímu fungování i rozvoje globální společnosti. Přispění má různé formy:

- Jednotlivci i OJ mohou poskytovat finanční prostředky na podporu zkvalitnění života bezmocným a sociálně slabým lidem.
- Dobrovolníci mohou přispívat druhým lidem výkonem pro ně prospěšných činností (např. pomocnými aktivitami v nemocnicích a sociálních zařízeních).
- OJ se mohou soustředit na vytváření pozitivních externalit (např. důrazem na sociální a environmentální výkon jejich poslání). V souvislosti s podnikáním je pozitivním zjištěním, že řada osvědčených podnikatelů a top managementů OJ si začíná uvědomovat pozitivní ekonomické důsledky přijetí a respektování sociální odpovědnosti⁶ (u nadnárodních korporací globální odpovědnosti) „stakeholders“ – nejen vůči vlastníkům.

V souhrnu je tedy třeba si uvědomit, že v jádru globální sociální odpovědnosti OJ se nachází globální občanská odpovědnost jedinců. Z ní vyplývá potřeba, aby každý z nás se vědomě rozhodl pro důraz na zlepšení životních podmínek druhých a investoval v tomto smyslu část svých úspor a přijatelný podíl disponibilního času a úsilí. Zaměření na rozvíjení globální občanské odpovědnosti ve všech dimenzích života musí důsledně respektovat princip „zevnitř ven“ a dále postupovat takto:

⁶ Stále více zákazníků dává přednost nákupu zboží a služeb od společností, které projevují integritu, kladné úmysly, nadstandardní způsobilost a mají pozitivní výsledky.

- Začít se zabývat mírou vlastní důvěryhodnosti.⁷
- Provéřit svůj přínos pro vlastní rodinu.⁸
- Posoudit příspěvek OJ, v níž jsem zaměstnán a nebo jsem jejím vlastníkem i můj vlastní přínos pro společnost.⁹
- Konečně zhodnotit, do jaké míry se já, má rodina a naše OJ chová v souladu s třinácti žádoucími vzorci chování (vzorce chování viz výše v souvislosti s výkladem druhé „vlny“ vytváření a prohlubování důvěry ve vztazích).

Realizace výše uvedených čtyř kroků by měla vést k pochopení každého z nás, že důvěra páté „vlny“ důvěry je důsledkem důvěryhodnosti, která se od posilování sebedůvěry, přes prohlubování našich mezilidských vztahů, zlepšování důvěry v OJ a na trzích šíří do celé společnosti!

6. ZÁVĚR

- Charakteristika perspektivního posunu paradigmatu v managementu k principiálnímu vedení se opírá především o formování, udržování a rozvíjení kultury vysoké důvěry.
- Důvěra je podle publikace {COVEY, M.R.S. (2008), titulní strana}, jedinou věcí, která dokáže změnit vše!
- Důvěra je determinována charakterem a kompetentností.
- Míra důvěry je na všech úrovních lidské společnosti na velmi nízké úrovni (možno konstatovat, že je v krizi), což dokazují prokazatelné výsledky vědeckých výzkumů.
- V praxi existují hluboce zakořenělé mýty o důvěře, které je třeba překonat (vymýtit).
- Míru důvěry a její vývoj lze měřit – růst důvěry snižuje náklady a zvyšuje rychlost a naopak pokles důvěry způsobuje růst nákladů a pokles rychlosti.
- Důsledky velmi nízké důvěry, jsou pro všechny objekty managementu fatální, naopak kultura vysoké důvěry přináší nepřehlédnutelná pozitiva.
- Při snaze překonávat krizi důvěry je třeba začít uvědoměním si základních východisek zejména souvisejících s kvalitativní změnou myšlení a jednání na individuální, vztahové, organizační i celospolečenské úrovni.

⁷ Odpovědět si např. na otázky: Jsem důvěryhodný pro ostatní? Mám v úmyslu dělat správné věci, přispívat, dávat? Jsem svou činností a postojem přínosem pro společnost?

⁸ Odpovědět si např. na otázky: Jsem lídrem pro ostatní členy rodiny a vzbuzuji v nich touhu stát se dobrými odpovědnými lidmi? Je mé jednání, chování a postoje pro ostatní členy rodiny dobrým příkladem?

⁹ Odpovědět si např. na otázky: Je naše OJ důvěryhodná? Vyznačuje se integritou při výkonu a rozvoji poslání? Dává najevo úmysly dělat správné věci, přispívat, dávat ve prospěch společnosti? Vytváří výsledky pro všechny „stakeholders“? Jsem já osobně lídrem, který u ostatních pracovníků vzbuzuje touhu stát se dobrými, globálně odpovědnými lidmi?

- Doporučený metodický postup překonávání krize důvěry vychází z poznáních a akceptovaných východisek a spočívá v „proplutí“ pěti „vlnami“ důvěry od sebedůvěry až po důvěru v globální znalostní společnosti.

Literatura:

- DRUCKER, F.P: Výzvy managementu pro 21. století, Praha : Management Press, 2000. 183 s., ISBN 80-7261-021-X.
- KATRŇÁKOVÁ, H., VÁGNER, I., WEBER, M.: Personal Management and Leadership, Brno : VMU, 2006, 104 s., ISBN 80-210-3535-3.
- COVEY, R.S.: 7 návyků vůdčích osobností. Pro úspěšný a harmonický život, Praha : PRAGMA, 1997, 327 s., ISBN 80-85213-41-9.
- COVEY, R.S. 8. návyk. Od efektivnosti k výjimečnosti,. Praha : Management Press, 2005, 361 s., ISBN 80-7261-138-0.
- COVEY, M.R.S. Důvěra: jediná věc, která dokáže změnit vše,. Praha : Management Press, 2008, 347 s., ISBN 978-80-7261-176-8.
- GRÜN, A. Pracovat a žít. Napětí mezi profesním a osobním životem, Kostelní Vydří : Karmelitánské nakladatelství, 2006, 127 s., ISBN 978-80-7195-4.
- VÁGNER, I., WEBER, M. Osobní Management, 2. přep. vyd. Brno : VMU, 2007, 142 s. ISBN 978-80-210-4265-0.
- VÁGNER, I. Systém managementu, 2. přepr. vyd. Brno : VMU, 2007, 432 s., ISBN 978-80-210-4264-3.

Kontaktní údaje na autora – email:

Ivan.Vagner@law.muni.cz

PUBLIC PROPERTY: INCOME OF MUNICIPALITIES BUDGETS IN LITHUANIA

DALIA VASARIENE, DOVILE MINGELAITE

Faculty of Law, Mykolas Romeris university, Lithuania; Faculty of Economics and finance management, Mykolas Romeris university, Lithuania

Abstract

One of the ways to purchase public property – formation of municipalities' budgets' income – is analyzed in the article. Also the authors analyze a structure of municipalities' budget income. Income of municipalities is the most significant part of municipalities' financial property which makes the financial foundation of a local municipality. Collection of municipalities' budgets' funds is based on local significance necessity of financing programs implementation. Principles of financial independence of local municipal organs established in European local municipal charter are presented to the readers: subsidiary, proportion, limitation of appointing objective subsidies, fiscal independence, variety and flexibility of income, solidarity, consultations, a right to participate in financial market, and implementation of these principles in Lithuania is analyzed

Key words

Public property, municipalities' property, financial property of municipalities, finances of municipalities, income of municipalities, fiscal decentralization.

Property of municipality is considered to be any property that is necessary for territorial administration unit and which according to law provisions are assigned to ownership of municipalities. Property of municipalities of the Republic of Lithuania consists of fixed tangible and intangible assets, current tangible and financial assets. Fixed tangible assets of a municipality is such property that participates in production or service processes many times and does not wear in one year preserving its natural barter form and value of its purchase is not smaller than established by the Government, that are: buildings and constructions of municipality, equipment and other objects of real estate belonging to a municipality by property rights; pieces of land of non-agricultural purpose transferred to the ownership of a municipality according to the order established by laws; movable and immovable cultural values and monuments of local significance belonging to a municipality by the property rights; other movable fixed intangible assets. Intangible property of municipalities is a right to use heraldry objects of municipalities; patents and licenses obtained on behalf of companies, institutions and organizations of a municipality, also rights gained from patents and marks of certification of licenses, technical design documents, programs for processing information and results of intellectual activity; other intangible property. Current tangible assets of municipalities are a property intended to be used or sold in one year or a purchase value of which is smaller than a value established by the Government for fixed tangible assets. Financial assets of municipalities are income of a municipality's budget; securities belonging to municipalities according to property rights and interests gained from these securities; net income, which is not included into a municipality's budget, received while managing and using fixed tangible assets of a municipality or disposing them; a claim to loans granted by municipalities; capital of municipality's companies and their net profit.

The property can become a public property by general civil legal means and by special means that are not common for legal relationship of private property.

General means for purchasing public property are regulated by norms of the Civil code of the Republic of Lithuania (purchase of derelict, transference of a found thing to the ownership of the state, the state's and a municipality's property right to inherit the property), whereas special means, for example, when collecting taxes, fees, taking a chose for needs of society or confiscating property, are regulated by norms established in separate acts on public law (public purchase, fees and other compulsory payments and confiscation of property).

Taxes, fees and other compulsory payments are distributed to budgets of the state and municipalities and are considered as fixed financial assets of the state and municipalities.

Property right of the state and municipalities to the collected taxes, fees and other compulsory payments is caused by duly performance of functions to collect taxes from private and public legal and natural persons and taxpayers that are assigned by legal acts on taxation to the authorized institution – State Tax Inspectorate.

Order of assigning, collecting and distributing taxes, fees and other compulsory payments is established by the Republic of Lithuania law on tax administration which also regulates other related questions.

In this article the authors analyze income of municipalities' budgets and how they are administrated and used. Moreover other peculiarities of formatting income of municipalities' budgets and implementation of municipalities' budgets are revealed in the article.

Lithuanian budgetary system is composed of independent state budget of the Republic of Lithuania and independent budgets of municipalities. State budget of the Republic of Lithuania is a plan of state budget income and assignments for a fiscal year approved by the Parliament. Budget of municipalities is a plan for a municipal's budget income and assignments for a fiscal year ratified by a council of the municipality¹. Funds from the state budget are used for financing co-state needs. In municipalities' budgets funds for financing social, economic and other programs of local significance and for maintaining local municipal establishments and institutions are accumulated. Collection of municipalities' budgets' funds is based on a necessity to finance implementation of programs of local significance.

Part 1 of art. 127 of the Constitution² of the Republic of Lithuania provides that Lithuanian budgetary system is made of independent state budget of the Republic of Lithuania and independent budget of local municipalities. Each of 60 municipalities forms and approves its budgets every year. This right (as well as duty) is established in art.121, part 1 of the Constitution of the Republic of Lithuania. Budgets approved by local municipalities together with the state budget of the Republic of Lithuania become a constituent part of Lithuanian budgetary system.

Municipalities have to follow the established order while preparing, approving and executing their budgets. The order has to be understood not only as actions the purpose of which is to prepare and approve a budget (as a document having legal operation) but also as requirements for the content and form of this document. The same classification of income and assignments and the same principles of preparing accounting and accountability are used while

¹ The Republic of Lithuania law on formation of a budget, 30 July, 1990, No. I-430 (Valstybes ziniuos., 1990, No. 24-596; 2003, No. 117-5321).

² Constitution of the Republic of Lithuania// Valstybes ziniuos. 1992, No.33-1014.

implementing publicity and transparency principles of public finances, including the ones of municipalities, and while preparing and approving budgets of municipalities.

Finance departments of municipalities' administration when preparing projects of municipalities' budgets follow these main regulations³ of preparing and approving budgets of municipalities:

- Executive institutions of the municipalities organize a preparation of projects for budgets of municipalities. Until 2003 projects for budgets of municipalities were prepared according to the order established by the board of municipalities. Currently because of absence of board institutional management level, an administration of a municipality is responsible for preparation of budget projects.
- Projects for municipalities' budgets are prepared according to financial indexes of the municipalities' budgets approved by the Parliament of the Republic of Lithuania, data of state statistics and social, economic and other programs approved by a council of a municipality. It is recommended for municipalities while forming budgets of municipalities to apply principles of strategic planning and forming a budget according to programs provided in Methodology of Strategic Planning⁴, supplemented accordingly to own needs.
- Administrators for assigning budgets of municipalities following the order of preparing projects for budgets of municipalities established by a director of municipalities' administration prepare projects of their statement of costs and organize preparation of projects of statements of costs of subordinate institutions. Administrators for assigning budgets of municipalities are responsible for correct preparation of their and subordinate institutions' statements of costs.
- Administrations of municipalities check whether calculations presented in projects of statements of costs are correct, economy mode is kept and whether assignments for covering current debts are intended and specify and include assignments into projects of municipalities' budgets if necessary.
- Administrations of municipalities present the prepared projects of municipalities' budgets to councils of municipalities. Councils of municipalities consider budget projects considering notice of administration of municipalities, suggestions and conclusions of committees of municipalities' councils.

In Lithuania municipalities prepare budget projects according to the laws of the Republic of Lithuania, financial indexes of municipalities' budgets approved by the Parliament of the Republic of Lithuania, data of official statistics, social and economic programs approved by councils of municipalities as well as programs prepared by administrators for assigning budgets of municipalities and their estimation projects.

³ The regulations are excluded considering the resolution issued by the Government of the Republic of Lithuania No. 751, 15 June, 2004 "Regarding approval of rules for forming and executing the state budget and municipalities' budgets of the Republic of Lithuania"// Valstybes zinios. 2004, No. 96-3531.

⁴ The resolution issued by the Government of the Republic of Lithuania No.902, 16 July, 2004 "Regarding adjustment of the resolution issued by the Government No. 827, 6 June, 2002 "Regarding approval of methodology of strategic planning""//Valstybes zinios, 2004, No. 112-4187.

It is recommended for municipalities while forming budgets of municipalities to apply principles of strategic planning and forming a budget according to programs provided in Methodology of Strategic Planning⁵, supplemented accordingly to own needs

While analyzing practice of municipalities for preparing projects of municipalities' budgets in Lithuania, we can exclude two different orders of preparing projects of municipalities' budgets.

The first order of preparing projects of municipalities' budgets. Projects of municipalities' budgets are prepared according to programs of administrators for assigning municipalities' budgets and their estimate projects, which can but do not have to be approved by councils of municipalities (whether councils of municipalities approve programs of assignation administrators and their estimate projects or not depend on the budget preparation order established by each municipality according to which projects of municipalities' budgets are prepared). Assignation administrators present their prepared programs and estimate projects to executive institutions of municipalities which considering the programs and their estimate projects prepare a budget project. Such order exists in Vilkaviskis district municipality, Marijampole district municipality and in others.

The second order of preparing projects of municipalities' budgets. Municipalities apply principles of strategic planning and budget forming according to programs provided in Methodology of Strategic Planning⁶, supplemented accordingly to own needs while forming budgets of municipalities. Assignation administrators, as in the case of the first order, prepare their programs and their estimate projects but these programs and their estimate projects are based on principles of strategic planning and budget formation according to programs, i.e., general plans of municipalities, long-lasting development plans of municipalities and average length plans of municipalities' activity (three-year plans). This order is more modern (newer) in our country and it is only of recommended nature still. Such order exists in Vilnius town municipality, Klaipeda town municipality, etc.

Municipalities while preparing projects of municipalities' budgets have to provide in them not only assignations but budget income as well.

Directors of municipalities' administrations present the prepared projects of municipalities' budgets to councils of municipalities according to the order of established by the regulations of municipalities' councils.

Councils of municipalities discuss projects of municipalities' budgets considering notices of executive institutions of municipalities, suggestions and conclusions of committees of municipalities' councils.

Committees of municipalities' councils are composed of council members by the decision of a municipality's council. Representatives of society, experts and public officials can participate

⁵ The resolution issued by the Government of the Republic of Lithuania No.902, 16 July, 2004 "Regarding adjustment of the resolution issued by the Government No. 827, 6 June, 2002 "Regarding approval of methodology of strategic planning""//Valstybes ziniuos, 2004, No. 112-4187.

⁶ The resolution issued by the Government of the Republic of Lithuania No.902, 16 July, 2004 "Regarding adjustment of the resolution issued by the Government No. 827, 6 June, 2002 "Regarding approval of methodology of strategic planning""//Valstybes ziniuos, 2004, No. 112-4187.

in the work of committees as advisors according to the order established by the regulations of activity of a municipalities' council. It is obligatory to form Control committee in every municipality. Other committees are formed according to a decision of municipalities' councils. While forming committees a principle of proportional representation of majority and minority has to be followed. Councils of municipalities determinate numbers of committees and their members and their powers, except the Control Committee. Work order of committees is established by the regulations of activity of a municipality's council.

Committees according to their competence make advisory decisions.

Thus projects prepared by municipalities' administrations are firstly considered by an appropriate committee of a municipality's council and only then budget projects are considered in the councils of municipalities considering decisions and conclusions made by this committee.

Councils of municipalities approve budgets of municipalities. The budget is approved by the decision of a municipality's council. In a decision the following should be indicated:

1. total sum of income and its distributions according to a type of income;
2. total sum of assignments and their distribution to budgetary institutions or to departments of municipalities' administration for implementing programs. Assignations for costs (including salary) and purchasing property.

Councils of municipalities approve budgets within two months from approval of state budget and financial indexes of municipalities' budgets. If budgets of municipalities are not approved on time, assignments at the beginning of year until approval of budgets cannot exceed 1/12 assignments of the last year budgets every month. In this case, assignments of every administrator for assignments cannot exceed 1/12 funds provided for this administrator for assignments by the last year appropriate budget and are intended only for financing continuous activity and commitments provided in laws (except programs of European Union financial support and of general financing, for which assignments are transferred according to concluded agreements) and for covering debts.

Thus approval of municipalities' budgets is directly related with approval of state budget and financial indexes in the Parliament.

The Parliament has to pass a law on approval of state budget and financial indexes of municipalities' budgets every year until the beginning of new fiscal years (art.131 of the Constitution⁷ of the Republic of Lithuania), i.e. until 1 January.

Art. 132 of the Constitution⁸ of the Republic of Lithuania for state budgets (as well as for municipalities' budgets) provide that if the state budget is not approved on time, its costs at the beginning of the fiscal year every month cannot exceed 1/12 costs of the last year state budget.

⁷ Constitution of the Republic of Lithuania // Valstybes zinios. 1992, No.33-1014.

⁸ Ibid

Councils of municipalities have to approve budgets within two months from approval of state budget and financial indexes of municipalities' budgets, not from their pronouncement or enactment. Municipalities encounter a problem that they have to observe work of the Parliament constantly, when it ratifies the law on approval of state budget and financial indexes of municipalities' budgets. Moreover, not all laws passed by the Parliament are signed by the president of the Republic of Lithuania, a part of them is reasonably returned to the Parliament for retry. Considering the fact that municipalities are liable to subscribe "Valstybes zinios" in order to know what legal acts are passed and when they come into force, therefore it is suggestable to change the first sentence of art. 26, part 5 of the law⁹ on Budget formation and to state it in this way: "Councils of municipalities have to approve budgets within two months from announcing law on approval of state budget and financial indexes of municipalities' budgets in "Valstybes zinios".

If councils of municipalities do not approve budgets within two months from approval of state budget and financial indexes of municipalities' budgets, at the beginning of the year until approval of budgets every month they cannot exceed 1/12 assignments of the last year municipalities' budgets. Moreover, if a municipality do not approve budget until the determined time, funds from state budget to a particular municipality are not transferred temporary until the approval of budget.

While analyzing base of legal acts regarding approval of municipalities' budgets, we noticed a legal problem (ambiguity). Art. 37, part 1 of the law on Local municipal government¹⁰ provides that a budget of a municipality is formed and approved for a fiscal year and procedure of preparation, consideration and approval of municipalities' budgets is established by the law on Budget formation and regulations approved by the decision of the Government.

Art. 26, part 5 of the law on Budget formation¹¹ provides that councils of municipalities approve budgets within two months from approval of state budget and financial indexes of municipalities' budgets. If projects of municipalities' budgets are not approved on time, budgets are executed according to the order established by art.29 of this Law, i.e. assignments at the beginning of year until approval of budgets cannot exceed 1/12 assignments of the last year budgets every month. In this case, assignments of every administrator for assignments cannot exceed 1/12 funds provided for this administrator for assignments by the last year appropriate budget and are intended only for financing continuous activity and commitments provided in laws (except programs of European Union financial support and of general financing, for which assignments are transferred according to concluded agreements) and for covering debts.

Thus, it remains legally unclear from what moment consequences provided in art. 29 of the law on Budget formation¹² are applied: whether a budget is not approved, as it is provided in law on Budget formation, within two months from approval of state budget and financial indexes of municipalities' budgets, or, as it indirectly indicated in art. 37, part 1 of the law on

⁹ Law on Budget formation of the Republic of Lithuania // Valstybes zinios. 2004, No. 4-47; 2005, No. 144-5237.

¹⁰ Law of local municipal government of the Republic of Lithuania // Valstybes zinios. 2000, No. 10-12.

¹¹ Law on Budget formation of the Republic of Lithuania // Valstybes zinios. 2004, No. 4-47; 2005, No. 144-5237.

¹² Ibid

Local municipal government¹³, that a budget of a municipality is formed and approved for one fiscal year, and according to Constitution of the Republic of Lithuania a fiscal year starts on 1 January, thus a conclusion can be made that consequences provided in art. 29 of the law on Budget formation¹⁴ arise if municipalities do not approve budgets until 1 January of a fiscal year.

Councils of municipalities while approving income of municipalities' budgets intend funds from state budget according to sums (provided in laws on approval of state budget and financial indexes of municipalities' budgets) approved by the Parliament and while approving distribution of assignments for programs they indicate how much it is intended for special programs.

Budgets of municipalities are approved without deficit, i.e. difference between income and assignments of the budget cannot be negative.

Directors of municipalities' administrations present the approved budgets of municipalities to the Ministry of Finances.

Thus, preparation and approval of municipalities' budgets are directly related with approval of state budget in the Parliament, because only after the Parliament passes the law on approval state budget and financial indexes of municipalities' budgets for a particular fiscal year, municipalities can approve their budgets. Both state budgets and municipalities' budgets have to be approved until the beginning of a fiscal year, i.e. until 1 January, otherwise – every month budgetary costs cannot exceed 1/12 assignments of the last year budget.

Both state budget income and income of municipalities' budgets are financial resources which are a property of state or municipalities and are transferred to budgets of the state or municipalities. These resources are used for executing functions and tasks of municipalities (state). Thus we can classify budgetary income into income of state budget and into income of municipalities' budgets according to which budget they go.

Despite the fact that income of state budget and municipalities' budgets is a complicated phenomenon, this income makes an integrated system. Income of municipalities' budgets can be considered as a part of national income which during a distribution process becomes a property of municipalities and creates a financial base of municipalities' activity.

A structure of municipalities' budgets is caused by the purpose of preparing budgetary document which is to accumulate funds (income) necessary for executing functions of municipalities.

Income of municipalities' budgets is made of tax and non-tax income and subsidies of state budget. Such income is the following:

- a. income from taxes, received by budgets of municipalities according to the laws and other legal acts;

¹³ Law of local municipal government of the Republic of Lithuania // Valstybes zinios. 2000, No. 10-12.

¹⁴ Law on Budget formation of the Republic of Lithuania // Valstybes zinios. 2004, No. 4-47; 2005, No. 144-5237.

- b. income from a property of municipalities (except income received according to the law on Privatization of State's and municipalities' property);
- c. income of municipalities' budgetary institutions for provided services;
- d. fines collected according to the order established by laws;
- e. local fees;
- f. income received from leased or granted for use public land, water bodies of public internal waters fund and from distributing funds for sold public lots of not agricultural purpose according to the order established by the Government;
- g. subsidiaries from state budget and other transferred funds;
- h. benefactions (pecuniary means);
- i. income for balances of municipalities' funds in current accounts;
- j. loans;
- k. other income provided by laws;
- l. payments included into income of municipalities' budgets for realization of fixed tangible and intangible assets;

Just as state budget is an attribute of state's sovereignty, so budgets of municipalities are a guarantee of their independence. In budgets of municipalities there are fund which are disposed by municipalities at their own discretion, to be more precisely, which are used for satisfying needs of a particular community. Budgets of municipalities are the main element of both the state's and municipalities' financial activities. Thus financial resources in budgets of municipalities belong not to one institution of a municipality, but to a municipality itself. Institutions of municipalities only administer funds belonging to a municipality within the limits of their competence.

Thus, although the Constitution¹⁵ of the Republic of Lithuania establishes that budgets of municipalities are independent, the state limits their independence by determining the value of income to budgets of municipalities.

Every year the Parliament by ratification the law on approval of state budget and financial indexes of municipalities' budgets determines values of income and assignments of the state budget. By this law a part of citizens' income tax falling on all budgets of municipalities from income to the national budget is approved to municipalities.

Special objective subsidiaries of the state budget and general subsidiaries of the state budget and their compensations are approved by the law on approval the state budget and financial indexes of municipalities' budgets. While approving the state budget, compensation values of returnable general subsidiaries are determined in the Parliament.

¹⁵ Constitution of the Republic of Lithuania // Valstybes zinios. 1992, No. 33-1014.

If the Parliament or the Government make decisions in a fiscal year or plans to make decisions that change income and costs of municipalities' budgets the next year, changes of income and costs are compensated, except those changes by which budgets of municipalities decrease because of land rent for public land in a territory of free economical zone used for buying out land from land owners. In a fiscal year a state budget general subsidiary compensation of a sufficient value should be allocated in relationship with changes of income and costs of the municipalities' budget or necessary sums should be taken from budgets of municipalities and the next year a part of citizens' income tax per all budgets of municipalities should be corrected.

If during a fiscal year according to data of annual account of a municipality a smaller amount of income (without subsidiaries of the state budget) was received than it has been prognosticated to receive according to financial indexes of municipalities' budgets of that year, these not received income can be compensated until the end of the fiscal year. Calculating the sum of this not received income, income received by municipalities is enlarged with calculable payments which were not received because of tax concessions made by decisions of a council of a municipality.

If executing the state budget the received excess income and assignments that have lost their purpose are not enough to cover tax income not received by budgets of municipalities, not more than 30 per cent of municipalities' budgets, prognosticated income and exceed income from citizens' income tax of which have been received, can be used for compensating them. A separate municipality's exceed sum of citizens' income tax allocated for compensation of not received income cannot exceed 50 per cent of the general exceed income of that municipality. If the mentioned funds are not sufficient for covering not received income of all municipalities, they are distributed to budgets of municipalities up to the equal level of not received income.

After the end of a fiscal year, the Government passes a resolution until 1 April and indicates sums of funds which municipalities have to transfer to the account of the State's treasury and sums of funds that are to be distributed for municipalities for compensating their not received income.

The Government or its authorized institution has a right to take to the state budget those sums that are to be transferred but have not been transferred from municipalities' budgets to the state budget as it has been indicated in the resolution passed by the Government.

Thus a fair part of municipalities' budgets is made of amounts of income and assignments received from the state budget, the value of which is calculated according to the order established by the legal acts.

A significance of municipalities' budgets in a budgetary system of the state decreases every year. During the last several years municipalities' budgets in Lithuanian national budget made only approximately 15 per cent, despite the fact that each year municipalities have to execute more and more functions.

Literatura:

- Constitution of the Republic of Lithuania // Valstybes zinios. 1992, No. 33-1014.
- Law on Budget formation of the Republic of Lithuania // Valstybes zinios. 2004, No. 4-47; 2005, No. 144-5237.

- Law of local municipal government of the Republic of Lithuania // Valstybes ziniuos. 2000, No. 10-12.
- The resolution issued by the Government of the Republic of Lithuania No.902, 16 July, 2004 “Regarding adjustment of the resolution issued by the Government No. 827, 6 June, 2002 “Regarding approval of methodology of strategic planning””//Valstybes ziniuos, 2004, No. 112-4187.
- The regulations are excluded considering the resolution issued by the Government of the Republic of Lithuania No. 751, 15 June, 2004 “Regarding approval of rules for forming and executing the state budget and municipalities’ budgets of the Republic of Lithuania”// Valstybes ziniuos. 2004, No. 96-3531.

Kontaktiniai údaje na autora – email:

daliavasariene@mruni.lt, dovile.mingelaite@mruni.lt

PARTNERSTWO PUBLICZNO – PRYWATNE W POLSCE – PODSTAWY PRAWNE I PRAKTYKA FUNKCJONOWANIA

KATARZYNA WÓJTOWICZ

Wydział Ekonomiczny, Uniwersytet Marii Curie-Skłodowskiej w Lublinie, Polska

Abstract in original language

W artykule zanalizowano podstawy prawne partnerstwa publiczno – prywatnego w Polsce. Głównym wnioskiem płynącym z rozważań jest teza, iż obowiązujące regulacje prawne nie przyczyniają się w sposób dostateczny do rozwoju tej formuły współpracy sektora publicznego i prywatnego. Przyczyna tego stanu rzeczy wydaje się tkwić w wadliwości niektórych zapisów ustawowych. Autorka wskazuje zatem możliwe kierunki reformy obecnych rozwiązań prawnych w tej dziedzinie.

Key words in original language

Partnerstwo publiczno-prywatne, sektor publiczny, sektor prywatny, współdziałanie.

Abstract

The article analyses legal framework of the public-private partnership in Poland. The author advances a thesis that in Poland legislative structure is not effective enough to provide for successful involvement of private investors in the development of public infrastructure. The main reason of this fact seems to be defectiveness of the binding legal act. Therefore the author indicates practicable directions of the reform of legal regime of PPP.

Key words

Public – private partnership, public sector, private sector, co-operation.

1. WPROWADZENIE

Genezy koncepcji partnerstwa publiczno - prywatnego (w skrócie PPP) w Polsce szukać należy w obserwowanej od początku procesów transformacyjnych presji na zwiększanie wydatków publicznych w związku z rosnącymi potrzebami społecznymi. Wobec szczupłości środków finansowych pozostających w dyspozycji władz i ograniczonych możliwości podwyższania obciążeń fiskalnych w celu zahamowania rosnącego zadłużenia państwa podjęto próbę większego zaangażowania sektora prywatnego do realizacji niektórych zadań publicznych. Bogate doświadczenia praktyczne wielu krajów europejskich wskazywały, iż partnerstwo publiczno - prywatne może być z powodzeniem stosowane w wielu dziedzinach gospodarki, przede wszystkim w sferze infrastruktury: drogowej, wodno – kanalizacyjnej, ciepłowniczej, czy elektroenergetycznej, ale także w typowych usługach publicznych, takich jak: szkolnictwo, czy ochrona zdrowia.

Powyzsze uwarunkowania wpłynęły na to, że formuła partnerstwa publiczno – prywatnego wykorzystywana była w Polsce już w latach dziewięćdziesiątych XX wieku, jeszcze zanim pojawiła się w polskich przepisach prawnych jego legalna definicja.¹ Przedsięwzięcia te realizowane były przede wszystkim na szczeblu jednostek samorządu terytorialnego i dotyczyły głównie drobnych inwestycji związanych m. in. z poprawą stanu lokalnej

¹ Cenquier A., Partnerstwo publiczno – prywatne jako forma finansowania zadań publicznych, „Studia i Prace Kolegium Zarządzania i Finansów SGH” Zeszyt nr 70/2006, s. 42.

infrastruktury i świadczeniem usług użyteczności publicznej. Najbardziej reprezentatywnymi przykładami mogą być m. in.: organizacja oraz eksploatacja systemu wodociągowo – kanalizacyjnego w Gdańsku przez spółkę Saur Neptun Gdańsk SA począwszy od roku 1993, czy modernizacja oświetlenia ulicznego w Krakowie, do której przystąpiło konsorcjum Elektrim Warszawa - ES System Kraków.² Do mniejszych inwestycji samorządowych zaliczyć można także: zarządzanie komunikacją miejską w Kaliszu, rewaloryzację Starego Miasta w Lubaniu, utrzymanie zieleni w Puławach, zarząd nieruchomościami komunalnymi w Sopocie, czy oczyszczanie miasta w Szczecinie.

2. PODSTAWY PRAWNE PPP I JEGO FUNKCJONOWANIE W PRAKTYCE

Warunkiem rozwoju oraz sprawnego funkcjonowania koncepcji PPP jest istnienie powiązanych ze sobą, przejrzystych i dostosowanych do jego wdrażania ram prawnych. Wśród przedstawicieli doktryny, jak i praktyków samorządowych Polsce toczył się jednak poważny spór dotyczący sposobu i zakresu powyższych regulacji.³ I tak, przedstawiciele jednej grupy poglądów wzorując się na rozwiązaniach Irlandii, Portugalii i Hiszpanii, postulowali uchwalenie odrębnego aktu prawnego (w postaci ustawy), będącego kompleksowym źródłem prawa w tej dziedzinie. Dyskusyjny był jedynie przedmiot samej ustawy, a wątpliwości dotyczyły tego, czy powinna być ona ramowa, czy też szczegółowo określać zasady realizacji zadań publicznych w formie PPP. Z kolei przeciwnicy regulacji ustawowej, opierając się na doświadczeniach Wielkiej Brytanii, będącej światowym liderem rynku partnerstwa publiczno-prywatnego, argumentowali, iż nie ma potrzeby tworzenia odrębnego aktu prawnego, a odpowiednie przepisy mogą być umieszczone w różnych ustawach powiązanych (dotyczących np. finansów publicznych, czy zamówień publicznych). Zwracali oni także uwagę na fakt, iż inwestycje realizowane w formule PPP były z sukcesem obecne w Polsce od początku lat dziewięćdziesiątych, a zatem wykorzystanie tego sposobu współpracy w warunkach istniejących wcześniej uregulowań prawnych było możliwe. Jednocześnie odwoływali się oni do prawodawstwa UE w tej dziedzinie, które ogranicza się do nakreślenia jedynie ogólnych ram współdziałania podmiotów publicznych z prywatnymi zawartych w wielu różnych dokumentach i aktach prawnych.⁴

W ostatecznym rozrachunku zwyciężyła koncepcja pierwsza i w październiku 2005 r. uchwalono ustawę o partnerstwie publiczno – prywatnym⁵, a w późniejszym okresie także odpowiednie akty wykonawcze⁶. Ustawowe unormowanie zasad PPP zbiegło się w czasie z

² Moszoro M., Partnerstwo publiczno-prywatne w monopolach naturalnych w sferze użyteczności publicznej, Wyd. SGH, Warszawa 2005, s. 31.

³ Cenker A., Ustawa o partnerstwie publiczno - prywatnym w polskim systemie prawa –bariera czy warunek rozwoju partnerstwa publiczno - prywatnego w Polsce (w:) Głuchowski J. (red.) Współczesne finanse. Stan i perspektywy rozwoju finansów publicznych, Toruń, 2008, s. 704.

⁴ Por. Guidelines for Successful Public-Private Partnerships, European Commission, styczeń 2003 oraz Green Paper on Public-Private Partnerships and Community Law on Public Contracts and Concessions (COM 2004/327), 30 kwietnia 2004.

⁵ Ustawa z dnia 28 lipca 2005 r. o partnerstwie publiczno-prywatnym, Dz. U. nr, 169, poz. 1420 zwana dalej „ustawą o PPP”.

⁶ Rozporządzenie Ministra Gospodarki z 9 czerwca 2006 r. w sprawie szczegółowego zakresu, form i zasad sporządzania informacji dotyczących umów o partnerstwie publiczno-prywatnym, Dz. U. nr 125, poz. 867, rozporządzenie Ministra Gospodarki z 21 czerwca 2006 r. w sprawie ryzyk związanych z realizacją przedsięwzięć w ramach partnerstwa publiczno - prywatnego, Dz. U. nr 125, poz. 868, rozporządzenie Ministra Finansów z 30 czerwca 2006 r. w sprawie niezbędnych elementów analizy przedsięwzięcia w ramach partnerstwa publiczno – prywatnego, Dz. U. nr 125, poz. 866.

akcesją Polski do UE i miało się przyczynić do zwiększenia absorpcji unijnych środków pomocowych, dzięki stworzeniu możliwości gromadzenia przez podmioty publiczne - beneficjentów środków pomocowych - komercyjnych źródeł finansowania na pokrycie tzw. wkładu własnego. Bezpośrednie przyczyny uchwalenia ustawy o PPP wiązały się z licznymi problemami finansowymi i organizacyjnymi ujawniającymi się w trakcie realizacji przedsięwzięć na gruncie istniejących wówczas przepisów prawnych⁷. Wątpliwości dotyczyły m. in. tego, kto może być partnerem projektu po stronie publicznej, a kto po stronie prywatnej, jak może się kształtować struktura wynagrodzenia podmiotu komercyjnego, kto ponosi odpowiedzialność za realizację zadania, itp. Obawa o zgodność z prawem ewentualnych przedsięwzięć w postaci PPP wskazywana była jako jedna z głównych barier dla rozwoju tej formuły w Polsce.⁸ Z tego też powodu ustawa o PPP miała także w swych założeniach pełnić funkcję instruktazową, określając przejrzyste procedury postępowania przy zawieraniu i wykonywaniu umów o partnerstwie publiczno-prywatnym. Należy także zauważyć, iż stworzenie optymalnych ram prawnych dla współpracy w ramach PPP miało przyczynić się do ograniczenia ryzyka dla obu stron podejmujących taką współpracę. Ryzyko takie wynika przede wszystkim z długiego okresu realizacji przedsięwzięć, a także wysokich kosztów związanych z przygotowaniem projektu. Chodziło również o ograniczenie barier psychologicznych związanych z ugruntowaną w społeczeństwie, a także wśród niektórych polityków lokalnych, negatywną opinią dotyczącą udziału sektora prywatnego w świadczeniu usług publicznych.

Wprowadzone uregulowania jednoznacznie rozstrzygnęły kwestię legalności partnerstwa publiczno-prywatnego, ale niestety nie wywołały spodziewanego ożywienia związanego z realizacją nowych projektów, co zdaniem wielu przedstawicieli doktryny trudno uznać za przypadek.⁹ Wejście w życie nowej ustawy nie tylko nie przyczyniło się do rozwoju partnerstwa publiczno-prywatnego w Polsce, ale wręcz wstrzymało wykonanie inwestycji przygotowywanych do realizacji na podstawie jej przepisów. Wobec zaistniałej sytuacji, głównej przyczyny niepowodzeń upatrywano w wadliwości i niedoskonałości zapisów ustawowych.

I tak najwięcej kontrowersji wywołuje ustawowy obowiązek przeprowadzania analiz ekonomicznych, które mają potwierdzić przewagę PPP nad tradycyjnymi metodami realizacji zadań publicznych.¹⁰ Ustawa stanowi bowiem, iż zastosowanie formuły partnerstwa publiczno-prywatnego winno mieć miejsce tylko wówczas, gdy korzyści dla interesu publicznego będą większe niż korzyści wynikające z innych sposobów wykonania tego przedsięwzięcia. Zasadność zastosowania partnerstwa musi być zatem dowiedziona ze szczególnym uwzględnieniem: efektów finansowych, korzyści i kosztów społecznych, podziału ryzyka pomiędzy podmiot publiczny i prywatny i ich wpływu na poziom długu publicznego oraz deficytu sektora finansów publicznych. Przeprowadzona analiza winna

⁷ Chodzi tu przede wszystkim o: ustawę z dnia 21 sierpnia 1997 r. o gospodarce nieruchomościami, Dz. U. Nr 115, poz. 741, ustawę z dnia 8 marca 1990 r. o samorządzie gminnym, Dz. U. z 2001 r. nr 142, poz. 1591, ustawę z dnia 5 czerwca 1998 r. o samorządzie powiatowym, Dz. U. z 2001 r., nr 142, poz. 1592 oraz ustawę z dnia 5 czerwca 1998 r. o samorządzie wojewódzkim, Dz. U. z 2001 r., nr 142, poz. 1590, a także ustawę z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych, Dz. U. nr 19, poz. 177.

⁸ Zieniewski M., *Prawne regulacje dla PPP (w:) Partnerstwo publiczno-prywatne*, red. A. Gajewskiej - Jedwabny, Wyd. C. H. Beck, Warszawa 2007, s. 109.

⁹ Cenkier A., *Partnerstwo publiczno – prywatne...*, op. cit., s. 3.

¹⁰ Rudnicki M., *Partnerstwo publiczno-prywatne. Wybrane zagadnienia prawnoustrojowe i prawno finansowe*, „Samorząd Terytorialny” nr 7-8/2006.

wykazać, iż PPP jest najbardziej optymalną formą realizacji danej inwestycji, bo tylko w takiej sytuacji wybór tej metody jest uzasadniony. Konieczność przeprowadzenia często kosztownej i czasochłonnej oceny w sytuacji, gdy jej wyniki nie potwierdzą zasadności wyboru formuły PPP oznacza dla podmiotów publicznych jedynie marnotrawstwo czasu i środków. Ponadto obowiązujące przepisy nakładają takie same wymagania na projekty o dużej, jak i małej wartości. Dlatego też podmioty publiczne wybierają często metodę przetargu publicznego, która nie wymaga takiej procedury, lub po prostu rezygnują z realizacji projektu. Wydaje się, iż powyższe rozwiązanie nie uwzględnia podstawowej przesłanki stosowania PPP w sektorze publicznym, jaką jest możliwość pozyskania dodatkowych wpływów budżetowych na realizację zadań bez konieczności zadłużania się w sytuacji ich całkowitego braku. Zdobywanie takich środków wydaje się być wystarczającym uzasadnieniem do podejmowania współpracy z sektorem prywatnym i to bez konieczności przeprowadzania dodatkowych analiz.

Wątpliwości wiążą się także z samym określeniem partnerstwa, przez które ustawodawca rozumie opartą na umowie współpracę podmiotu publicznego i partnera prywatnego służącą realizacji zadania publicznego, jeśli odbywa się na zasadach określonych w ustawie o PPP. Ścisłe stosowanie powyższej definicji oznaczałoby bowiem, iż projekty wprowadzane przed wejściem w życie ustawy nie mogą być zaliczone do PPP, nawet wtedy, gdy współdziałanie podmiotu publicznego i prywatnego przewidywałyby inne przepisy prawne (np. ustawa o autostradach płatnych i Krajowym Funduszu Drogowym¹¹). Ponadto ustawa o PPP stanowi, iż przedmiotem umowy o partnerstwie publiczno - prywatnym może być tylko taka współpraca, której realizacja odbywa się za wynagrodzeniem partnera prywatnego, co niepotrzebnie zawęży katalog relacji gospodarczych między współdziałającymi podmiotami, np. w sytuacji tworzenia spółek w celach niezarobkowych.

Krytyce poddano także ustawowy sposób określenia zakresu podmiotów, które mogą być uczestnikami umów o PPP po stronie sektora publicznego, jak i prywatnego. Ustawodawca posłużył się bowiem ich zamkniętym katalogiem zaliczając do partnerów publicznych większość jednostek sektora finansów publicznych¹², w tym również agencji rządowych¹³, za wyjątkiem państwowych i komunalnych przedsiębiorstw, banków i spółek handlowych. Z kolei po stronie komercyjnej ustawodawca wymienił: przedsiębiorców w rozumieniu przepisów ustawy o swobodzie działalności gospodarczej¹⁴, organizacje samorządowe, kościoły lub inne związki wyznaniowe, a także zagranicznych przedsiębiorców. W związku z powyższym wątpliwości dotyczą tego, czy partnerem prywatnym może być także komunalna spółka handlowa lub też spółka handlowa Skarbu Państwa, co w praktyce może wywołać wiele trudności.¹⁵

Jako wadliwe ocenia się także bardzo rygorystyczne wyliczenie w ustawie przedsięwzięć, które mogą być przedmiotem PPP, co ze względu na szereg warunków formalnych w dużej mierze wyklucza znaczną liczbę projektów z możliwości ich realizacji w formule PPP. Ustawodawca zaliczył do nich m. in.: zaprojektowanie lub realizację inwestycji związanej z

¹¹ Por. Art. 1 ust. 2 ustawy o partnerstwie publiczno-prywatnym.

¹² Zaliczanych do niego na podstawie art. 4, ust. 1 ustawy z dnia 30 czerwca 2005 r. o finansach publicznych, Dz. U. nr 249, poz. 2104 z późn. zm.

¹³ Takich, jak: Agencja Mienia Wojskowego, Agencja Nieruchomości Rolnych, czy Polska Agencja Rozwoju Przedsiębiorczości.

¹⁴ Ustawa z dnia 2 lipca 2004 r. o swobodzie działalności gospodarczej, Dz. U. Nr 173 poz. 1807.

¹⁵ Zieniewski M., Prawne regulacje..., op. cit., s. 112.

wykonywaniem zadań publicznych (przy czym po zakończeniu okresu budowlanego partner prywatny musi się także podjąć eksploatacji, utrzymania lub zarządzania składnikami majątkowymi), świadczenie usług publicznych przez okres powyżej 3 lat przy wykorzystaniu już istniejącej infrastruktury, działanie na rzecz rozwoju gospodarczego i społecznego, pod warunkiem, że wynagrodzenie partnera prywatnego nie będzie mieć formy zapłaty sumy pieniężnej, jak również przedsięwzięcia pilotażowe, promocyjne, naukowe, edukacyjne lub kulturalne, wówczas, gdy wynagrodzenie podmiotu prywatnego będzie pochodziło w większości ze źródła innego niż środki publiczne.

Warto zwrócić także uwagę, iż punktu widzenia partnera prywatnego niekorzystne są zawarte w ustawie wymogi, postulujące, by do wyboru podwykonawców stosować przepisy ustawy o zamówieniach publicznych¹⁶. Wydaje się, iż wystarczającą okolicznością jest to, iż cała procedura wyboru partnera prywatnego opiera na zasadzie określonej we wspomnianych przepisach, co powinno być dostateczną gwarancją bezpieczeństwa dla sektora prywatnego. Winien on mieć swobodę w doborze swoich podwykonawców, ze względu na to, iż warunki realizacji przedsięwzięcia określa umowa o PPP, zaś podmiot ją realizujący jest odpowiedzialny za jej dotrzymanie.

Powszechnie krytykowany jest także zapis szczegółowo określający obligatoryjne elementy składowe umowy o PPP, będący przykładem zbyt dużego formalizmu ustawy. Ustawa zalicza do nich m.in.: określenie celu, zakresu współpracy i harmonogramu jej realizacji, wskazanie łącznej wartości środków przewidzianych na przedsięwzięcie, zobowiązanie partnera prywatnego do sfinansowania określonych kosztów całego procesu, zobowiązanie podmiotu publicznego do wniesienia wkładu własnego, sprecyzowanie norm i standardów, które posłużą podmiotowi publicznemu do oceny realizacji przedsięwzięcia przez podmiot prywatny, procedury kontroli wykonania umowy, wynagrodzenie partnera prywatnego, podział ryzyk związanych z realizacją inwestycji, a także zasady i tryb rozstrzygania wzajemnych sporów. Tak drobiazgowo zdefiniowanie zawartości merytorycznej umowy jest oceniane negatywnie, jako uniemożliwiające współpracę w ramach PPP.

Ustawa nakłada także na partnera publicznego wymóg uzyskania zgody ministra właściwego ds. finansów publicznych, w sytuacji, gdy przedsięwzięcie wymaga choćby w części finansowania z budżetu państwa. Dyskusyjny jest zapis mówiący o tym, iż minister ma możliwość oceny realizowanego projektu, nie tylko z punktu widzenia jego wpływu na bezpieczeństwo finansów publicznych, ale także z punktu widzenia merytorycznej wartości przedsięwzięcia. Jednocześnie termin na wydanie powyższej zgody wynoszący 60 dni wydaje się zbyt długi i wyraźnie ogranicza możliwość terminowej realizacji inwestycji.

Należałoby także zwrócić uwagę na to, iż w ustawie o PPP brak jest jednoznacznego zapisu mówiącego o tym, iż partner prywatny nie może zwolnić się z odpowiedzialności za nieprzestrzeganie standardów świadczonych usług i zasad użytkowania obiektów lub funkcjonowania urzędzeń powstałych w wyniku realizacji przedsięwzięcia PPP.¹⁷ Nie zawarto w niej także wyraźnego upoważnienia do żądania przez podmiot publiczny zabezpieczenia majątkowego od podmiotu prywatnego za szkody wynikające z nienależytego wykonania umowy o PPP.

¹⁶ Ustawa z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych, Dz. U. nr 19, poz.177.

¹⁷ Rudnicki M., Partnerstwo publiczno-prywatne..., op. cit.

Jako istotną wadę ustawy wskazuje się także brak jednoznacznego stwierdzenia, iż projekty realizowane w ramach PPP mogą być finansowane ze środków unijnych, co rodzi wątpliwości dotyczące możliwości stosowania takiego dofinansowania.

3. KIERUNKI REFORMY OBOWIĄZUJĄCYCH REGULACJI W DZIEDZINIE PPP

Powszechna krytyka towarzysząca ustawie o PPP, wyraźne zmniejszenie liczby inwestycji w tej formule (które zbiegło się w czasie z jej wejściem w życie), a także przypadki podejmowania partnerstwa publiczno - prywatnego z pominięciem przepisów tego aktu prawnego skłaniają do refleksji nad kierunkami reformy obecnej regulacji prawnej. Głosy doktryny, jak również przedstawiciele władz, a także praktyków są w tej kwestii podzielone.¹⁸

Niektórzy z nich opowiadają się za całkowitym uchyleniem obowiązującej ustawy, uważając, iż akt prawny, którego nikt nie stosuje, jest najpoważniejszą barierą w rozwoju partnerstwa publiczno - prywatnego. Wadą takiego rozwiązania byłaby jednak rezygnacja zarówno z tych unormowań, które wydają się być przeszkodą w podejmowaniu PPP, jak też tych, które wychodzą naprzeciw partnerom realizującym wspólne projekty. Ponadto uchylenie ustawy wiązałoby się z koniecznością przeprowadzenia wielu zmian w obowiązujących przepisach prawnych, których celem byłoby usunięcie z nich wielu barier utrudniających takie inwestycje, co mogłoby być procesem skomplikowanym i długotrwałym.

Inni przedstawiciele doktryny i praktyki postulują natomiast głęboką zmianę pierwotnej treści obowiązujących przepisów ustawy o PPP, a nawet uchwalenie w jej miejsce zupełnie nowej, kompleksowej regulacji. Na tym stanowisku stoi także obecna ekipa rządowa, czego dowodem jest przygotowany w Ministerstwie Gospodarki projekt nowej ustawy o partnerstwie publiczno-prywatnym¹⁹.

Jego podstawowym celem stało się wyeliminowanie nadmiernych obciążeń administracyjnych oraz likwidacja ograniczeń dotyczących przedmiotu i treści zawieranych umów. Projektowane rozwiązania postulują zatem ograniczenie obowiązku sporządzania analiz mających na celu wykazanie zasadności formuły PPP, pozostawiając te decyzje samym zainteresowanym w trakcie negocjowania umów. Warto także zwrócić uwagę, iż zrezygnowano ze ścisłego określania kategorii ryzyka towarzyszących realizacji inwestycji. Jednocześnie w projekcie zawarto zapis mówiący o tym, iż partnerzy przedsięwzięcia będą mieli swobodę wyboru formy i zakresu umowy poprzez odesłanie do systemu prawa cywilnego, a także dobrych praktyk i wzorców postępowania, bez nakładania obowiązków ustawowych.

W projekcie zrezygnowano również z definicji partnerstwa ograniczającej tę formułę tylko do współpracy służącej wykonywaniu zadań publicznych. Argumentowano bowiem, iż pojęcie „zadania publicznego” jest nieostre i bez dodatkowego doprecyzowania może być źródłem wątpliwości interpretacyjnych. Każdy podmiot publiczny będzie się mógł angażować w partnerstwo tylko w zakresie, w jakim mieści się ono w granicach jego działania, a zatem najczęściej – ze względu na charakter podmiotów publicznych – przedmiotem partnerstwa będzie i tak realizacja zadań publicznych.

¹⁸ Cenker A., Ustawa o partnerstwie publiczno - prywatnym w polskim systemie prawa..., op. cit.

¹⁹ Por. Uzasadnienie do projektu ustawy o partnerstwie publiczno-prywatnym, (projekt z dnia 18 lipca 2008 r.) dostępne na stronach internetowych: www.sejm.gov.pl

Autorzy projektu ustawy odeszli także od szczegółowego wykazu przedsięwzięć, które mogą stanowić przedmiot partnerstwa. Formuła PPP będzie zatem dopuszczalna, gdy spełnione zostaną wymagania ustawowe co do sposobu wynagradzania partnera prywatnego oraz podziału ryzyk związanych z realizowanym zadaniem. W sytuacji, gdy strony określą, iż wynagrodzenie jest zależne od wyników pracy partnera prywatnego, i podzieli się ryzykiem, dopuszczalny może być bardzo szeroki wachlarz rozwiązań.

Twórcy projektu ustawy ograniczyli także wymóg pozyskania zgody ministra właściwego ds. finansów publicznych jedynie do tych przedsięwzięć, które wiążą się z zaangażowaniem środków budżetowych w wysokości przekraczającej 20 mln zł, jednocześnie wyraźnie skracając termin udzielenia takiej zgody z 60 dni do 6 tygodni. Wprowadzono także wytyczną, zgodnie z którą minister podejmując decyzję winien kierować się przede wszystkim względami bezpieczeństwa finansów publicznych.

W projekcie ustawy zawarto także zapis mówiący o tym, iż podmiot publiczny będzie miał możliwość ustawowego prawa do bieżącej kontroli realizacji przedsięwzięcia przez partnera prywatnego. Przepis ten stanowiący wyjątek od zasady całkowitej swobody umów o PPP winien mieć zastosowanie przede wszystkim do projektów szczególnie istotnych z punktu widzenia interesu publicznego, takich jak przedsięwzięcia z zakresu „użyteczności publicznej”. Główną przesłanką uzasadniającą taką kontrolę jest potrzeba zapewnienia należytego standardu powyższych zadań, co uzasadnione jest ustawową odpowiedzialnością władz publicznych za ich wykonywanie.

Warto także zauważyć, iż w projekcie wprost zapisano możliwość dofinansowania przedsięwzięć w ramach PPP środkami pochodzącymi z UE.

W podsumowaniu trudno jednoznacznie przesądzić, który kierunek reformy istniejącej regulacji prawnej uznać należy za optymalny. Uchylenie obecnej ustawy i skoncentrowanie prac nad wdrożeniem do już obowiązujących aktów prawnych zapisów umożliwiających realizację zadań na zasadach PPP wydaje się procesem skomplikowanym i wymagającym dłuższego czasu. Z tego też powodu ze względu na stopień zaawansowania prac jako trafniejsze rozwiązanie uznać należy, szybkie uchwalenie zaproponowanego przez rząd projektu nowej ustawy o PPP, w znacznej mierze usuwającego niedoskonałości obecnie obowiązującej regulacji w tej dziedzinie.

Literature:

- Cenkier A., Partnerstwo publiczno – prywatne jako forma finansowania zadań publicznych, „Studia i Prace Kolegium Zarządzania i Finansów SGH” Zeszyt nr 70/2006, s. 41-53, ISSN 1234-8872.
- Cenkier A., Ustawa o partnerstwie publiczno - prywatnym w polskim systemie prawa – bariera czy warunek rozwoju partnerstwa publiczno - prywatnego w Polsce (w:) Głuchowski J. (red.) Współczesne finanse. Stan i perspektywy rozwoju finansów publicznych, Wyd. Naukowe Uniwersytetu Mikołaja Kopernika, Toruń, 2008, s. 703 -710, ISBN 978-83-231-2230-2.
- Moszoro M., Partnerstwo publiczno - prywatne w monopolach naturalnych w sferze użyteczności publicznej, Wyd. SGH, Warszawa 2005, s. 258, ISBN 83-7378-163-3.

- Rudnicki M., Partnerstwo publiczno - prywatne. Wybrane zagadnienia prawnoustrojowe i prawno finansowe, „Samorząd Terytorialny” nr 7-8/2006, s. 65-82, ISSN 0867-4973.
- Zieniewski M., Prawne regulacje dla PPP (w:) Partnerstwo publiczno-prywatne, red. A. Gajewskiej - Jedwabny, Wyd. C. H. Beck, Warszawa 2007, s. 109-134, ISBN 978-83-7483-570-1.

Contact – email:

kwojtowi@hektor.umcs.lublin.pl

MOST –FAVOURED –NATION CLAUSE IN THE LIGHT OF EC CASE C-335/05 RIZENI LETOVEHO PROVOZU CR, S.P.V.BUNDESAMNT FUR FINANZEN

MAŁGORZATA WRÓBLEWSKA

Faculty of Law and Administration, Gdansk University, Polska

Abstract

This article considers the institution of most-favored-nation clause in the light of EC case C-335/05 Rizeni Letoveho Provozu CR, s.p. v. Bundesamnt fur Finanzen. The case was regarded as the World Trade Organization Agreements -General Agreement on Tariffs in Services, EC law, German law and Czech Republic law. The main issue of this article is to present the relation between those regulations and legal bases for the settlement of the dispute

Key words

The World Trade Organization (WTO), Valued Added Tax (VAT) refund, General Agreement on Tariffs in Services (GATS), Thirteenth Council Directive 86/560/EEC of 17 November 1986 on the harmonisation of the law of the Member States relating to turnover taxes, the most-favoured-nation clause.

1. INTRODUCTION

One of the basic principles of the international tax law is the rule of Non-discrimination between trade partners. This rule is presented in the World Trade Organization (WTO) Agreements¹. The principle of Non-discrimination is two fold. The first one is called national treatment which means that a WTO member country is obliged to treat other WTO members countries in the same way as they treat their own members².

The second one reflects the most –favoured- nation treatment. This principle is incorporated into General Agreement on Tariffs and Trade (GATT)³, General Agreement on Tariffs in Services (GATS)⁴ and Agreement on Trade-Related Aspects of Intellectual Property Rights (TRIPS) subject to limited exemptions, countries cannot normally discriminate between trading partners⁵.

¹ In 1994, the WTO was established as a consequence of the Uruguay Round of multilateral trade negotiations. The legal basis of its functioning are based on three main agreements: General Agreement on Tariffs and Trade 1994 (GATT), GATS and the Agreement on Trade Related Aspects of Intellectual Property Rights (TRIPS).

² This principle is also included in all three main WTO Agreements and has different meaning.

³ The most -favourite nation clause of GATT has a much narrow scope than that of their analogous provision of GATT. G.Cappadona, National Report Italy [in:] WTO and Direct Taxation , ed. M. Lang, J. Herdin, I. Hofbauer, Eucotax Series on European Taxation, vol.10.The Netherlands, ISBN 3-7073-0710-7, p. 431.

⁴ GATS is the multilateral agreement aiming at establishing a framework of principles and rules for trade in services.

⁵ I. Amiel, S. Menuhin, National Report Israel [in:] WTO and Direct Taxation..., p. 408.

Each of the WTO Agreements has a different meaning. In this article my consideration will be restricted to the most – favoured - nation clause in the light of GATS Agreement, only⁶.

2. THE MOST-FAVOURED -NATION CLAUSE

Directly speaking the most -favoured –nation clause means “favour one, favour all”. A country should not discriminate between its trading partners. If a WTO member grants someone a special favour (such as lower custom duty) it should be done the same for all other WTO members. This rule is established in article II of the GATS ⁷ “with respect to any measure covered by this Agreement, each Member shall agree immediately and unconditionally to services and service suppliers the same as the treatment of other members and no less favourable⁸ than that it accords like services and service suppliers of any other country”.

The term “services” is defined in article I (3) (b) GATS which means any service in any sector except services supplied in the exercise governmental authority. The latter article I (3)(c) GATS explains that “a service supplied in the exercise of governmental authority” means any service which is supplied neither on a commercial basis, nor in competition with one or more service suppliers.

According to article II (2) a member may maintain a measure inconsistent with article II (1) provided that such a measure is listed in its most-favoured- nation clause, subject to negotiation in subsequent trade liberalization meetings. A few exemptions were made in the schedules to the Financial Services Agreement. For instance Italy stated a preferential tax treatment for financial service suppliers from former communist countries in Eastern Europe and the Soviet Union for a ten-year-period. Such a decision was made because those countries were concerned in their transition to a market economy⁹.

However there are some exceptions to the most-favourable-national clause. They are contained in article XIV GATS. In fact, the whole system of implementation and negotiations of GATS commitments is based on exceptions and the limitation of market access and national treatment. Members make or maintain commitments on the basis of a schedule of concessions¹⁰.

⁶ The most favoured nation clause and national treatment clauses of GATS have a much wider scope than related provisions of for instance GATT. G. Cappadona, National Report Italy ...op.cit, p.431.

⁷ There are two economic trends in the world economy. Firstly, a lot of developed countries such as for example the United States state that, measured by percentage of gross domestic product, their economies produce more services than goods. Therefore services viewed collectively have become the dominant sector of the major industrial – or rather post-industrial –economies. Secondly, countries that have lost their comparative advantage in the production of some goods now believe their advantage lies in trading certain services. A. F. Lowenfeld, International Economic law, Oxford University Press 2003, ISBN 0-19-82-5667-1 p. 111.M. M. Kałduński, Klauzula największego uprzywilejowania, Toruń 2006. ISBN 83-7285-298-7, p. 349-356.

⁸ In the EC-Bananas III case a Panel was considered the meaning of the most-favoured-nation clause. It was stated that “treatment no less favourable” should be interpreted to include *de facto*, as well as *de jure* discrimination. WTO Appellate Body and Awards 1995-2005, Cambridge University Press 2006.,ISBN -13 978-0-521-86602, p. 314

⁹ A. F. Lowenfeld, International Economic Law...op.cit, p. 124.

¹⁰ V. Bobek, L.Hauptman, S.Beloglavec, National Report Slovenia [in:] WTO and Direct Taxation... op. cit, p. 620.

3. THE CASE BACKGROUND (CASE C- 335/05)

The most -favoured -nation clause was a consideration by the EC Court of Justice in case C-335/05. Judgement of the Court made on 7 th June 2007. The legal framework of this case is as follows: Rizeni Letoveho Provozu CR, sp. z o.o – plaintiff from the Czech Republic was a company which provided services to the airline security sector in the form of flying instruction. This company was located in the Czech Republic. In 2002 the Czech company during the airline instruction activities used flight simulator training which was located in Germany. The services provided were taxed according to German law. Therefore the Czech company had to pay VAT on the services provided. In 2003 the Czech company asked the German tax office (Bundesamt für Finanzen) for a tax refund for the one year period from January 2002 to December 2002. The Czech company was refused a tax refund by the German finance office. It was said that the non fulfilment condition of reciprocity which results from the sixth sentence of article 18(9) of the German law of 1999 on turnover tax (Umsatzsteuergesetz, then UStG) was the reason for rejection. It means that in those times the VAT paid by the German company for work carried out by the Czech company was not eligible for refund. Consequently the plaintiff appealed to the higher court, but it was also rejected. Then the Czech company in 2004 brought proceedings before the National Court (Finanzgericht Köln).

4. COURT ANALYSIS AND CONCLUSION

The National Court stated that, during the reference period for the refund, the Czech Republic levied a turnover tax but did not grant German companies a refund of the input tax. It is worthy of note that, the national court had doubts whether the sixth sentence of article 18(9) of the German law is compatible with the article 2 (2) of the Thirteenth Council Directive 86/560/EEC dated 17 November 1986 on the harmonization of laws of the Member States relating to turnover taxes¹¹ and reflects its wording.

The National Court stated that the GATS is a type of an international agreement which establishes rights and obligations only between members. Therefore the infringement of any GATS articles should be solved according to the WTO settlement disputes procedures. But the Court stated that it does not mean that interpretation and applying secondary Community legislation should not be done in the light of GATS, even though the Community acts was adopted before becoming a WTO Member. Therefore art. 300 (7) in relation with art. 133 (3) EC¹² states that agreements such as GATS are binding on the institutions of Community and the Member States and forms an integral part of the Community legal order. Both the Czech Republic and the European Community are members of the WTO and consequently from 1995 are contracting parties to the GATS which states reciprocity principle. Because of it the Czech company took the VAT for refunding by the German tax office, even though there were no regulations required by the internal Czech law. As a result the National Court considered that the dispute settlement depends on the German act and is compatible with article 2 (2) of the Thirteenth Directive, stayed the proceedings and referred the following

¹¹ Thirteenth Council Directive 86/560/EEC of 17 November 1986 on the harmonization of the laws of the Member States relating to turnover taxes - Arrangements for the refund of value added tax to taxable persons not established in Community territory. *OJ L 326, 21.11.1986, p. 40–41.*

¹² European Union Consolidated Versions of the Treaty on European Union and of the Treaty establishing the European Community. *OJ 321 E/2, 29.12.2006.*

question to the Court of Justice: “is article 2(2) of the Thirteenth Directive to be interpreted restrictively as meaning that the possibility thereby afforded the Member States formaking refunds of VAT conditional on the granting by the third States of comparable advantages regarding turnover taxes does not apply in the case of States which, as contracting parties to the GATS, may invoke the most-favoured–nation clause contained in that agreement – art. II (1) GATS”?. Consequently the National Court asked the Court of Justice the question: Should the Thirteenth Directive be interpreted only in the meaning that the Member States may receive VAT refunding if that States grant the third States comparable advantages regarding turnover taxes or does not apply to the States which are a State Party of GATS and may invoke the most- favoured- nation clause?.

In reply an answer The European Commission stated that the main aim of the Thirteenth Directive reciprocity clause is to avoid a situation where the third states company could be in more favourable situation because of the tax refunding than the European Union state company. The case occurred in 2002 and the Czech Republic was a EU Member State from the 1 st of May 2004. According to the opinion of the Commission refusal by the German tax office was according to law. This decision was not inconsistent with the most- favoured- nation clause provided by the GATS. This refusal does not put the Czech company in a less favourable position than the European Community State company. Otherwise, the refusal was in conformity with the VAT EC system and the general principle of equality. Because the Czech Republic company was not a tax payer in the light of the Thirteenth Directive it could not be treated as a less favourable one.

It is worth mentioning that in this case, according to article 23 of the Statute of the Court of Justice¹³ two States, Cyprus and Republic of Poland and the Commission have given their written remarks. According to Polish Government opinion the answer on the above mentioned question should be negative. It was justified that there is not any tax provisions in the GATS. Although the GATS does not include any regulations or definition for Financial Services, the financial services are defined in the Annex which was concluded at the same time as the GATS, as a part of the Uruguay Round. The description covers insurance of all kinds, as well as banking and related services including participation in issuance of securities, underwriting, and asset management. Personally I do not agree with the Polish Government's position that the art. II(1) GATS is not relevant in this case because the rules are applied to the provision of services only, and not to the services taxation. The definition of the measures falling with the scope of the GATS is very broad. For instance Art. I (1) of the GATS says that this agreement applies to measures by Members affecting trade in services and measures by Members must be interpreted, pursuant to art. I (3)(a) of GATS as measures adopted by central, regional or local governments and authorities and by non-government bodies in the exercise of powers delegated by central, regional or local governments and authorities. Consequently the Court of Justice did not share the Polish Government's point of view.

5. SUMMARY

In light of the above consideration it is known that the judgment is unfavorable to the Czech Republic company. The Court of Justice pointed out that the most-favoured-nation clause is provided by GATS, but according to the Thirteenth Directive, Member States individually

¹³ Not only the parties but also the Member States, the Commission and, where appropriate, the European Parliament, the Council and the European Central Bank are entitled to submit statements of case or written observations to the Court.

make a decision about the introduction or non-introduction of the reciprocity clause. Consequently in the case C- 335/05 the Czech Republic company could not invoke the GATS most-favoured-nation clause excepting the Thirteenth Directive provisions¹⁴.

Literatura:

- G.Cappadona, National Report Italy [in:] WTO and Direct Taxation, ed. M. Lang, J. Herdin, I. Hofbauer, Eucotax Series on European Taxation, vol.10. Kluwer Law International. ISBN-10: 9041123717.
- Amiel, S. Menuhin, National Report Israel [in:] WTO and Direct Taxation, ed. M. Lang, J. Herdin, I. Hofbauer, Eucotax Series on European Taxation, vol.10. Kluwer Law International. ISBN-10: 9041123717
- F. Lowenfeld, International Economic law, Oxford University Press 2003, ISBN 0-19-82-5667-1.
- WTO Appellate Body and Awards 1995-2005, Cambridge University Press 2006, ISBN - 13 978-0-521-86602.
- V. Bobek, L.Hauptman, S.Beloglavec, National Report Slovenia [in:] WTO and Direct Taxation ed. M. Lang, J. Herdin, I. Hofbauer, Eucotax Series on European Taxation, vol.10. Kluwer Law International. ISBN-10: 9041123717.
- Thirteenth Council Directive 86/560/EEC of 17 November 1986 on the harmonization of the laws of the Member States relating to turnover taxes - Arrangements for the refund of value added tax to taxable persons not established in Community territory. OJ L 326, 21.11.1986.
- European Union Consolidated Versions of the Treaty on European Union and of the Treaty establishing the European Community. OJ 321 E/2, 29.12.2006.
- M. Szpryngiel, Klauzula największego uprzywilejowania wynikająca z umów międzynarodowych a wymóg wzajemności z XIII dyrektywie Rady Europy. Serwis Monitora Podatkowego 2008/ 1.
- M. M. Kałduński, Klauzula największego uprzywilejowania, Toruń 2006. ISBN 83-7285-298-7.

Kontaktні údaje na autora – email:

mwroblewska@tlen.pl

¹⁴ M. Szpryngiel, Klauzula największego uprzywilejowania wynikająca z umów międzynarodowych a wymóg wzajemności z XIII dyrektywie Rady Europy. Serwis Monitora Podatkowego 2008/ 1, p. 19-21.

CASE LAW AS A NEW PHENOMENON IN TAX LAW OF RUSSIA

ANTON YAKUSHEV

Faculty of Law, Voronezh State University, Russia

Abstrakt v rodném jazyce

Темой настоящего доклада является анализ возможности признания судебного прецедента в качестве нового вида источника налогового права России. Рассматривая теоретические положения, практику правоприменения, автор делает вывод о том, что фактически судебный прецедент уже является источником налогового права в России. Использование судебного прецедента для регулирования налоговых отношений затрудняется отсутствием разработанной теоретической базы применения прецедентного права.

Klíčová slova v rodném jazyce

Источники права, законы, подзаконные акты, судебные прецеденты, налогообложение, иерархия источников.

Abstract

The main idea of this article is an ability to use precedents (cases) for regulating of taxation in Russia. The author analyzed theory of law, the text of law – tax code of Russia, precedents (cases) and administrative practice of taxation in Russia. Author makes a conclusion, that the cases (precedents) became a source of modern tax law in Russia. Practice of taxation still face some difficulties in using cases, because of theoretical problems in Russian tax law science.

Key words

Law sources, laws, by-laws, precedents, cases, taxation, hierarchy of sources.

The science of Legal Theory and Finance Law constantly pays attention to the problem of legal sources.

In this report we use the term “formal sources” in the meaning of “legal sources”, that is exterior form for legal norms, namely, legislation, by-laws, etc.

The scientists of Law say, that legal forms are not absolutely constant. “There is a moment in the process of law effect development, when its new qualities cannot be put into the frames of the old form. Then, the new legal effect changes the old form; the new form which is adequate to its meaning appears”¹. It necessary to notice, that such form change takes place during the serious political, economical and social reforms.

Serious reforms are taking place in Russia during the last 16 years in all spheres of social life. The most important element of reform in financial field is modernization of the taxation which is connected with codification of Tax Law. The meaning of legal sources in Taxation should be reviewed. Russian scientists and practical lawyers who work in Taxation field try to answer the following principle questions:

¹ Kerimov D.A. Methodology of law. Moscow, Avanta+, 2001, p. 183.

1. Should judicial and administrative precedents (Cases) be seen as admissible source for Tax Law norms?
2. If the precedent (Case) is the Tax Law source, then in which way the norms-precedents can correspond with the norms, in laws, by-laws and international treaties?

There are no clear answers in Russian Tax Law as well as in Tax Law Theory on these questions.

Let us see the place of judicial precedents, judicial and administrative practice and doctrine, that is “non-traditional Tax Law sources, norms on the basis of legal texts made by tax payer in the system of Tax Law sources.

Legal Theory determines the following legal sources: standard legal acts, judicial precedents, legal customs, agreements, judicial and administrative practice and legal doctrines².

The division of the states for Romanic Germanic and Anglo-Saxon legal families is the classical in the Legal Theory. Earlier some authors marked out “socialistic-law” states. They pointed out that the legal system in a “socialistic” state based on Romanic Germanic model. From this point of view, the modern Russian law, including Tax Law must be based on “Romanic - Germanic” model³.

This point of view is rather clear shown in the structure and text of Tax Code of Russian Federation. In the Tax Code of Russia which is currently in force there is not Tax Law sources structure. But Chapter 1 of Tax Code is called “Legislation for taxes and duties and other standard legal acts on taxes and duties”.

Chapter 1 of Tax Code shows clearly that the Tax Law source of norms is law, not any, but the law which is the part of the “Taxes and Duties Legislation”. Chapter 4 of Tax Code of RF lets regulate the tax relations with by-laws acts of the Russian Federation Government and executive bodies under the condition the law priority over any by-laws. In the end, Chapter 7 of Tax Code includes International Treaties in Tax Law sources.

According only to Tax Code of RF, the tax relations cannot be regulated by doctrine, judicial or administrative practice or precedent. Tax Law sources structure which in Tax Code of RF is completely adequate to “Romanic Germanic” model of legal regulation.

The priority of some kinds of law formal sources can be changed in accordance with time, social situation in the state. The stability in social life makes possible the stability of law sources. Social reforms are followed by the law reforms and different changes in the system of sources.

Even Soviet scientists said that there are neither Romanic - Germanic nor Anglo-Saxon legal systems as they were before. There was noticed “the weakening the formal clearness of the legal regulation, the growth of significance in casuistic norms”⁴. So, there is convergence,

² Bregel J.L. Theory of law. Moscow, Nota Bene, p. 97-157.

³ David R. Modern Legal Systems. Moscow, 1967, p.59-65.

⁴ Alexeev S.S. Theory of law. Moscow. 2008, Prospect, p.95.

inter-penetration and influence of different legal systems, connected with the growth of judicial activity and precedent practice in the countries of Romanic-Germanic legal system.

European researches of this problem also recognize the fact of convergence, pointing out that the rule of absolute law sovereignty subjecting to judicial practice was not peculiar to Romanic-Germanic, but socialistic legal system. In continental system European countries the judge himself could create norms-precedents (cases) if there was no ready norm. Social and legal evolution in Romanic-Germanic legal systems leads to the standard legal act texts “dispersion” into small parts by publishing by-laws. As a result, “dictatorship legal system” is formed. To overcome this phenomenon the precedent mechanism should be used⁵. It can be seen on the example of European Community Law.

Above mentioned phenomenon of legal convergention is connected with Tax Law in equal parts with other legal branches. So, Tax relations regulation norm only by law should be definitely corrected. Tax Law sources can not be only Tax and Duties legislation, by-laws and international treaties which reflect mainly fiscal interests of the state. Also judicial and administrative practice (cases) and legal doctrine, which reflect in this or that way the point of view of tax payers can be the Tax Law sources.

We think that in order to make the precedent (Cases) the valuable Tax Law source of Russian Federation it is necessary to introduce into the Part I of Tax Code of Russian Federation the correspondent changes by consolidation as a Tax Law source precedents, practice and doctrine and by determining the place of the new sources in the common sources hierarchy.

Since 1998 Russia accepts the jurisdiction of European Court of Human Rights on its territory and executes the ECHR judgments. Supreme national judicial organs, namely, Constitutional Court of RF, Supreme Court of RF and Supreme Arbitration Court of RF agree in some ways with the precedent character of ECHR, but the place of ECHR judgments in national legal system has not been determined yet.

In fact, the recognition of precedents firstly made by Constitutional Court of RF as legal sources has begun already. Leading specialists, actual and former judges of Constitutional Court of RF as well as scientists point out that decisions of Constitutional Court of RF plays the role of cases in Russian law system . Some authors point out on doctrine character of conclusions made by Constitutional Court of RF, but obligatory legal doctrines can also be seen as legal sources as well. As for judicial acts which are taken by Arbitration courts and General jurisdiction courts, especially Supreme Arbitration Court and Supreme Court of RF, their recognition as precedents - Tax Law sources - is necessary and possible. So, some points in Legal Theory should be reviewed and correspondent changes should be introduced into Part I of Tax Code of RF. This conclusion is proved by the fact that EC Tax Law uses such kind of formal sources as precedents (cases).

Now the use of Precedents (Cases) in tax practice in Russia is possible but not easy because not one, but some precedent systems are formed on the territory of the same state, and these precedents are often contradictory and their hierarchy is not definite.

⁵ Bregel J.L. Theory of law. Moscow, Nota Bene, p. 115-117.

ECHR positions are taken into account only in cases in which the RF took part, but they are not taken into account if there was not Russia there. The ECHR position is taken into account from time to time by the High Courts and is practically always ignored by the court of the base level.

Constitutional Court of the RF precedents are obligatory if they are in the form of Resolutions (decisions). If the position of Constitutional Court of the RF is in the form of pre-decision it can be ignored by other government bodies.

Supreme Arbitration Court of the RF resolutions are precedents, but only for arbitration courts system. Arbitration courts of districts precedents are, in fact, obligatory, but only in the district where they are passed. The courts of different districts interpret the same tax norm in different ways. We have 10 arbitration districts – so we have 10 different systems of cases. The decisions of Arbitration courts of base level are not precedents.

Supreme Court of the RF Resolutions are obligatory only for courts of general jurisdiction. Regional courts of general jurisdiction and courts of general jurisdiction of base level do not make precedents at all.

Some modern authors refuse to view precedents as real Tax Law sources. They say, for example, that the CC of the RF legal position is “legal substantiation of passed decision on case which is obligatory for the court itself when the consequent decisions are taken. But for other lawyers it is convincing (but not necessary) judicial precedent ...”⁶. In my opinion, this point of view can be dangerous, because even if in theory “convincing but not necessary precedents” are recognized, it leads to the growth of legal uncertainty, which is especially undesirable in Tax field. Precedent way of tax relations regulation is to be applied either in all clear obligatory rules or is not to be applied at all, but as it was said above, the application of precedents(cases) in legal regulation is objective and inevitable phenomenon.

There is also a point of view that the decisions of the judicial Supreme bodies cannot be Tax Law sources, because they cannot be controlled in any way “from above” and can only “expose law meaning without passing any standard legal regulations”⁷.

This argument is very important, but the problem can be solved if in Russian Tax Law Theory the Theory of application precedent and doctrine as the law source will be worked out and then legally consolidated. That is the precedent mechanisms can be applied only if it is clearly determined when it is admissible to use precedent, which government body decision is precedent, the hierarchy of precedents and their correspondence with the doctrine; if lawyers could and in which case digress from precedents and some other questions of Precedent Law.

There is one more argument on the question on Tax Law structure change. The practical persons are often against introduction the new kinds of legal sources. Thus, according to sociological research among judges “only 28% of respondents answer the question on application the Precedent Law in Russia positively, while 46.7% answered negatively”.⁸

⁶ Sasov K.A. Decisions of CC RF in taxation. Moscow, 2008, p.17.

⁷ Morshakova T.A. In the Tax club. www.fbk.ru

⁸ Boshno S.V. In the Tax club www.fbk.ru

The following comments can be done on this argument.

Continuity and congenial conservatism is the positive characteristic of any system including Russian legal system. Modern Russian Financial Law appeared on the theoretical and legal standard basis of socialistic law in the Soviet Union. The Russia Federation Tax Law appeared in the period of 1991-1992, but, the influence of the Soviet legal system, Soviet economy theory on the modern Tax Law development can not be undervalued. Also it should be taken into consideration the fact that practically all legislators, managers in financial and tax bodies, outstanding scientists, leading practical lawyers got professional education and started their activity in the socialistic legal system. These persons' sense of justice was formed under the influence of the Soviet State and Law system. The Soviet Legal Theory critically regarded the precedent as legal source, asserted that "dominating tendency in the development of legal sources is higher raising the proportion of standard legal acts...". Foreign authors also pointed out that the most critical attitude to the precedents as legal sources in the USSR and in the countries of so-called "socialistic sector", and, in accordance with Soviet theory "any corrective interpretation contradicts principles of socialistic legislation and priority of law".

It is in this Soviet theory where the use of precedents as legal sources is undesirable. But 17 years passed after our state changed the way of development. Legal Theory changed greatly and there is a hope for the correspondent changes in participants' sense of justice in Taxation field. And including all changes new approaches to Tax Law sources system are possible.

There are a great majority of examples in history when practical lawyers changed their opinion on the contrary during the time. For example, French Civil Law codification by Napoleon I in 1804 in France was the example of legal technique. For about 100 years French scientists considered Civil Code of 1804 the only legal source was due to be interpreted literally and logically, but not to be supplemented. Only at the end of 19 - the beginning of 20 century French Legal Theory and legal practice digressed from literally-logic interpretation of the Code and permitted the judicial legal regulations under the influence of French scientists Geny and Saleil. The same processes took place in Germany conformably to German Civil Code of 1900⁹.

And even if French lawyers with their close to ideal codification of legal branch and long years continental legal tradition digressed from standard regulation of tax relations to application the precedent regulation, so what prevents Russian specialists in Tax Law field from following the same way? In our opinion, there are not any obstacles to apply the precedent regulation in Russian taxation, especially when in its quality Tax Code of the RF is far from quality of Napoleonic Civil Code of France 1804. The Conservatism in legal society in this way can be overcome, especially when European lawyers passed this way approximately 100 years ago.

In conclusion it should be said:

1. Tax Law in Russia is being developed after a model of modern "Romanic-Germanic" system. The major source of Tax Law in Russia is Tax Code. The additional sources are

^{9 9} Bregel J.L. Theory of law. Moscow, Nota Bene, p. 115-117.

Ministry of Finance Acts. If there are any gaps in legislation, then courts can liquidate them by passing the norms-precedents (cases).

2. Precedents (cases) application for tax relations regulations is possible even if there is the hierarchy of precedents, correlation of precedents with other legal sources. Otherwise the position of participants in tax relations becomes indefinite and the tax regulation is difficult.

Literatura:

- The tax code of Russia 1998.
- Kerimov D.A. Methodology of law. Moscow, Avanta+, 2001, p. 183.
- Bregel J.L. Theory of law. Moscow, Nota Bene, p. 97-157.
- David R. Modern Legal Systems. Moscow, 1967, p.59-65.
- Alexeev S.S. Theory of law. Moscow. 2008, Prospect, p.95.
- Sasov K.A. Decisions of CC RF in taxation. Moscow, 2008, p.17.
- Morshakova T.A. In the Tax club. www.fbk.ru
- Boshno S.V. In the Tax club www.fbk.ru

Kontaktní údaje na autora – email:

Yao@law.vsu.ru

ROLE MANAŽERA V PROCESU VZNIKU PRACOVNÍHO POMĚRU

DOMINIK ŽENATÝ

Právnická fakulta Masarykovy univerzity, Česká republika

Abstrakt v rodném jazyce

Článek popisuje úlohu manažera při vzniku pracovního poměru. Nezaměřuje se jen na zákonné požadavky a zákazy, ale zkoumá celý proces jako kompaktní celek. Mapuje úlohu manažera jako představitele zaměstnavatele, který jeho jménem jedná se zaměstnancem. Článek se zabývá pouze sférou podnikatelskou a specifika nepodnikatelské sféry ponechává stranou.

Klíčová slova v rodném jazyce

Pracovní právo, vznik pracovního poměru, manažer.

Abstract

The article describes the role of the manager in process of employment creation. It is not describing only the legal requirements and bans, but focuses on the process as a complex. The article is focused only on business subjects.

Key words

Industrial law, employment creation, manager.

1. PRACOVNÍ POMĚR JAKO DOMINANTNÍ PRACOVNĚ PRÁVNÍ VZTAH

Pracovní poměr je, v českém právním řádu, základní pracovněprávní vztah. Jeho důležitost je dána i faktem ekonomické významnosti tohoto vztahu pro zaměstnance (i zaměstnavatele). Zákon předpokládá jako základní právní skutečnost vzniku pracovního poměru pracovní smlouvu. „Pracovní poměr se zakládá pracovní smlouvou mezi zaměstnavatelem a zaměstnancem, není-li v tomto zákoně dále stanoveno jinak.“¹ Mimo pracovní poměr mohou vznikat i pracovní vztahy založené dohodami o pracích konaných mimo pracovní poměr. Pracovní poměr je, oproti dohodám o pracích konaných mimo pracovní poměr, dominantním základním pracovněprávním vztahem. A to nejen z pohledu objemu takto konané práce, ale i z pohledu větší tradičnosti institutu pracovního poměru.

Pracovní poměr je možné členit do několika fází. První fází, která fakticky stojí mimo pracovní poměr je postup před vznikem pracovního poměru; tak jak jej zná zákoník práce v §§ 30 – 32. Fází, na kterou se zaměřuje tento článek, je vznik pracovního poměru, který je spolu s ustanoveními o pracovním poměru a pracovní smlouvě uveden pod §§ 33 – 39 zákoníku práce. Poslední dvě fáze jsou změny pracovního poměru (§§ 40 – 47) a skončení pracovního poměru (§§ 48 – 73).

Pouze porovnáním počtu paragrafů, které zákoník práce věnuje jednotlivým fázím (3 pro postup před vznikem, 7 pro vznik, smlouvu a poměr jako takový, 8 pro změny a celých 26 pro skončení) lze spatřit silnou nerovnováhu. Tento nepoměr je dát důrazem na následky, které způsobuje skončení pracovního poměru na rozdíl od jeho vzniku. Zároveň napovídá, již na první pohled, ochrannářskou funkci zákoníku práce nad zaměstnancem. Aniž bychom četli zmíněné paragrafy, můžeme si tak udělat obrázek o pracovním poměru v ČR.

¹ Zákon č. 262/2006 Sb., zákoník práce, §33 odst. 1.

Například Francie, známá pro svoji maximální ochranu zaměstnance, věnuje vzniku pracovního poměru celkem 17 paragrafů (§§ 1221 1 - 17), změně celkem 8 paragrafů (§§ 1222 1 – 8) a jeho skončení plných 203 paragrafů (§§ 1231 1 – 1248 11). Je zde tedy také patrný značný nepoměr.

2. MANAŽER NEBO VEDOUcí PRACOVNÍK

Zákoník práce nezná pojem manažer, ale pouze pojem vedoucí pracovník. Tento pracovník byl definován starým zákoníkem práce (65/1965 Sb.) jako vedoucí pracovník, jehož pracovní poměr vznikl jmenováním (tj. u vedoucí zaměstnanci, jimž je podřízen další vedoucí zaměstnanec a kteří se v rámci systemizace pracovních míst v organizaci nacházejí v přímé řídicí působnosti statutárního orgánu nebo o stupeň níže, tj. v přímé řídicí působnosti vedoucího zaměstnance přímo podřízenému statutárnímu orgánu). Jelikož tato úprava nemá oporu v evropské legislativě, je v novém zákoníku práce upraven vedoucí zaměstnanec pouze pro nepodnikatelskou sféru. Výjimku tvoří § 73 odst. 2, který připouští možnost dohodnutí se s vedoucím zaměstnancem na možnosti odvolání z pracovního místa, je-li zároveň dohodnuto, že se vedoucí zaměstnanec může tohoto místa vzdát; čímž zachovává obsahovou část definice pojmu vedoucí pracovník, tak jak jej znal starý zákoník práce, i pro podnikatelskou sféru.

Pro účely posuzování vlivu manažera na vznik pracovního poměru postačí definice, která za manažera považuje jakéhokoliv nadřízeného, jenž komunikuje s uchazečem o zaměstnání (z pozice budoucího nadřízeného). Manažer, tedy pracovník, kterého vnímá uchazeč o zaměstnání jako představitele budoucího zaměstnavatele (manažerem však nerozumíme personalistu nebo jiné administrativní pracovníky bez rozhodovací pravomoci v rámci daného přijímacího procesu). Tento článek se dále zabývá pouze sférou podnikatelskou a specifika nepodnikatelské sféry ponechává stranou.

3. VZNIK PRACOVNÍHO POMĚRU JAKO PROCES

Pracovní poměr vzniká dnem sjednaným jako den nástupu zaměstnance a nebo dnem, který je uveden jako den jmenování do funkce vedoucího zaměstnance. Na první pohled se tedy jedná o jeden časový okamžik. Podíváme-li se na celou situaci procesně, musíme dojít k závěru, že se jedná o delší období. Minimálně je možné rozlišovat tři fáze: postup při výběru uchazečů, jednání vedené s vybraným uchazečem a samotný vznik pracovního poměru. Na jednotlivé fáze se nyní podíváme blíže.

3.1 POSTUP PŘI VÝBĚRU UCHAZEČŮ

Analyzujeme-li situaci výběru uchazečů, tak můžeme tento proces popsat následujícím způsobem: z uchazečů, kteří reagovali na nabídku pracovní pozice, musí zaměstnavatel vybrat jednoho, kterému tuto pozici nabídne. Zákoník práce ponechává, v § 30, tuto situaci v rukou zaměstnavatele (vyjma situací dle zvláštních právních předpisů). Současně umožňuje zaměstnavateli zjišťovat o uchazečích údaje, avšak jen ty, které bezprostředně souvisejí s uzavřením pracovní smlouvy.

Definice takových údajů je velice složitá a navíc je nutné přihlédnout i k požadavku hlavy IV. zákoníku práce, které vyslovuje zákaz jakékoliv diskriminace zaměstnanců. Starý zákoník práce definoval pojem diskriminace: „V pracovněprávních vztazích je zakázána přímá i nepřímá diskriminace z důvodu pohlaví, sexuální orientace, rasového nebo etnického původu, národnosti, státního občanství, sociálního původu, rodu, jazyka, zdravotního stavu, věku, náboženství či víry, majetku, manželského a rodinného stavu nebo povinností k rodině,

politického nebo jiného smýšlení, členství a činnosti v politických stranách nebo politických hnutích, v odborových organizacích nebo organizacích zaměstnavatelů; diskriminace z důvodu těhotenství nebo mateřství se považuje za diskriminaci z důvodu pohlaví. Za diskriminaci se považuje i jednání zahrnující podněcování, navádění nebo vyvolávání nátlaku směřujícího k diskriminaci.“²

Nový zákoník práce již definici pojmu diskriminace neřeší a odkazuje v § 16 odst. 2 na antidiskriminační zákon. Tento odkaz však není možné použít, protože antidiskriminační zákon ještě není platný. Dostáváme se tak do situace, kdy je možné použít definici starého zákoníku práce a nebo vlastního výkladu.

Ve většině případů je však obě stranám zřejmé, jaké údaje není možno zjišťovat v souladu zákoníkem práce a jaké údaje zjišťovat lze. Nejčastějším případem diskriminace zůstává i nadále diskriminace kvůli pohlaví (velmi znevýhodněny jsou v tomto případě například ženy s malými dětmi; což je důsledek ekonomický, z pohledu zaměstnavatele, pro kterého každý zaměstnanec znamená stejné náklady, ale různé přínosy – v tomto případě například krácené o pobyt mimo zaměstnání s nemocným dítětem). Zaměstnanec i zaměstnavatel ví, že není zákonné, aby se při pohovoru objevili otázky na počet dětí, na zajištění jejich hlídání či na jejich nemocnost.

Praxe je ovšem jiná, než jak ji předpokládá zákoník práce. Pracovních sil na je v současné době na českém trhu dostatek (vyjma odborných kvalifikovaných pracovníků, kterých je vždy nedostatek) a tím pádem je zde převis poptávky po práci nad nabídkou práce. Tato situace je zcela běžná ve všech rozvinutých zemích. Tento stav však dává zaměstnavateli větší vyjednávací sílu než jakou disponuje zaměstnanec. Proto je i český zákoník práce postaven na ochranu slabší strany, tedy zaměstnance. V praxi je proto situace pro zaměstnance složitá, protože sice ví, že není zákonné, aby zaměstnavatel kladl některý typy dotazů, ale zároveň ví, že na jeho místo je mnoho dalších kandidátů. Je tedy jasné, že předpokládá, že tyto odpoví na dané otázky a proto i on sám se podvolí diskriminaci ze strany zaměstnavatele.

Zaměstnavatel má zákonnou povinnost informovat zaměstnancem před uzavřením pracovní smlouvy o několika náležitostech budoucího zaměstnání. Zákon jasně stanovuje nutné seznámení „s právy a povinnostmi, které by pro ni z pracovní smlouvy, popřípadě ze jmenování na pracovní místo vyplynuly, a s pracovními podmínkami a podmínkami odměňování, za nichž má práci konat, a povinnostmi, které vyplývají ze zvláštních právních předpisů vztahujících se k práci, která má být předmětem pracovního poměru.“³ Nejdůležitější, z pohledu zaměstnance, bývá právě způsob a výše odměňování. V praxi je však tento údaj sdělován až vybranému kandidátovi v další fázi výběrového řízení; narozdíl od anglosaských zemí, kde je roční základní plat vždy uváděn již v nabídce zaměstnání (což je mnohem logičtější a ekonomičtější, neboť se na výběrových řízeních nemusejí setkávat zaměstnanci a zaměstnavatelé, jejichž finanční představy jsou neslučitelně odlišné).

3.2 JEDNÁNÍ VEDENÉ S VYBRANÝM UCHAZEČEM

Jednání vedené s konkrétním vybraným uchazečem obsahuje základní bod a tím je pracovní smlouva. Vedle zákonných požadavků na druh práce, místo výkonu a dne nástupu je rozumné uvést do smlouvy, popřípadě jako přílohu, i popis pracovní pozice. Zákoník práce totiž v §37 nařizuje zaměstnavateli seznámit zaměstnance s obsahem pracovního poměru a dává mu lhůtu

² Zákon č. 65/1965 Sb., zákoník práce, §1 odst. 4.

³ Zákon č. 262/2006 Sb., zákoník práce, §31.

1 měsíc od nástupu. Zároveň nabízí jako možnost sjednat obsah pracovního poměru přímo v pracovní smlouvě. Tento způsob je efektivnější neboť je možné již v průběhu jednání před podpisem smlouvy hovořit o konkrétní náplni pracovní pozice; a to i v písemné, později závazné, formě. Tento způsobem je vhodnou technikou, která posiluje důvěru a stabilitu zaměstnance, což je v zájmu zaměstnavatele.

Velmi podstatnou částí pracovní smlouvy je ustanovení o zkušební době. Zákon umožňuje zaměstnavateli maximální délku tři měsíce. Praxe však hojně tuto dobu prodlužuje, nikoliv jako oficiální zkušební dobu, ale například uzavíráním smlouvy na dobu určitou (kupříkladu jeden rok) s tím, že následně se uzavře smlouva na dobu neurčitou. Zaměstnavatel si tak ponechává možnost se zaměstnancem po roce nespolupracovat, aniž by musel splňovat některý z výpovědních důvodů. Zaměstnanec je v této situaci opět před rozhodnutím smlouvu na dobu neurčitou nepodepsat, protože mu neposkytuje dostatečnou ochranu, avšak ví, že je pravděpodobné, že zaměstnavatel poté dá přednost jinému uchazeči.

3.3 VZNIK PRACOVNÍHO POMĚRU

Veškerá jednání s uchazečem o zaměstnání jsou završena podpisem projednané pracovní smlouvy. Ve stejném okamžiku však může dojít i podpisu dalších smluv, které budou definovat pracovní vztah. Například může jít o podepsání dohody o hmotné zodpovědnosti nebo kariérní dohody.

Kariérní dohody jsou hojně používaným nástrojem u mezinárodních firem, které pomocí nich stabilizují své lidské zdroje. Taková dohoda mívá zpravidla vymezené cíle, jichž má zaměstnanec dosáhnout v následujícím roce (zlepšení jazykových dovedností, rozšíření kvalifikace, apod.) a zároveň obsahuje závazek zaměstnavatele o odměně zaměstnanci, který cílů dosáhne (kariérní postup, navýšení mzdy, apod.). Vzhledem k faktu historického nepoužívání podobných dohod v českém právním řádu, dá se jen těžko odhadnout jaký bude jejich další vývoj a jaké budou postupy při neplnění kariérních a podobných dohod.

4. ÚLOHA MANAŽERA

Manažer jako představitel společnosti plní nezastupitelnou úlohu v celém procesu vzniku pracovního poměru. Jeho vystupování, chování a přístup jsou jedním z hlavních kritérií při rozhodování uchazeče o zaměstnání. S manažerem se uchazeč o zaměstnání setkává zpravidla až v pozdější fázi výběru. Seznámení se společností (skrze webové stránky a pohovor s personalistou) má uchazeč o zaměstnání již za sebou. Od manažera tedy očekává spíše konkrétní definici pracovního místa a podmínek budoucího zaměstnání.

Naprosto nezbytná je manažerova detailní znalost nabízené pracovní pozice a také znalost zákoníku práce a souvisejících předpisů. Samozřejmě se očekává, že tyto informace, minimálně, co se týče platné právní úpravy, budou manažerovi sděleny personalistou a budou aktualizovány. Je však nutné, aby manažer měl právní povědomí o situaci vzniku pracovního poměru. Zcela jednoduše se tak může vyvarovat nezákonných postupů a situace a nebo alespoň ví, když takové situace nastanou (je možné, že manažer tyto situace nastoluje schválně, například při testování uchazečovy asertivity, když čeká, zdali se proti nedovolenému postupu či dotazu ohradí). Mnohdy však ani sám uchazeč není zcela informován o svých právech a situaci vzniku pracovního poměru nezná po právní stránce nebo jeho informace nejsou aktualizované.

A je to právě manažer, kdo by měl dbát na zákonnost procesu vzniku pracovního poměru. Jednak to zákon sám vyžaduje, ukládáním povinností (např. informační) a také jeho přístup k aktualizovaným informacím je lepší. Neznalost zákona sice neomlouvám, ale jsou opodstatněné předpoklady, kdy je možno se domnívat, že právní povědomí uchazeče je malé nebo neaktualizované a v takové chvíli je vystaven možným nátlakům a nezákonnostem ze strany zaměstnavatele. Praxe dokazuje, že manažer v takovéto situaci nejedná vždy tak, jak zákonodárce předpokládá a častěji nastane situace, kdy neznalosti uchazeče daný manažer využívá a zneužívá.

Praxe však spíše obsahuje příklady zneužívání silného postavení budoucího zaměstnavatele, stejně tak, jako zneužívání postavení zaměstnavatele. Je to dáno nejen historickým vývojem, ale také osobností každého manažera. Jednoznačně však lze konstatovat, že zákonný a otevřený přístup k uchazečům o zaměstnání a stejně tak i k zaměstnancům vede k důvěře k zaměstnavateli, která je základním znakem dlouhodobých pracovněprávních vztahů.

Literatura:

- Nález Ústavního soudu ze dne 12. 3. 2008, sp. zn. Pl. 83/08
- Zákon č. 262/2006 Sb., zákoník práce, ve znění pozdějších předpisů
- Zákon č. 65/1965 Sb., zákoník práce, ve znění pozdějších předpisů
- Vysokajová, M.: Zákoník práce s komentářem, Praha: ASPI, 2007

Kontaktní údaje na autora – email:

zenaty@centrum.cz

Sekce II.

Historicko-právní sekce

*1918 – právo Habsburské monarchie a právo
nástupnických států*

Section II.

Legal-history section

*1918 – Legal Order of Hapsburg Monarchy
and Succesion States*

POKUS O UNIFIKACI ADVOKÁTNÍHO ŘÁDU V PRVÉ ČESKOSLOVENSKÉ REPUBLICE

STANISLAV BALÍK

Ústavní soud ČR; Fakulta právnická ZČU, Česká republika

Abstrakt v rodném jazyce

Autorova pozornost je věnována osnově unifikovaného advokátního řádu, která byla v paragrafovaném znění připravena v r. 1936. Unifikovaný advokátní řád měl především odstranit odlišnosti advokátního práva v českých zemích, na Slovensku a v Podkarpatské Rusi. Unifikace vycházela z práva platného v českých zemích. Zřízením Delegace advokátních komor jako druhé instance stavovské samosprávy měl být zajištěn jednotný výkon spravedlnosti na celém území ČSR. K přijetí unifikovaného advokátního řádu nakonec nedošlo, osnova je však i nyní zajímavou inspirací pro legislativce i praktiky z oboru advokátního práva.

Klíčová slova v rodném jazyce

Advokacie, advokátní řád, unifikace práva, první Československá republika.

Abstract

An attention of the author is paid to the unified Rules of Advocacy's warp, which had been prepared in articulated wording in the year 1936. The unified Rules of Advocacy were in particular made to supersede the diversity of law on advocacy within the Czech countries, the Slovakia and Sub-Carpathian Russia. The unification stemmed mainly from the law valid within Czech countries. Establishing of Bars Delegation, as a second instance of state's autonomy, was meant to secure the unified administration of justice all over the territory. The unified Rules of Advocacy had not been approved in their end; nevertheless the warp shall be an exciting inspiration for legislators or advocacy-law practitioners even in these days.

Key words

Advocacy, Rules of Advocacy, Unification of the Rules, First Czechoslovak Republic.

1. ÚVOD

Prvá Československá republika bývá z pohledu dějin advokacie pokládána za vcelku poklidnou etapu. Za charakteristické rysy vývoje dobového advokátního práva je na straně jedné pokládána kontinuita rakouského práva v českých zemích a uherského práva na Slovensku a v Podkarpatské Rusi, právně zakotvená v tzv. recepční normě č. 11/1918 Sb. z. a n. (dále jen „recepční norma“), na straně druhé pak snaha o unifikaci advokátního řádu.

Právněhistorická literatura věnovala dosud pozornost především právním předpisům o advokacii, které byly převzaty do československého právního řádu, jejich novelizacím

a dále právním normám, které dílčím způsobem zasáhly do úpravy advokátního práva, jakož i jejich aplikaci v letech 1918-1938.¹

Následující příspěvek si pak klade za cíl navázat na shora zmiňovanou literaturu a zaměřit pozornost na prvorepublikové unifikační snahy a jejich výsledek v podobě osnovy advokátního řádu z r. 1936 (dále jen „osnova z r. 1936“). V jednotlivých částech bude pojednáno o výchozím stavu po přijetí recepční normy, o záměrech reformy advokacie v první republice a jejich realizaci a konečně o osnově z r. 1936.

2. ČESKOSLOVENSKÁ ADVOKACIE A ADVOKÁTNÍ PRÁVO PO VZNIKU REPUBLIKY

Recepční normou byly převzaty v zásadě všechny právní předpisy o advokacii rakouské i uherské.

V českých zemích se jednalo především o zákon č. 96/1868 ř. z., jímžto se uvádí řád advokátský, zákon č. 40/1872 ř. z., o vykonávání moci disciplinární nad advokáty a kandidáty advokátskými, ve znění zákona č. 223/1906 ř. z. a zákon č. 58/1890 ř. z., jímž ministr práv se zmocňuje, aby vydal nařizovacím způsobem tarif pro takové výkony advokátů a jejich kanceláří v soudním řízení, které pro svoji jednoduchost a své opětování dopouštějí průměrného ocenění, a na něj navazující nařízení ministerstva práv, a nařízení ministerstva práv č. 59/1904 ř. z., jímž dovoluje se advokátům, kandidátům advokacie a obhájčům nositi roucho úřední.

Na Slovensku a v Podkarpatské Rusi byl převzatým pilířem advokátského práva zákonný článek XXXIV/1874, zavádějící advokátní řád, a jeho novely dané zák. čl. XXVIII/1887 a zák. čl. XXIV/1907. I zde platila řada souvisejících právních předpisů, které byly rovněž většinou převzaty.

Na recepční normu navázal záhy zákon č. 83/1920 sb. z. a n., o prozatímní úpravě advokacie, který v ustanovení § 1 stanovil, že „advokáti, kteří mají domovské právo v obci na území státu československého a vykonávali advokátní praxi dne 28. října 1918 na území nynějšího státu československého, nebo byli sice zapsáni zde do seznamu advokátů později, avšak zkoušku advokátní vykonali před komisí na území státu československého, mohou přesídliti z té části území, ve které platí řád advokátní ze dne 6. července 1868, č. 96 ř. z., do území československého státu, v němž platí advokátní řád uherský (zák. čl. XXXIV z r. 1874), nebo naopak.“

¹ Srv. zejména Balík S., Právní předpisy o advokacii v Čechách v letech 1918-1938 a jejich dobová interpretace, in: Právněhistorické studie, 34, Praha: Ústav právních dějin právnické fakulty UK, 1997, str. 199-211; Balík S., Keller R., Tradice advokacie v českých zemích. Vybrané právní předpisy o advokacii z let 1868-1948, Praha, Česká advokátní komora, 1995, 132 str.; Balík S., Minulost, přítomnost a perspektivy advokacie, Plzeň: Vydavatelství Západočeské univerzity, 1998, str. 39-44; Balík S., Advokacie včera a dnes, Plzeň: Vydavatelství a nakladatelství Aleš Čeněk, 2000, str. 77-81; Balík S., Piková P., Advokacie v českých zemích a na Slovensku-rozchody a setkání v minulosti, současnosti a perspektivě. Aktuální otázky vývoje právního řádu v České republice a ve Slovenské republice. Sborník příspěvků z mezinárodní konference konané 26. 6. 2001 v Brně, Brno: Institut dalšího vzdělávání, 2001, str. 87-90; Kerecman P., Kapitoly z dejín advokacie na Slovensku, Košice: Agentúra PENELOPA, 2005, str. 175-200; Valentová V., Z historie advokacie: léta 1918-1938, in: V. Knoll (ed.), Pocta Stanislavu Balíkovi k 80. narozeninám. Acta historico-iuridica Pilsnensia 2008, Plzeň: Aleš Čeněk, 2008, str. 400-410.

Recepce rakouských a uherských právních předpisů do československého právního řádu však zdaleka neznamenal, že by advokacie a zejména advokátská samospráva fungovaly nadále na celém území republiky bez problémů a kontinuálně. Zatímco v českých zemích tomu tak až na personální změny v orgánech advokátních komor bylo, na Slovensku a v Podkarpatské Rusi se advokátní organizace v podstatě rozpadla:

„Štátny prevrat (28./X. 1918) zastihol na území terajšieho Slovenska štyri advokátske, podľa zák. čl. XXXIV. z r. 1874 autonómne sriadené komory: 1. bratislavskú, 2. bansko-bystrickú, 3. košickú, 4. prešovskú.

Okrem toho Gemer prináležal ku advokátskej komore, ktorej sídlo ostalo v Miškovci; Hont, Novohrad prináležaly ku advokátskej komore, ktorej sídlo ostalo v Balážových Ďarmotách a konečne Komárno patrilo ku advokátskej komore, ktorej sídlo ostalo v Rábe.

Z územia adv. komory, ktorej sídlo ostalo v Marmarošském Sihoti, na Slovensku ostaly okresy v Sobrancech a vo Veľkých Kapušanoch.

Ministr pro správu Slovenska pridělil Komárno adv. komore bratislavskej, Hont, Novohrad pridělil komore bansko-bystrickej, Gemer přidělil komore košickéj. Komora bratislavská i bansko-bystrická toto nariadenie exekvovala, ale košická nie. Advokáti v Gemi od r. 1918 do 1921, kým komora v Turčianskom Sv. Martine nezačala účinkovať, vôbec nikde, ani v jednej komore na Slovensku neboli v evidenci,“²píše se ve zprávě Advokátní komory pro Slovensko ministru spravedlnosti z 16. ledna 1926 č. 15/1926.

Neutěšenou situaci zákonodárce částečně vyřešil tím, že zákonem č. 167/1920 Sb. z a n. zřídil pro celé Slovensko jednu advokátní komoru se sídlem v Turčianskom sv. Martine. V čele této komory, která zahájila činnost 17. ledna 1921, však nestál volený, ale jmenovaný správní výbor.

Situace v Podkarpatské Rusi byla ještě horší než na Slovensku. Ustanovení § 8 zákona č. 40/1922 Sb. z a n., kterým se mění a doplňují některá ustanovení o advokátech, předpokládalo, že dokud nebude v Podkarpatské Rusi zřízena samostatná advokátní komora, povede většinu agendy ministrem spravedlnosti určený předseda některé z tamějších sedrií, disciplinární věci vykoná disciplinární senát advokátní komory v Turčianskom sv. Martine.

Advokátní komora pro Podkarpatskou Rus nebyla do konce první republiky zřízena a status quo založený § 8 citovaného zákona tak zůstal do konce první republiky nezměněn.

Nutno dodat, že odlišnost stavu advokátní organizace v jednotlivých částech republiky se promítla i do aplikace ustanovení o možnosti přesídlení advokátů. Na Slovensko a do Podkarpatské Rusi přicházeli advokáti bez problémů, čehož budiž příkladem např. bratislavský advokát původem z Moravy a dlouholetý jednatel slovenské Jednoty právnické Cyril Bařinka³, v českých zemích se přechodům komory bránily, jako např. Moravská advokátní komora v případě Alexandra Bedö a Advokátní komora v Čechách v případě

² Srv. Zpráva správního výboru Advokátské komory pro Slovensko v Turčianskom sv. Martine z rokov 1921-1925, str. 3. Tištěnou zprávu bez vrocení a uvedení místa vydání a vydavatele má autor příspěvku k dispozici ve své knihovně.

³ Více o něm např. Navrátil M., Almanach československých právníků, Praha 1930, str. 25.

Arpáda Nagyho. V obou případech byli tito advokáti zapsáni až na základě rozhodnutí Nejvyššího soudu.⁴

Z uvedeného je zřejmé, že unifikace byla žádoucí především s ohledem na situaci na Slovensku a Podkarpatské Rusi.

„Na prvním místě reformy stojí organisace. Podnět k vybudování autonomie nahoru dal nám advokátní řád polský. Myšlenka jeho byla přijata a hájena zvláště i býv. Presidentem advokátní komory Dr. Stompfem proto, že se zdálo možným pomocí nové organisace odstraniti překážky, vadící obnově autonomie na Slovensku a Podkarpatské Rusi,“⁵ uvedl jako jeden z argumentů ve prospěch záměru zřídit Delegaci advokátních komor jako vyšší stavovskou instanci nad advokátními komorami ministerský rada v ministerstvu spravedlnosti František Mrština na zasedání sekce advokátské Prvního odborového sjezdu československých právníků konaného ve dnech 26. – 28. září 1936 v Praze.

3. ZÁMĚRY REFORMY ADVOKACIE V PRVÉ ČESKOSLOVENSKÉ REPUBLICE

Úvahy o potřebě reformovat advokacii byly vedeny již před a diskuse pokračovala i po vzniku Československé republiky.

Platformami pro úvahy o reformě advokacie byly advokátní komory, advokátské spolky a advokátské časopisy. Na stránkách předrepublikových Právnických rozhledů vydávaných pražským advokátem Václavem Boučkem či poválečné České advokacie vydávané Jednotou advokátů československých je k dispozici celá řada diskusních příspěvků s velkou variabilitou názorů. Obdobně je tomu v případě slovenského Právního obzoru či Zpráv Svazu advokátů na Slovensku. K otázkám reformy se pochopitelně pravidelně vyjadřovali i funkcionáři advokátních komor.⁶

Prvorepubliková advokacie se podle jejích představitelů a navrhovatelů reform z řad advokátů i objektivně potýkala s problémem nárůstu počtu advokátů a nedostatkem práce pro všechny advokáty, s pokoutnictvím, dále se zatížením plynoucím z tzv. chudinské agendy a v neposlední řadě s nejistotou pokud jde o zabezpečení v nemoci, invaliditě a stáří.

Hlavními požadavky pak byly zákonitě prodloužení koncipientské doby, zabránění přílivu nových advokátů znovuzavedením principu numerus clausus⁷, přísnější stíhání pokoutnictví a řešení otázky sociálního pojištění. Tyto požadavky se stupňovaly úměrně tomu, jak se vzdalovalo předložení slibované osnovy nového advokátního řádu či alespoň novely stávajících předpisů. Vyvrcholení nastalo v tomto směru v r. 1935:

⁴ Blíže srv. Balík S., Historická mozaika, Bulletin slovenskej advokacie č. 12/2005, str. 66-67.

⁵ Srv. První odborový sjezd československých právníků. Praha 26. – 28. září 1936, str. 132. Tištěnou zprávu bez vnošení a uvedení místa vydání a vydavatele má autor příspěvku k dispozici ve své knihovně.

⁶ Srv. např. Koerner E., O zásadách reformy advokacie, Právníké rozhledy č. 9/1902, str. 102-104; Koerner E., O reformních snahách v advokacii od let osmdesátých, Právníké rozhledy č. 16, 17/1904, str. 214-217, 223-227; Stompfe A., Neodvislá advokacie podkladem občanské svobody v demokratickém státu, Česká advokacie, XIX, 1934, str. 97-99, a řada dalších.

⁷ Srv. např. Hermann K., Obrana proti katastrofální záplavě advokacie, Česká advokacie, 1934, str. 108-110 apod.

„Důrazně vytykáme, že provisorně suspendovaná naše stavovská autonomie dosud nebyla ke škodě našeho stavu obnovena, ačkoliv mimořádné popřevratové poměry dávno minuly...

Žádáme, aby bez dalších odkladů byla osnova nového advokátského řádu předložena zákonodárným sborům k projednání...

Žádáme, aby při uzákonění nového advokátského řádu byla současně řešena otázka pokoutnictví...

Prvý sjezd advokátů ze Slov. a P. R. žádá vládu republiky Československé a zodpovědné zákonodárné činitele, aby s urychlením byla uzákoněna novela k advokátnímu řádu, kterou by bylo dáno advokátním komorám zmocnění k zavedení invalidního a pensijního pojištění pro advokáty a pro advokátní koncipienty způsobem donucovacím, a to zřízením vlastního ústavu, anebo přistoupením ke zřízenému ústavu pojišťovacímu...“, zaznělo např. na sjezdu advokátů ze Slovenska a Podkarpatské Rusi konaném ve dnech 6.- 7. dubna 1935 v Bratislavě.⁸

Na zmíněném sjezdu byli ostatně přítomni i příslušní ministři, a to ministr spravedlnosti Ivan Dérer, ministr unifikací Jan Šrámek, ministr nitra Jan Černý a ministr sociální péče Alfréd Meissner. Ministr spravedlnosti Dérer uvedl, že *„připravuje se osnova nového advokátního řádu, o níž se jedná v meziministerském řízení, jež bude v nejbližší době skončeno“*.

Časopis Česká advokacie přinesl v r. 1935 sérii článků o aktuálních tématech.⁹ Světlo světa spatřila osnova unifikovaného advokátního řádu v r. 1936.

4. OSNOVA UNIFIKOVANÉHO ADVOKÁTNÍHO ŘÁDU Z R. 1936

Pojednat o dobovými advokáty toužebně očekávané osnově unifikovaného advokátního řádu lze v zásadě dvěma způsoby. Prvá varianta by akcentovala historické souvislosti jednání a příprav této osnovy, druhá právněhistorický rozbor jejího textu.

V dalším výkladu jsem se rozhodl upřednostnit druhou variantu. I zde však mi prostor tohoto příspěvku nedovoluje probírat detailně všech jejích sedm oddílů o celkem 141 paragrafech.¹⁰

⁸ Srv. Hendrych S. (Hch.), Po sjezdu advokátů ze Slovenska a Podkarpatské Rusi, Česká advokacie, 1935, str. 25-28.

⁹ Srv. např. Novák B., K historii pensijního pojištění advokátů, Česká advokacie, 1935, str. 70-71; Leicht E. T., Pensijní pojištění advokátů, Česká advokacie, 1935, str. 72-74; Hendrych S.(Hch.), Krise v advokacii a krise advokacie. Zrušení doktorátu jako podmínky pro provozování advokacie? K osnově zákona o stáhání pokoutníků Urychlení agendy.-Úprava práva chudých, Česká advokacie, 1935, str. 74-80. Koerner E., O zásadách reformy advokacie, Právníké rozhledy č. 9/1902, str. 102-104; Koerner E., O reformních snahách v advokacii od let osmdesátých, Právníké rozhledy č. 16, 17/1904, str. 214-217, 223-227; Stompfe A., Neodvislá advokacie podkladem občanské svobody v demokratickém státu, Česká advokacie, XIX, 1934, str. 97-99, a řada dalších.

⁹ Srv. např. Hermann K., Obrana proti katastrofální záplavě advokacie, Česká advokacie, 1934, str. 108-110 apod.

⁹ Srv. Hendrych S. (Hch.), Po sjezdu advokátů ze Slovenska a Podkarpatské Rusi, Česká advokacie, 1953, str. 25-28.

⁹ Srv. např. Novák B., K historii pensijního pojištění advokátů, Česká advokacie, 1935, str. 70-71; Leicht E. T., Pensijní pojištění advokátů, Česká advokacie, 1935, str. 72-74; Hendrych S.(Hch.), Krise v advokacii a krise advokacie. Zrušení doktorátu jako podmínky pro provozování advokacie? K osnově zákona o stáhání pokoutníků Urychlení agendy.-Úprava práva chudých, Česká advokacie, 1935, str. 74-80.

Pokusím se spíše upozornit na to, co osnova přinesla nového oproti dosavadní právní úpravě, a poukázat na ustanovení, která měla upravovat řešení problémů aktuálních i v dnešní advokacii.

Osnova z r. 1936 byla presentována jako „*dílo nejen unifikáčnické, ale i reformní. Reformní i po stránce organizační i v jednotlivostech*“.¹¹

Za stěžejní lze pokládat třetí a čtvrtý oddíl o komorách a vrchní komoře advokátní. Nově byla zákonem zřízena vrchní komora advokátní. Ta měla navázat na faktickou činnost dosavadní Stálé delegace advokátních komor. Tento krok byl obecně uznáván:

„Jako ilegální organizace, byvši ustrojena bez podkladu zákonného pouze stavem samým – avšak uznávána přesto činiteli státními za reprezentanta celé advokacie – trpěla instituce ta bohužel nedostatky samočinné organizace,“ napsal např. o Stálé delegaci advokátních komor tajemník Advokátní komory v Čechách Evžen Tarabrin v citovaném Přehledu osnovy advokátního řádu.

Sídlem vrchní komory advokátní měla být Praha, jejími orgány předsednictvo, valný sbor a odbory.

Členy valného sboru se měli z titulu své funkce stát presidenti a vicepresidenti, jednotlivých komor a dále členové a náhradníci volení na valných hromadách jednotlivých komor. Podmínkou pasivního volebního práva byl alespoň desetiletý výkon advokacie.

Valný sbor vrchní komory advokátní měl být vybaven řadou pravomocí ve vztahu k advokátnímu stavu (zastupování navenek, hájení jeho zájmů, svolání kongresů advokacie k projednání zásadních otázek advokacie), k jednotlivým komorám (např. výkon dozoru nad činností, schvalování usnesení jejich valných hromad a rozpočtu, ověřování voleb členů orgánů komor), k vrchní komoře advokátní zejména při volbě členů jejích orgánů a stanovování pravidel jejího chodu i k Nejvyššímu soudu (volba členů-advokátů do kárného senátu). Nelze přehlédnout, že valný sbor měl právo podávat ministerstvům návrhy zákonů a vybízet je k podání posudků o návrzích zákonů a nařízení a navrhopat jim i jiná opatření na odstranění závad v soudnictví a správě.

Předsednictvo vrchní komory advokátní měli tvořit president a tři vicepresidenti volení valným sborem vrchní komory advokátní z jejího středu.

Oproti dosavadnímu liberalistickému pojetí advokacie měla být posílána pravomoc ministra spravedlnosti vůči jednotlivým komorám i vrchní komoře advokátní.

Změnami prošla i úprava postavení komor. Osnova je obdobně jako vrchní komoru advokátní výslovně prohlásila za veřejnoprávní korporace. Na rozdíl od dosavadní právní úpravy měla osnova vymezit působnost jednotlivých orgánů komor, nikoliv všeobecné kompetence komor. Orgány komor zůstaly v zásadě neměněny.

V dalším bude již postupováno postupně podle oddílů.

¹⁰ Daleko podrobněji srv. Tarabrin E. (Dr. E. T.), Přehled osnovy advokátního řádu, Česká advokacie (příloha), 1936, 52 str.

¹¹ Srv. vystoupení Františka Mrštiny, in: První odborový sjezd československých právníků, str. 132.

Oddíl první řešil v sedmi paragrafech způsobilost k povolání advokáta.

Obecně lze říci, že podmínky způsobilosti byly zpřísněny. Byla např. prodloužena doba přípravné praxe na šest let. Zůstalo sice zachováno tzv. soudcovské privilegium, umožňující soudcům vyšších instancí přestup do advokacie i bez splnění některých podmínek, tito bývalí soudci však nesměli vykonávat advokacii po dobu pěti let v obvodu krajského soudu, v němž v posledních pěti letech vykonávali službu.

Není bez zajímavosti, že např. ohledně zápisu do seznamu advokátů se mělo vést oproti dnes platné právní úpravě řízení, v němž proti rozhodnutí komorního výboru měl nezapsaný žadatel právo podat opravný prostředek (rekurs) v vrchní komoře advokátní a pak další recurs k Nejvyššímu soudu.

Druhý oddíl byl věnován stavovským právům a povinnostem advokátů (§§ 8-24).

Osnova zde především prakticky v nezměněné podobě oproti advokátnímu řádu z r. 1868 a zák. čl. z r. 1874 definuje pojem advokacie. Nebylo tak vyhověno požadavkům Stále delegace advokátních komor, mj. ve věcech ověřování pravosti podpisu advokátem na listinách jím zřízených či osvědčování souhlasu opisu s listinami v záležitostech jemu svěřených. Osnova tak zůstala oproti dnes platné právní úpravě pozadu. Ukazuje se nicméně, že vztahy advokátů a notářů ve věcech legalizace a vidimace byly již v první republice obdobné dnešní.

I v dalších ustanoveních byla shledávána obdoba dosavadních právních předpisů, novinky byly spíše kosmetického rázu.

V oddílu pátém je podrobně zpracováno kárné právo hmotné i procesní. Osnova tak měla zařadit tuto právní úpravu, která v českých zemích byla upravena v disciplinárním řádu z r. 1872 do řádu advokátního. Přestože byla osnovou zřizována vrchní komora advokátní, měl i nadále rozhodovat ve druhé instanci v kárných věcech Nejvyšší soud.

Oddíl šestý shrnuje předpisy o kandidátech advokacie, přípravné praxi a advokátní zkoušce.

Je patrné, že osnova v mnoha bodech nevyhověla požadavkům Jednoty kandidátů advokacie. Osnova nevyžaduje, aby kandidát advokacie byl ve služebním poměru u advokáta a výslovně nezakazuje *volontariát*, tj. práci bez nároku na odměnu, přestože dobová judikatura k dosavadní právní úpravě dospěla k tomu, že *volontariát* je kárným proviněním. Vrchní advokátní komora však měla stanovit směrnice pro nejmenší služební plat.

Obdobně jako je tomu dnes, umožňovala by osnova výboru komory zavést povinné vzdělávání kandidátů advokacie. Inspirující je dnes jistě i ustanovení § 122 odst. 3 osnovy, dle něhož *„je-li komornímu výboru známo, že advokát nemůže poskytnouti kandidátu dostatečné praxe, může žádati, aby advokát přijímání do praxe omezil“*.

Sedmý oddíl obsahuje společná ustanovení, předpisy o počítání lhůt, o náhradě nákladů úředních vyhlášek, o stíhání pokoutnictví, o osvobození od poštovních a kolkových poplatků a o subsidiární platnosti zásad řízení správního před komorami a vrchní komorou.

Ustanovení o pokoutnictví byla na naléhání ministerstva obchodu vynechána a ponechána na samostatný zákon. Došlo tak na slova Františka Mrštiny při zasedání Prvého odborového sjezdu československých právníků, že *„zde zvláště platí, že střetly se různé zájmy, povahy zčásti sociální, zčásti hospodářské“*.

5. DALŠÍ OSUDY REFORMNÍCH SNAH A OSNOVY Z R. 1936

Souběžně s osnovou byla v polovině 30. let 20. století připravována novela platného advokátního řádu. Ta byla provedena zákonem č. 144/1936 Sb. z. a n., kterým se mění a doplňují některá ustanovení o advokátech.

Citovaná novela z r. 1936 alespoň dílčím způsobem uspokojila dobové advokáty, neboť prodloužila koncipientskou lhůtu na šest let a provizorně řešila otázku sociálního pojištění advokátů.

Dne 26. února 1937 přijal ministr spravedlnosti Ivan Dérer zástupce advokátních spolků. Delegaci vedl předseda Stálé delegace advokátních komor a presidenta Advokátní komory v Čechách Antonín Klouda.

„Pan president dr. Klouda zdůraznil pak veliký význam nového jednotného řádu advokátního a vyslovil přesvědčení, že osnova již připravená bude co nejdříve předložena zákonodárnému projednávání, od něhož očekává advokacie brzké uzákonění svého dávného požadavku po jednotném advokátním řádu, vyhovujícím potřebám advokacie. K tomuto bodu uvedl dr. Szegö za Svaz advokátů na Slovensku, že uzákoněním advokátního řádu vstoupila by také na Slovensku v život autonomie advokátního stavu a byl by odstraněn dnešní autonomii nepříznivý stav. Pan dr. Braščajko vyslovil jménem advokacie na Podkarpatské Rusi přání, aby byla zřízena samostatná advokátní komora v Užhorodě.“

Ministr Dérer ve svém projevu odpověděl, že *„pokud běží o advokátní řád, jest připraven k parlamentnímu projednávání a bude v nejbližším měsíci předložen. Poněvadž osnova jest dohodnuta a některé podřadné věci v nejbližších dnech dohodnuty budou, vyslovil pan ministr přesvědčení, že uzákonění této osnovy stane se ještě v roce 1937, nebo nejpozději počátkem roku 1938 skutkem“*.¹²

O necelý měsíc později dne 14. března 1937 probíhala ve velké přednáškové síni Ústřední knihovny hlavního města Prahy Valná hromada Advokátní komory v Čechách.

Zahajovací projev přednesl president této komory Antonín Klouda, který mimo jiné řekl:

„Před rokem jsem měl za to a doufal jsem, že novela, tato malá splátka na advokátní řád, se uskuteční bez jakýchkoliv nesnází. Sami jste byli svědky, na jaké obtíže jsme narazili. Projednání novely bylo generální zkouškou na advokátní řád. Máme-li s takovými nesnázemi počítati i pro advokátní řád, nebude advokátního řádu v dohledné době dosaženo. Nebyl to odpor našich mladých kolegů, nýbrž nejmladších adeptů právnického dorostu, kteří dovedli zainterесovati a zneklidniti celou veřejnost, takže jsme museli vésti o novelu tuhý boj a vykoupiti si ji značnými obětmi.“

Antonín Klouda pak rekapituloval průběh jednání s ministry spravedlnosti a vnitra. Osnova totiž narazila ve vládě na odpor ministerstva vnitra, které se bránilo hlavně zřízení vrchní advokátní komory, jež v mezidobí byla v textu přejmenována na Stálou delegaci. Spor byl ale i o soudcovské privilegium a o oprávnění správních úředníků zkoušet u advokátních zkoušek.

¹² Srv. Zástupci advokátních spolků u pana ministra spravedlnosti, Česká advokacie, 1936-1937, str. 139.

„Seznáváte z toho, jak pomalá a těžká je práce a s jakými nesnázemi a s jakým odporem sluší počítati,“¹³ uzavřel Antonín Klouda k tomuto bodu.

6. ZÁVĚR

Zbývá dodat, že slova Antonína Kloudy se naplnila.

Osnova unifikovaného advokátního řádu nebyla přijata ani do konce první Československé republiky ani v dalších obdobích. Unifikaci advokátního práva v Československu tak přinesl paradoxně až poúnorový advokátní řád č. 322/1948 Sb.

Zbývá otázka, zda práce na této osnově byla pouhou epizodou a osnova sama si zaslouží zůstat spíše v zapomnění.

Jsem toho názoru, že tomu tak není. Text osnovy, který prošel mnoha peripetemi může jistě i nyní legislativci v oboru advokátního práva posloužit k inspiraci a nebo alespoň k potvrzení toho, že řadu problémů, které se snaží řešit a možná je pokládá za zcela nové, měli na mysli i na papíře zformulované a řešené již jeho prvorepublikoví předchůdci...

Literatura:

- Balík S., Právní předpisy o advokacii v Čechách v letech 1918-1938 a jejich dobová interpretace, in: Právněhistorické studie, 34, Praha: Ústav právních dějin právnické fakulty UK, 1997, s. 199-211. ISBN 80-7184-229-X.
- Balík S., Keller R., Tradice advokacie v českých zemích. Vybrané právní předpisy o advokacii z let 1868-1948, Praha, Česká advokátní komora, 1995, 132 s.
- Balík S., Minulost, přítomnost a perspektivy advokacie, Plzeň: Vydavatelství Západočeské univerzity, 1998, 105 s. ISBN 80-7082-398-4.
- Balík S., Advokacie včera a dnes, Plzeň: Vydavatelství a nakladatelství Aleš Čeněk, 2000, 256 s., ISBN 80-902627-7-5.
- Balík S., Historická mozaika, Bulletin slovenskej advokacie č. 12/2005, s. 66-67. ISSN 1335-1079.
- Balík S., Piková P., Advokacie v českých zemích a na Slovensku-rozchody a setkání v minulosti, současnosti a perspektivě. Aktuální otázky vývoje právního řádu v České republice a ve Slovenské republice. Sborník příspěvků z mezinárodní konference konané 26. 6. 2001 v Brně. Brno:Institut dalšího vzdělávání, 2001, s. 87-90.
- Hermann K., Obrana proti katastrofální záplavě advokacie, Česká advokacie, 1934, s. 108-110.

¹³ Srv. Valná hromada Advokátní komory v Čechách, Česká advokacie, 1936-1937, str. 141.

- Hendrych S.(Hch.), Krise v advokacii a krise advokacie. Zrušení doktorátu jako podmínky pro provozování advokacie? K osnově zákona o stíhání pokoutníků Urychlení agendy.- Úprava práva chudých, Česká advokacie, 1935, s. 74-80.
- Hendrych S. (Hch.), Po sjezdu advokátů ze Slovenska a Podkarpatské Rusi, Česká advokacie, 1935, s. 25-28.
- Kerecman P., Kapitoly z dejín advokacie na Slovensku Košice: Agentúra PENELOPA, 2005, 390 s. ISBN 80-969421-0-7.
- Koerner E., O zásadách reformy advokacie, Právnícké rozhledy č. 9/1902, s. 102-104.
- Koerner E., O reformních snahách v advokacii od let osmdesátých, Právnícké rozhledy č. 16, 17/1904, s. 214-217, 223-227.
- Leicht E. T., Pensijní pojištění advokátů, Česká advokacie, 1935, s. 72-74.
- Navrátil M., Almanach československých právníků, Praha 1930, 546 s.
- Novák B., K historii pensijního pojištění advokátů, Česká advokacie, 1935, s. 70-71.
- První odborový sjezd československých právníků. Praha 26. – 28. září 1936, 320 s.
- Stompfe A., Neodvislá advokacie podkladem občanské svobody v demokratickém státu, Česká advokacie, XIX, 1934, s. 97-99.
- Tarabrin E.(Dr. E. T.), Přehled osnovy advokátního řádu, Česká advokacie (příloha), 1936, 52 s.
- Valentová V., Z historie advokacie: léta 1918-1938, in: V. Knoll (ed.), Pocta Stanislavu Balíkovi k 80. narozeninám. Acta historico-iuridica Pilsnensia 2008. Plzeň: Aleš Čeněk, 2008. 478 s. ISBN 978-80-7380-120-5.
- Valná hromada Advokátní komory v Čechách, Česká advokacie, 1936-1937, s. 141-142.
- Zástupci advokátních spolků u pana ministra spravedlnosti, Česká advokacie, 1936-1937, s. 139-140.
- Zpráva správního výboru Advokátské komory pre Slovensko v Turčianskom sv. Martine z rokov 1921-1925. 27 s.

Kontaktní údaje na autora – email:

stanislav.balik@usoud.cz

VÝVOJ SÚKROMNÉHO PRÁVA NA SLOVENSKU PO ZÁNIKU HABSBURSKEJ MONARCHIE

PETRA CAPANDOVÁ

Právnická fakulta Univerzity Komenského v Bratislave, Slovenská republika

Abstrakt

Autorka vo svojom príspevku poskytuje stručný prehľad vývoja súkromného práva, s dôrazom na občianske právo, od zániku Habsburskej monarchie až do prijatia Občianskeho zákonníka v roku 1950, ktorý znamenal koniec platnosti akýchkoľvek právnych úprav pochádzajúcich ešte z čias Habsburskej monarchie v oblasti súkromného práva. Pri skúmaní uvedených skutočností poukazovala autorka aj na politické, ideologické ako aj spoločenské faktory, ktoré vývoj práva ovplyvňovali.

Kľúčové slová

Súkromné právo, občianske právo, Občiansky zákonník z roku 1950, právo Habsburskej monarchie.

Abstract

The paper offers brief overview of development of private law, with emphasis on civil law, since the end of the Habsburg Monarchy until reception of Civil Code in 1950, which meant expiration of all legal regulations in the area of private law, which had originated during the Habsburg Monarchy. While considering this development, the author points also out political, ideological as well as social aspects, which had affected the development.

Key words

Private law, civil law, Civil Code (1950), law of the Habsburg Monarchy.

1. ÚVOD

V Habsburskej monarchii po Rakúsko – Uhorskom vyrovnaní došlo de facto k vzniku dvoch paralelných právnych poriadkov, ktoré vychádzali z dvoch rôznych zdrojov, pričom v Uhorskej časti monarchie došlo k návratu k obyčajovému právu vychádzajúcemu z dôb rozvinutého feudalizmu. To je jedným z dôvodov, prečo po zániku Habsburskej monarchie malo dôjsť k dôraznej zmene právneho poriadku – veď právo vhodné na riadenie feudálnej spoločnosti nemohlo poskytovať dostatočný základ pre úpravu nastupujúceho rozvinutého kapitalizmu. Ako však vieme z histórie, cesta k novej, aktuálnej a jednotnej úprave v oblasti súkromného práva bola dlhá a kľukatá, podmienená mnohými turbulenciami a zmenami 1. polovice 20. storočia.

Cieľom tohto príspevku je poskytnúť čitateľovi nielen prehľad vývoja súkromného práva a jeho vybraných inštitútov (s dôrazom na právo platné na území Slovenska), ale aj pohľad na spolupôsobiacie spoločenské postoje a filozoficko-právne presvedčenia, ktoré tento vývoj ovplyvňovali; a to až do prijatia 1. jednotného občianskeho zákonníka v roku 1950, ktoré znamenalo definitívny koniec právneho dualizmu a tým aj platnosti právnych noriem pochádzajúcich z právneho poriadku Habsburskej monarchie.

2. OBDOBIE 1. ČESKOSLOVENSKEJ REPUBLIKY OD R. 1918

Vznikom Československej republiky 28. októbra 1918 sa územie Slovenska stalo súčasťou nového štátneho celku, ktorý vznikol bezprostredne pod vplyvom udalostí spojených s priebehom I. svetovej vojny. Štátová zmena bola formálnoprávne spojená s pretrhnutím vývoja práva platného na Slovensku s právom dovtedajšieho Uhorska. Napriek tomu dovtedajšie uhorské súkromné právo na Slovensku zostalo v platnosti a stalo sa súčasťou novovytvoreného právneho poriadku československého štátu.¹ Na rozdiel od predchádzajúceho vývoja právneho poriadku na našom území, ktorý z hľadiska formálneho nerozlišoval obyčajné zákony od predpisov ústavného práva, sa Československá republika ako parlamentná demokracia prihlásila k princípu ústavnosti. Základom celého právneho poriadku sa stala ústava vo formálnom význame slova – zákon zo dňa 29. februára 1920 č. 121/1920 Zb. z. a n., ktorým sa uvádza Ústavná listina Československej republiky. Nadradením noriem ústavného práva obyčajným zákonom nadobudlo súkromné právo nový, jasne vyjadrený, normatívny základ v podobe ústavných záruk občianskych práv a slobôd. Z hľadiska súkromného práva boli významné predovšetkým ustanovenia § 106, § 108, § 109, § 126 Ústavnej listiny. Samozrejme, že obsah základných ústavných práv podliehal aj v Československej republike konkrétnemu zákonnému vyjadreniu. Právne predpisy prijímané v oblasti súkromného práva sa často stávali predmetom politického zápasu, v ktorom sa prejavovali ideologické rozdiely, ktorých nositeľom boli v prostredí parlamentnej demokracie politické strany z celého prvorepublikového politického spektra. K politizácii mnohých otázok riešených v prostredí zákonného práva prispela i fakticky absentujúca funkcia ústavného súdництва spočívajúca v kontrole súladu právnych predpisov s Ústavnými listinami.

Zákaz diskriminácie a vyjadrenie rovnosti tvorilo v ústavnej listine obsah § 106² a čiastočne nadväzovalo na zákon č. 61/1918 Zb. z. a n., ktorým sa zrušujú šľachtstvo, rády a tituly. Tento zákon bol vo všeobecnosti považovaný za nástroj vyjadrenia právnej rovnosti vo verejnom práve. Napriek zákazu poskytovania výhod na základe pohlavia, rodu a zamestnania, nielen v aplikácii, ale ani v tvorbe právnych predpisov z oblasti súkromného práva nedošlo, a to celkom prirodzene, k vytvoreniu úplnej právnej rovnosti v súčasnom chápaní tejto materiálnej požiadavky na obsah práva.

Zjavne liberalistickými koncepciami s významom pre celkové smerovanie súkromného práva je ovplyvnené ustanovenie § 108 Ústavnej listiny, ktoré je základom ekonomickej slobody jednotlivca. Je v ňom vyjadrené liberálne heslo 19. storočia, ktorého jedinou hranicou sa stáva opäť len, verejný, nie štátny, alebo akýkoľvek iný skupinový, napr. rodinný záujem.³ Vlastníctvo nadobudlo svoj ústavnoprávny rozmer v § 109 Ústavnej listiny,⁴ podľa ktorého bolo možné súkromné vlastníctvo obmedziť len zákonom. Vlastnícke právo ako typický

¹ Čl. 2 zákona č. 11/1918 Zb. z. a n.: „*veškeré dosavadní zemské a říšské zákony a nařízení zůstávají v platnosti.*“

² § 106 Ústavnej listiny: „*(1) Výsady pohlaví, rodu a povolání se neuznávají. (2) Všichni obyvatelé republiky Československé požívají v stejných mezích jako státní občané této republiky na jejím území plné a naprosté ochrany svého života a své svobody nehledíc k tomu, jakého jsou původu, státní příslušnosti, jazyka, rasy nebo náboženství. Úchyly od této zásady jsou přípustny jen, pokud právo mezinárodní dovoluje.*“

³ § 108 Ústavnej listiny: „*(1) Každý státní občan československý může se usazovati na kterémkoli místě Československé republiky, nabývati tam nemovitostí a vykonávati výdělkovou činnost v mezích všeobecných právních ustanovení. (2) Omezení tohoto práva je možné jen v zájmu veřejném na základě zákona.*“

⁴ § 109 Ústavnej listiny: „*(1) Soukromé vlastnictví lze omeziti jen zákonem. (2) Vyvlastnění je možné jen na základě zákona a za náhradu, pokud zákonem není nebo nebude stanoveno, že se náhrada dáti nemá.*“

súkromnoprávny inštitút nadobudlo oproti dovtedy platnému právu neznámy a omnoho širší ústavný rozmer, neobmedzujúc sa len na vlastnícke právo ako jeden z inštitútov vecného práva. Formálnym následkom tohto ustanovenia sa stala nevyhnutnosť úpravy noriem súkromného práva právnymi predpismi vo výlučne zákonnej forme. Jediným dôvodom, na základe ktorého bolo možné odňať vlastnícke právo, bol zákon. Treba však poznamenať, že tento princíp možno badať v práve platnom na Slovensku už pred rokom 1920. Oproti súčasným zárukám ústavnoprávnej ochrany vlastníckeho práva však bolo možné uskutočniť vyvlastnenie aj bez náhrady. Nielen v tomto ustanovení sa prejavil revolučný charakter novovznikajúceho štátu, ktorý sa musel vyrovnávať s výzvami spôsobenými rozpadom Rakúsko – Uhorskej monarchie, t.j. s prechodom k republikánskej forme štátu a so sociálnymi otrasmami spôsobenými I. svetovou vojnou. Mnohé z týchto socializačných tendencií, ktoré sú z pohľadu súčasného ponímania vzťahu štátu a jednotlivca neprijateľné, boli prejavom potreby upevnenia národných a štátoprávných zmien z roku 1918. Tieto nebolo možné zabezpečiť bez zásahu do oblastí už nadobudnutých subjektívnych práv, a to aj v oblasti súkromného práva. Dovtedy právom akceptovaná hodnota ochrany manželstva a rodiny nadobudla v Ústavnej listine⁵ konštitucionálny, no značne zovšeobecnený rozmer. Právne otázky manželského práva sa stali v oblasti zákonodarstva predmetom najhlbších ideových rozdielov (otázka rozluky v manželskej novele z roku 1919, koakvizícia v príprave občianskeho zákonníka).

Vplyv záujmov, pod ktorými musel prospech jednotlivca – sloboda vlastníckeho práva a zmluvná voľnosť – ustúpiť skupinovému záujmu, bol naznačený už v období pred vypuknutím I. svetovej vojny. Práve štátne zásahy do individuálnych práv počas vojny (problém zásobovania vojska, moratória, rekvizície, predpisy o maximálnych cenách, bytové opatrenia a pod.), ktoré boli prejavom nadradenia skupinového, verejného záujmu, boli označované ako priamy predchodca vývoja súkromného práva zameraného nielen na ochranu jednotlivca, ale aj spoločnosti ako celku.⁶ V žiadnom prípade však nemožno dospieť k tomu, že zmeny v myšlienkovom smerovaní práva mali len čisto ideologický základ. V mnohých prípadoch išlo o reakciu na ekonomické zmeny, ktoré boli cudzie predchádzajúcemu hospodárskemu vývoju. Typickým príkladom bola prudká strata hodnoty peňažných prostriedkov, ktorá spôsobovala problémy v tých právnych vzťahoch, ktorých úprava vychádzala zo stability tejto majetkovej hodnoty. Socializácia práva vychádzala z mienky, že človek je sociálny tvor, ktorý môže žiť len v ľudskej spoločnosti a preto musí vo vykonávaní svojich práv brať ohľad na tú spoločnosť, ktorej je členom.⁷ Uvedomenie si zmeny sociálnych pomerov ako následku svetovej vojny bolo prirodzenou súčasťou takmer každej právnickej štúdie, ktorá sa nezaoberala len výkladom platného práva, ale snažila sa vytvoriť i vízie pre ďalšiu normotvorbu v oblasti súkromného práva.⁸

Socializačný smer v súkromnom práve sa prejavil predovšetkým v zákonodarnej činnosti Dočasného národného zhromaždenia v rokoch 1918 – 1920 a Národného zhromaždenia

⁵ § 126 Ústavnej listiny: „*Manželství, rodina a mateřství jsou pod zvláštní ochranou zákonů.*“

⁶ Ottlyk, I.: O novodobom práve. PO XXI/1938, s. 56. Ráth, A.: Socializácia práva. Pr. LX/1921, s. 1: „*O čom sme si mysleli, že je len prechodné – za trvania války zavedené obmedzovanie práva, táto vis major sa zahniezdila trvale, a pod heslom, že musíme brať akm diaľ tým väčší zreteľ na záujem spoločnosti na interes celku, v ktorom žijeme, postavení sme pred problém ako zrovnať svoje staré pojmy práva s novým životom?*“

⁷ Ráth, A.: Socializácia práva. Pr. LX/1921, s. 3.

⁸ Schwitzer, V.: Niečo o unifikácii civilného práva. PO, V/1922, s. 247: „*Svetová válka a následkom nej nastalé pomery znamenali v zápätí na celom svete podstatnú zmenu na poli hospodárskom a sociálnom.*“

v rokoch 1920 – 1925. Tieto prejavy boli celkom prirodzene dané politickým výsledkom volieb do Poslaneckej snemovne národného zhromaždenia a zložením zákonodarného orgánu, v ktorom prevažovala socialistickými myšlienkami ovládaná väčšina. Konkrétnymi prejavmi vplyvu socialistických ideí v súkromnom práve bolo prijímanie noriem v oblasti pracovného práva, ochrany nájomníkov, ktoré sa stali trvalým základom objektívneho súkromného práva. Socializačný smer bol evidentný aj v národnorevolučných predpisoch pozemkovej reformy, ktoré verejnoprávnym spôsobom zasahovali do existujúcich právnych vzťahov v oblasti vlastníckeho práva k nehnuteľnostiam. V tomto období sa objavili právne normy dovtedy neznámeho obsahu, ktoré napríklad na základe tzv. obilného monopolu obmedzovali vlastníka poľnohospodárskej pôdy v tom, aké plodiny a v akom množstve môže produkovať a ako s nimi bude nakladať. Prišlo k obmedzeniu práv veriteľa voči dlžníkovi, ktoré sa prejavili v oblasti exekučného a insolvenčného práva. Následkom bola ochrana niektorých skupín dlžníkov postihnutých nepriaznivým vývojom voľného trhového hospodárstva. Napriek nepopierateľnému posunu v ideových východiskách súkromného práva v Československej republike základnými zásadami zostali sloboda vlastníckeho práva a zmluvná voľnosť, do ktorej bolo zasahované len vo výnimočných a verejným záujmom odôvodnených prípadoch.

Po prekonaní hospodárskych a spoločenských následkov prvej svetovej vojny sa nosnou myšlienkou ďalšieho vývoja súkromného práva na Slovensku stala potreba prekonania právneho dualizmu, pričom táto otázka sa neobmedzovala len na základný cieľ, ktorým bolo prijatie jednotného československého občianskeho zákonníka. Motorom prijímania nových právnych noriem v oblasti súkromného práva v medzivojnovnej Československej republike bola predovšetkým politická a praktická potreba vytvorenia obsahovo jednotného právneho poriadku vo všetkých častiach súkromného práva. Táto myšlienka pri tvorbe právnych predpisov bola omnoho silnejšia ako základná myšlienka prijímania nových právnych predpisov, ktorou je potreba primeranej normatívnej regulácie určitej časti spoločenských vzťahov.

3. OBDOBIE SAMOSTATNÉHO SLOVENSKEHO ŠTÁTU

V období samostatného slovenského štátu nebola oblasť súkromného práva významne dotknutá prijímaním nových právnych predpisov. Nepokračovalo sa na príprave nového, resp. prvého slovenského občianskeho zákonníka. Ani ostatná normotvorba slovenského štátu v oblasti všeobecného súkromného práva viac-menej neodrážala nové tendencie, ktoré by boli vo výraznom rozpore s dovtedajším smerovaním súkromného práva na Slovensku. Tento záver môže byť spochybnený vyjadrením ústavnoprávnych východísk súkromného práva, ktorých základom bola desiata hlava – Povinnosti a práva občanov – ústavného zákona zo dňa 21. júla 1939 č. 185/1939 Sl. Z. o ústave Slovenskej republiky. Ustanovenie § 79 ústavy Slovenskej republiky⁹ na rozdiel od predchádzajúceho ústavného základu vlastníctva ako základného inštitútu súkromného práva výslovne definuje jeho funkciu. Zatiaľ čo v predchádzajúcom právnom poriadku Československej republiky nebola funkcia vlastníctva presne normatívne vyjadrená, resp. skôr možno tušiť cieľ vlastníctva spočívajúci v zabezpečení potrieb jednotlivca, v ústave slovenského štátu úplne dominuje sociálne smerovanie ústavného základu vlastníctva. Naďalej je však rešpektovaná zásada výlučne zákonného obmedzenia vlastníctva,¹⁰ čo implikuje už akceptovanú, formálnu nevyhnutnosť

⁹ § 79 ods. 1 ústavy Slovenskej republiky: „Vlastníctvo má sociálnu funkciu a zaväzuje majiteľa nárábať s ním v záujme všeobecného dobra.“

¹⁰ § 79 ods. 2 ústavy Slovenskej republiky: „Súkromné vlastníctvo možno obmedziť len zákonom.“

úpravy súkromného práva v rovine zákonného práva. Ústavou Slovenskej republiky boli významnejším spôsobom potvrdené už predtým vyjadrené ústavné záruky ochrany rodinných vzťahov¹¹ ako základné smernice pre konštrukciu noriem rodinného práva.

Napriek tomu, že vojnový slovenský štát bol najmä po roku 1940 čiastočne ideologicky naviazaný na fašistické Nemecko, v priebehu jeho vývoja sa neobjavili vážnejšie úvahy o smerovaní súkromného práva v takom rozsahu, v akom sa národno-socialistický smer prejavil v Nemecku, kde cieľom podobných úvah bola príprava nového súkromno-právneho kódexu negujúceho myšlienkové východiská BGB.¹² Východiskom týchto úvah bol fašistický program, ktorý vychádzal z odmietnutia rímskeho práva ako nástroja materiálneho svetového poriadku, na miesto ktorého malo nastúpiť „nemecké všeobecné právo“, ktoré by odrážalo pragermánske národné právo, ktorého vývoj bol zastavený práve recepciou rímskeho práva. Podľa nacistických teórií výsledkom vývoja bolo prevzatie rímskeho práva do BGB, ktorý nenašiel cestu k porozumeniu ľudu a svojím duchom, prameniácim z individualisticko-materiálneho svetonázoru zostal vzdialený duchu nemeckého ľudu – Volkshfremdheit. Cieľom bola rekodifikácia nemeckého súkromného práva, ktorého zásadami bolo odmietnutie rozlišovania verejného a súkromného práva a nadradenie verejného záujmu nad záujem jednotlivca. Základným cieľom práva nemala byť ochrana záujmu jednotlivca, ale služba pre pospolitosť Volksgemeinschaft, pričom jednotlivci Volksgenossen vo svojich právnych pomeroch medzi sebou nemali stáť ako strany s protichodnými záujmami, ale ako členovia pospolitosti, spolupracujúcej na uskutočnení spoločnej idey. Podobné úvahy sa v slovenskej právnickej literatúre objavili len zriedkavo, bez toho, aby rozhodujúcim spôsobom zdôrazňovali nevyhnutnosť rovnakej cesty aj v slovenskom právnom poriadku.¹³

Omnoho intenzívnejšie na súkromné právo vplývali idey katolíckeho sociálneho solidarizmu vyjadrené v pápežských encyklikách *Rerum novarum* Leva XIII. a *Quadragesimo anno* Pia XI. Tieto našli svoj výraz nielen vo formálne základnom predpise právneho poriadku Slovenskej republiky 1939 – 1945, jej ústave, ale aj vo viacerých právnych predpisoch z oblasti rodinného a pracovného práva. Vo svojej podstate však neznamenali takú zmenu v ideových východiskách súkromného práva, ktorá by mohla viesť k záveru, že obdobie slovenského štátu bolo vo vývoji súkromného práva v príkrom rozpore s jeho predchádzajúcim a bezprostredne nasledujúcim vývojom. Na tomto závere nemení nič ani poznanie o tom, že právny poriadok vojnového Slovenska bol vo viacerých prípadoch základom negácie prirodzených ľudských práv a slobôd. Tieto zásahy sa odvíjali mimo systému všeobecného súkromného práva, a to v normách, ktoré súčasná veda označuje ako rasové zákonodarstvo.

¹¹ § 86 ústavy Slovenskej republiky: „*Manželstvo, rodina a materstvo sú pod zvýšenou ochranou právneho poriadku.*“

¹² V nacistickom Nemecku bolo vytvorená na základe iniciatívy ríšskeho ministra spravodlivosti *Hansa Franka* komisia na čele *J. W. Hedemannom*, ktorej úlohou bolo vypracovanie návrhu tzv. *Volksgesetzbuch*. Tento nový zákonník mal obsahovať materiu, ktorá bola súčasťou BGB, no v inej systematike a obsahu. Okrem toho súčasťou tohto základného právneho predpisu malo byť i pracovné, pozemkové a obchodné právo. (Manca, D.: *Súkromné právo v Nemecku (Príprava kodifikácie)*. PO XXVI/1943, s. 93a nasl.)

¹³ Osváth, J.: *Národnosocialistické súkromné právo*. PO XXV/1942, s. 48 a nasl. Manca, D.: *Súkromné právo v Nemecku (Príprava kodifikácie)*. PO XXVI/1943, s. 87.

4. OBDOBIE OBNOVENEJ ČESKOSLOVENSKEJ REPUBLIKY PO 2. SVETOVEJ VOJNE

Obnovenie faktickej a právnej existencie Československej republiky po II. Svetovej vojne vyvolalo potrebu obnovy československého právneho poriadku. Táto otázka sa neobmedzila len na formálnu stránku, ktorej hlavným problémom bola otázka vzájomného vzťahu na základe nariadenia č. 1/1944 Zb. n. SNR vytvoreného slovenského právneho poriadku a na základe dekrétu prezidenta č. 11/1945 u.v. obnoveného právneho poriadku Československej republiky. Aktuálnou bola i materiálna stránka obnovy práva, keďže prijatím nových právnych noriem po roku 1945 mali byť uskutočnené nové právne princípy, ktoré sa stali vedúcimi princípmi politickej, hospodárskej a sociálnej revolúcie, ktorá sprevádzala oslobodenie československého štátu.¹⁴ Pre uskutočnenie tohto cieľa malo byť rozhodujúce splnenie neuskutočnených unifikáčnych snáh z obdobia I. ČSR, t.j. uzákonenie štandardných kódexov v oblasti súkromného práva – občianskeho zákonníka a procesného sporového kódexu. V slovenskej odbornej literatúre bola sebavedomejšie zdôrazňovaná potreba zohľadnenia v mnohom prípade modernejších inštitútov práva platného na Slovensku.¹⁵

5. OBDOBIE PO „VÍŤAZNOM FEBRUÁRI“ R. 1948

Obratom vo vývoji súkromného práva na Slovensku bola zmena spoločenských pomerov, kedy bol po februárovom prevrate naznačený ďalší smer vývoja pozitívno-právnej úpravy súkromného práva. Nové právo malo byť právom úplne novým, vychádzajúcim z „nekompromisne vedeckého, revolučného učenia Marxa, Lenina a Stalina.“ Nové mali byť nielen právne pravidlá, ale nová mala byť aj právna prax.¹⁶ Normatívnym prejavom týchto zmien bolo prijatie májovej ústavy – ústavného zákona č. 150/1948 Zb. Ústava Československej republiky, ktorá v úvodnej vete Prehlásenia stanovila svoj základný cieľ – vybudovanie ľudovodemokratického štátu ako prechodnej štátnej formy zabezpečujúcej vybudovanie socializmu po vzore Sovietskeho zväzu. Pre ďalšie smerovanie súkromného práva boli rozhodujúce ustanovenia § 8 a 9 o majetkovej slobode a ustanovenia ôsmej kapitoly s názvom Hospodárske zriadenie.

Na rozdiel od predchádzajúcich ústavnoprávnych východísk súkromného práva májová ústava z roku 1948 zaručovala vlastnícke právo súkromných osôb prostredníctvom permissívnej právnej normy.¹⁷ V tom sa prejavil vzťah štátu k súkromnému vlastníckemu právu, ktorý ho chápal nie ako prirodzené ľudské právo, ale skôr ako akési privilégium udelené štátnou mocou fyzickej osobe – občanovi. Zvýraznenie verejného, kolektívneho záujmu bolo obsahom § 9 ods. 3 ústavy, podľa ktorého nikto nemohol zneužívať svoje vlastnícke právo na škodu bližšie nedefinovaného celku. Ustanoveniami ôsmej kapitoly ústavy bolo výrazným spôsobom zúžené ústavné právo slobodného podnikania jednotlivcov na úkor štátu. Okrem toho, že štátu bolo vyhradené podnikanie v rozhodujúcich oblastiach hospodárstva ako bankovníctvo, poisťovníctvo a v podnikoch s viac ako 50 zamestnancami, bol ústavou

¹⁴ Luby, Š.: *Obnova práva*. PO XXIX/1946, s. 8.

¹⁵ Luby, Š.: *Obnova práva*. PO XXIX/1946, s. 15.

¹⁶ Poničan, J.: *Právníci a dnešok* (Prejav predsedu Akčného výboru Právnickej jednoty na valnom zhromaždení konanom dňa 3. apríla 1948) PO XXXI/1948, s. 136 – 137.

¹⁷ § 8 ústavného zákona č. 150/1948 Zb. Ústava Československej republiky: „V medziach všeobecných právnych predpisov môže každý občan nadobúdať na ktoromkoľvek mieste Československej republiky nehnuteľnosti a iný majetok a vykonávať tam zárobkovú činnosť.“

vytvorený priestor pre ďalšiu etapu znárodňovania, na uskutočnenie ktorej bolo potrebné prijatie právneho predpisu vo forme zákona.

Prijatie novej ústavy v máji 1948 okamžite vyvolalo úvahy o postavení niektorých, bližšie nešpecifikovaných noriem dovtedajšieho platného súkromného práva. Konkrétne o strate ich platnosti v dôsledku ustanovenia § 173 ods. 2 ústavy, podľa ktorého dňom účinnosti ústavy strácajú platnosť všetky tie ústavné a iné zákony, ktoré odporujú ustanoveniam ústavy alebo zásadám ľudovodemokratického zriadenia alebo ktoré sa odchyľujú od prijatej ústavy. Zrušovacie ustanovenie sa vzhľadom na charakter dovtedajšieho práva bezpochyby dotýkalo aj mnohých noriem súkromného práva. Bolo konštatované, že v čase prijatia ústavy platné súkromné právo bolo len minimálne dotknuté socialistickými tendenciami, ktoré do neho prenikli len v oblasti pracovného a nájomného práva.¹⁸ Hlavný rozpor platného súkromného práva s ústavou spočíval v konštrukcii širokého obmedzenia slobodného výkonu podnikateľskej činnosti v prospech štátom riadeného hospodárstva a tomu zodpovedajúcej vlastníckej štruktúre vychádzajúcej z rozdielov právnej úpravy národného majetku a súkromného vlastníctva. Derogačnému ustanoveniu ústavy však chýbala procesná stránka, ktorá by mohla zabezpečiť označenie tých noriem súkromného práva, ktoré boli v rozpore s jej obsahom. Preto sa ciele novej ústavy mohli prejavovať v rovine pozitívneho práva len pri aplikácii právnych noriem, pri ich výklade. Problém nedostatku úpravy procesného postupu pri určení protiústavných noriem starého súkromného práva sa však prirodzene neprejavil významnejšie, keďže skoro došlo k vytvoreniu nového, s ústavou v týchto súvislostiach konformného, právneho poriadku.

Zmena základov súkromného práva však súvisela predovšetkým s celkovou zmenou organizácie hospodárstva, ktorá aj v zmysle ustanovení ôsmej kapitoly májovej ústavy jednoznačne preferovala štátne, vtedy národné formy hospodárenia. Prirodzeným následkom zmeny hospodárstva z trhovej na štátom riadenú ekonomiku bolo zníženie významu súkromného vlastníctva, jeho ochrany a zmluvnej voľnosti. Ľudovodemokratický štát bol charakterizovaný ako jedna z politických foriem diktatúry proletariátu, ktorého úlohou bolo potlačovať a odstraňovať príslušníkov triedy vykorisťovateľov, zapojiť všetky pracujúce vrstvy ľudu do socialistickej výstavby pod vedením robotníckej triedy a vybudovať socialistickú spoločnosť. V ľudovodemokratickom systéme sa rozlišovali tri základné zložky hospodárenia: socialistická, súkromnokapitalistická a drobné podnikanie, pričom socialistické, t.j. štátne a družstevné podnikanie sa rozprestieralo na najdôležitejšie výrobné prostriedky. Súkromné vlastníctvo bolo prípustné a zaručené, no okrem osobného vlastníctva, nemala platiť zásada nedotknuteľnosti vlastníctva, ktorá bola charakterizovaná ako zásada kapitalistická.¹⁹

Nástrojom na vytvorenie socialistického vlastníctva bolo ústavne zakotvené znárodnenie, ktorého rozsah mal byť určený zákonmi. Prechod majetku z rúk súkromných subjektov prebiehal z niekoľkých fázach. Prvú vlnu znárodňovania naštartovala dekretálna činnosť prezidenta republiky v roku 1945.²⁰ Druhá vlna znárodňovania začala bezprostredne po

¹⁸ Bianchi, L.: Nová ústava a všeobecné súkromné právo. PO XXXI/1948, s. 187.

¹⁹ Kráľ, Š.: Nová advokácia v ľudovej demokracii. PO XXXII/1949, s. 99.

²⁰ Dekrét prezidenta republiky č. 100/1945 Zb. o znárodnení baní a niektorých priemyselných podnikov; dekrét prezidenta republiky č. 101/1945 Zb. o znárodnení niektorých podnikov priemyslu potravinárskeho; dekrét prezidenta republiky č. 102/1945 Zb. o znárodnení akciových bánk; dekrét prezidenta republiky č. 103/1945 Zb. o znárodnení súkromných poisťovní.

februárovom prevrate.²¹ Znárodnením a majetkovými presunmi v oblasti poľnohospodárskeho majetku²² bola vytvorená majetková základňa nielen pre nový ekonomický systém ľudovodemokratického štátu, ale aj pre nové usporiadanie súkromného práva.

Základom hospodárskeho rozvoja ľudovodemokratického štátu bolo organizovanie znárodneného majetku vo forme národných podnikov a ústredné plánovanie, ktorého rámcom bol jednotný hospodársky plán, prostredníctvom ktorého štát riadil všetku hospodársku činnosť. Každá fyzická a právnická osoba bola povinná prispôbiť svoju hospodársku činnosť jednotnému hospodárskemu plánu. Ústava vychádzala z predpokladu, že občania budú uspokojovať svoje potreby prevažne prácou ako závislou činnosťou organizovanou štátom podľa plánovaného hospodárstva. Súčasťou zmien boli aj zmeny v oblasti právneho systému, súkromné právo nevynímajúc. Činnosť tvorby práva musela v zmysle vytýčených politických cieľov smerovať vo všetkých oblastiach práva k zavedeniu nového právneho poriadku podľa novej ústavy, pričom sa malo dbať nato, aby „ľudovodemokratický štátny aparát bol mocnou pákou pri socialistickej prestavbe spoločnosti.“ Nové právo malo byť odstrániť staré zákony zdedené po kapitalistickej spoločnosti. Nový vzťah k právnemu poriadku mal byť oslobodený od prežitkov minulosti.²³

Uvedené východiská hospodárskej organizácie ľudovodemokratického štátu boli v príkrom rozpore s východiskami súkromného práva z predchádzajúceho obdobia. Aby boli naplnené, museli sa v zmysle hesla „právo a štát sa nedajú odo seba oddeliť“ prejavovať i v zákonnej úprave súkromného práva, ktorej základom sa stal zákon č. 141/1950 Zb. Občiansky zákonník. Podľa správy ústavnoprávneho výboru Národného zhromaždenia k vládnemu návrhu občianskeho zákonníka²⁴ bol nový občiansky zákonník prispôbený novým spoločenským podmienkam a jeho základnou zásadou bolo ustanovenie nového typu vlastníctva. Socialistické vlastníctvo malo byť základom a chrbticou nového občianskeho práva. V novej spoločnosti nebolo miesto pre ochranu vlastníckych práv jednotlivca, ktoré boli zdrojom sociálnej nerovnosti medzi jednotlivými spoločenskými skupinami.

Návrh občianskeho zákonníka odmietal delenie práva na verejné a súkromné, keďže akákoľvek oblasť hospodárskeho života bola otázkou verejnou. Súčasťou nového občianskeho zákonníka sa nestalo rodinné právo, ktoré bolo už v tom čase upravené osobitným zákonom. Zahnutie obchodného práva do občianskeho zákonníka bolo odmietnuté, pričom samotné obchodné právo bolo charakterizované ako právo

²¹ Napr. zákon č. 114/1948 Zb. o znárodnení niektorých ďalších priemyselných a iných podnikov a závodov a o úprave niektorých pomerov znárodnených a národných podnikov; zákon č. 115/1948 Zb. o znárodnení niektorých ďalších priemyselných a iných výrobných podnikov a závodov v odbore potravinárskom a o úprave niektorých pomerov znárodnených a národných podnikov tohto odboru; zákon č. 120/1948 Zb. o znárodnení obchodných podnikov s 50 alebo viac činnými osobami; zákon č. 121/1948 Zb. o znárodnení v stavebníctve.

²² Dekrét prezidenta republiky č. 5/1945 Zb. o neplatnosti niektorých majetkovoprávných konaní z doby neslobody a o národnej správe majetkových hodnôt Nemcov, Maďarov, zradcov a kolaborantov a niektorých organizácií a ústavov; dekrét prezidenta republiky č. 12/1945 Zb. o konfiškácii a urýchlennom rozdelení poľnohospodárskeho majetku Nemcov, Maďarov, ako aj zradcov a nepriateľov českého a slovenského národa; dekrét prezidenta republiky č. 108/1945 Zb. o konfiškácii nepriateľského majetku a Fondoch národnej obnovy; zákon č. 142/1947 Zb. o revízii prvej pozemkovej reformy; zákon č. 46/1948 Zb. o novej pozemkovej reforme (trvalej úprave vlastníctva) k poľnohospodárskej lesnej pôde; zákon č. 69/1949 Zb. o jednotných roľníckych družstvách.

²³ Bedrna, K.: K prejavu súdr. Gottwalda na zasadnutí ÚVKŠČ 17. novembra 1948. PO XXXI/1948, s. 302.

²⁴ Těšnopisecká zpráva o 49. schůzi Národního shromáždění republiky Československé, svolané na středu dne 25. října 1950.

privilegovaných vrstiev kapitalistického štátu. Význam práce bol zvýraznený zámerom prijatia osobitného kódexu pracovného práva. Ideologickým zdôvodnením nezaradenia pracovného práva do občianskeho zákonníka bolo odmietnutie práce ako tovaru, predmetu tovarovo-peňažných vzťahov.²⁵

6. ZÁVER

Je nepochybné, že prijatiu občianskeho zákonníka v roku 1950, predchádzalo množstvo čiastkových úprav, ktoré sa menili spolu so spoločenskou situáciou a prevládajúcim pohľadom na právo a vzťahy, ktoré upravuje. Keď po rozpade Habsburskej monarchie následnícke štáty prevzali jej právny poriadok na základe princípu kontinuity práva, nikto netušil, že to potrvá skoro pol storočia, kým bude mať Československá republika svoju vlastnú a jednotnú úpravu súkromnoprávných vzťahov. K tomuto stavu prispel aj nástup nacizmu k moci v Nemecku, ako aj nejednotnosť a nedôslednosť československých politikov.

Prijatím občianskeho zákonníka sa tiež završil proces, v ktorom z ideologických a politických dôvodov došlo k vyňatiu úprav niektorých súkromnoprávných vzťahov z občianskeho zákonníka a tiež k dôraznému odmietnutiu delenia práva na súkromné a verejné, ktoré bolo charakteristické pre právo predchádzajúcich období – vrátane práva Habsburskej monarchie.

Literatura:

- Ottlyk, I.: O novodobom práve. Právny obzor XXI/1938.
- Ráth, A.: Socializácia práva. Právnik LX/1921.
- Schwitzer, V.: Niečo o unifikácii civilného práva. Právny obzor V/1922.
- Mance, D.: Súkromné právo v Nemecku (Príprava kodifikácie). Právny obzor XXVI/1943.
- Osváth, J.: Národnesocialistické súkromné právo. Právny obzor XXV/1942.
- Luby, Š.: Obnova práva. Právny obzor XXIX/1946.
- Poničan, J.: Právnicki a dnešok (Prejav predsedu Akčného výboru Právnickej jednoty na valnom zhromaždení konanom dňa 3. apríla 1948). Právny obzor XXXI/1948.
- Bianchi, L.: Nová ústava a všeobecné súkromné právo. Právny obzor XXXI/1948.
- Král, Š.: Nová advokácia v ľudovej demokracii. Právny obzor XXXII/1949.
- Bedrna, K.: K prejavu súdr. Gottwalda na zasadnutí ÚV KSČ 17. novembra 1948. Právny obzor XXXI/1948.

Kontaktní údaje na autora – email:

petra.capandova@flaw.uniba.sk

²⁵ Těsнопisecká zpráva o 49. schůzi Národního shromáždění republiky Československé, svolané na středu dne 25. října 1950.

PRÁVNE VYJADRENIE HODNÔT NOVOVYTVORENEJ ČSR (1918)

TOMÁŠ GÁBRIŠ

Právnická fakulta, Univerzita Komenského v Bratislave, Slovenská republika

Abstrakt v rodném jazyce

Príspevok skúma vyjadrenie hodnôt v ústavách ako aj jednotlivých právnych odvetviach v období tzv. prvej Československej republiky. Reaguje tým na tvrdenia, podľa ktorých v právnom poriadku tohto obdobia absentovali akékoľvek hodnoty, a preto právo nebolo schopné zabrániť svojmu zneužitiu totalitnými systémami. Proti tomuto tvrdeniu príspevok ponúka dôkazy o vyjadrení základných hodnôt v právnych predpisoch 1. ČSR a poukazuje na nemožnosť práva samého osebe zabrániť svojmu zneužitiu.

Klíčová slova v rodném jazyce

Československá republika, ústavné právo, pozemková reforma, hodnoty v práve, ľudské práva, totalita.

Abstract

The paper deals with the formulation of values in constitutions and individual branches of law in the period of so-called First Czechoslovak Republic. It is a reaction to the claims of legal system of this period lacking any basic values formulated in the legal norms. Therefore the law is supposed to have been easily misused by totalitarian regimes. Against these claims, the paper offers a list of basic values contained in the legal system of Czechoslovakia, calling attention to the impossibility of law protecting itself on its own.

Key words

Czechoslovak Republic, constitutional law, agrarian reform, values in law, human rights, totality.

1. HODNOTY V PRÁVE¹

Právo ako sociálny jav je výsledkom pôsobenia spoločenských záujmov na úprave niektorých otázok, a to všeobecne záväznými a vynutiteľnými pravidlami. V tejto sfére je významným výskum materiálnych prameňov práva, teda javov vplývajúcich na tvorbu, zmeny a rušenie právnych noriem. Sociálny vývoj, ktorý ovplyvňuje vývoj práva, zároveň zanecháva stopy v samotnom obsahu práva v podobe ideových konštruktov a vyjadrených záujmov súvisiacich s danou úrovňou spoločenského vývoja. Právo je teda nevyhnutne súčasťou širšieho kontextu spoločenského života a jeho oprostenie od vonkajšieho sveta vedie k jeho umelému izolovaniu a rozporom s reálnymi potrebami spoločnosti.

Kým kedysi právo svoju autoritu odvodzovalo od Boha, či panovníkovej vôle, dnes táto autorita vychádza z idey suverénneho ľudu, ktorý vo všeobecných, rovných a priamych voľbách s tajným hlasovaním svoju originálnu moc transferuje na zákonodarný orgán. Tento koncept však v dejinách nebol samozrejmosťou. Dokonca v nie tak dávnej minulosti bol nahradený ideou suverenity „vodcu“. Práve obdobie 2. svetovej vojny a jemu bezprostredne

¹ Príspevok vznikol v rámci grantového projektu RUK 8/2008 „Vývoj práva na Slovensku a štrukturálne zmeny 20. storočia.“

predchádzajúce obdobie fašistickej a nacistickej diktatúry (ktoré sa v niektorých krajinách udržalo pri živote aj po druhej svetovej vojne) je obdobím, kedy právo začalo vyjadrovať a odrážať často úplne opačné hodnoty a záujmy ako tomu bolo v predchádzajúcom období.

V súčasnosti sa v tejto súvislosti zvykne konštatovať, že práve normativizmus ako právnoteoretické učenie do istej miery prevažujúce, resp. uznávané v dobových vedeckých kruhoch ako moderné a nasledovaniahodné, umožnilo zneužitie práva totalitnými režimami. Spôsobilo totiž vraj, že právo sa malo oprostíť od akýchkoľvek hodnotových úsudkov a zostali z neho iba čisté právne formy zbavené hodnôt a ľahko zneužiteľné v podmienkach zmeneného prístupu k vládnutiu. Takýto názor nachádzame v Náleze Ústavného súdu Českej republiky 14/94. V ňom plénum Ústavného súdu rozhodlo o návrhu skupiny 41 poslancov Parlamentu Českej republiky na zrušenie zákona č. 198/1993 Sb. o protiprávnosti komunistického režimu a o odpore voči nemu:

Jak známo, proces vzniku moderného ústavného štátu ve strední Evropě se dovršil teprve po první světové válce. Přitom již dříve dosáhlo pozoruhodných výsledků právněpozitivistické propracování procesních pravidel a záruk posilujících právní jistotu občanů a stabilitu práva. Právněpozitivistická tradice, jež se přenesla i do poválečných ústav (včetně naší Ústavy z roku 1920), odhalila však v pozdějším vývoji vícekrát své slabiny. Ústavy konstruované na těchto základech jsou hodnotově neutrální: tvoří institucionální a procesní rámec, naplnitelný velmi odlišným politickým obsahem, protože kritériem ústavnosti se stává dodržení kompetenčního a procesního rámce ústavních institucí a postupů, tudíž kritérií formálně-racionální povahy. V důsledku toho bylo v Německu akceptováno nacionálně-socialistické panství jako legální, přestože vyhlodalo obsah a posléze zničilo samu podstatu výmarské demokracie. Legalistické pojetí politické legitimace usnadňovalo po válce Klementu Gottwaldovi „naplňovat staré měchy novým vínem“ a pak „legitimovat“ únorový puč roku 1948 formálním dodržením ústavních procedur.

Ústavný súd tu teda odmieta formálnosť právneho pozitivizmu, resp. normatívnoprávnej školy, ktorej svojím spôsobom kladie za vinu umožnenie zneužitia práva totalitnými režimami. Odhliadnuc od otázného posúdenia (možno precenenia) úlohy právneho pozitivizmu vo vývoji právnej vedy v strednej Európe, ktorého výskum nie je účelom tohto príspevku,² v nasledujúcom texte sa zameriame na preukázanie zakotvenia základných hodnôt v ústavách ČSR z roku 1918 a 1920, čím sa spochybňuje tvrdenie o hodnotovej neutralite ústav. Právo v období prvej Československej republiky navyše obsahovalo množstvo vyjadrení rôznorodých hodnôt a záujmov sledovaných zákonodarcom. Aj na tieto sa príspevok snaží poukázať. Zlyhanie efektívnej realizácie hodnôt v praxi a zneužitie práva ako nástroja pritom autor vníma ako všeobecný a stále aktuálny problém, ktorý súvisí s úzkym prepojením práva a spoločenského vývoja. Právom nie je možné nemenne a neodvolateľne konzervovať akokoľvek vznešené hodnoty. Ako produkt (v dobrom aj zlom zmysle) spoločnosti, je s ňou právo nerozlučne späté a odráža jej momentálne hodnoty a záujmy.

2. HODNOTY V PROJEKTOCH ČESKOSLOVENSKEJ ŠTÁTNOTI

Snahu o vyjadrenie základných hodnôt plánovaného spoločného štátu Čechov a Slovákov nachádzame už v projektoch tejto štátnosti, vypracovaných v zahraničí. Odhliadnuc od projektu budúceho prezidenta Masaryka a venujúc pozornosť programom, na ktorých

² Weinberger, O. - Kubeš, V.: Brněnská škola právní teorie (normativní teorie), Praha: Univerzita Karlova v Praze, Nakladatelství Karolinum, 2003, 440, 80-246-0480-9.

sformulovaní sa podieľali aj Slováci – emigranti v USA – môžeme v tejto súvislosti skúmať obsah Clevelandskej a Pittsburskej dohody a na hodnoty obzvlášť bohatého dokumentu – Washingtonskej deklarácie.

Clevelandská dohoda, prijatá 22. 10. 1915 zástupcami Českého národného združenia a Slovenskej ligy³ „cieľom umožnenia spoločného účinkovania a jednotného postupu za dosiahnutie politickej voľnosti a samostatnosti národa Českého a Slovenského“ bola v prvom rade prejavom snahy o dosiahnutie hodnoty slobodného rozvoja, resp. práva na sebaurčenie českého a slovenského národa. Predpokladaná úprava volebného práva („všeobecné, tajné, priame“) ako aj formulácia formy vlády („personálna únia, s demokratickým sriadením štátu, podobne ako v Anglii“) naznačovali snahu o zavedenie demokratického systému s rovnosťou pred zákonom, a to aj v oblasti volebného práva, čím by sa v najširšej možnej miere realizovala suverenita ľudu s legálnym a legitímnym odovzdaním moci zákonodarnému orgánu.

Pittsburská dohoda z 30. 5. 1918⁴ zopakovala požiadavku vytvorenia spoločného štátu, teda práva na sebaurčenie až do odtrhnutia od Rakúsko-Uhorska, rovnako ako cieľ demokracie („Jeho Konštitúcia bude demokratická...“). Všetky ďalšie podrobnosti, teda aj vyjadrenie ďalších základných hodnôt malo zostať v kompetencii predstaviteľov oslobodených Čechov a Slovákov.

V ich mene vystupoval T. G. Masaryk, keď v októbri 1918 sformuloval tzv. Washingtonskú deklaráciu nezávislosti,⁵ ktorá je celá v podstate hodnotovým programom vznikajúcej ČSR. Skompromitované monarchistické tradície boli odmietnuté v prospech demokratického rovnostárskeho republikánskeho zriadenia („Československý štát bude republikou...“), s parlamentnou formou vlády a prejavom uznania suverenity ľudu v podobe snahy o zakotvenie právnej úpravy referenda („na základech demokracie lidstvo bude reorganizováno“). Hodnota (nielen) osobnej slobody sa prejavila plánom zakotviť slobodu svedomia, náboženstva, vedy, literatúry, umenia, slova, tlače, zhromažďovacieho a petičného práva. Snaha o rozchod s náboženským vplyvom („Demokracie porazila teokratickou autokraciou“) na svetský život (ale aj naopak), sa prejavila záväzkom odlúčiť cirkev od štátu („Cirkvi bude odlúčená od štátu...“). Opäť tu našla vyjadrenie aj hodnota demokracie, tentokrát v podobe vyslovene všeobecného volebného práva – to znamená vrátane volebného práva žien. Ženám sa mala zabezpečiť rovnosť s mužmi na politickej, sociálnej aj kultúrnej úrovni. Skúsenosti s utláčaním národov Rakúsko-Uhorska viedli k zaručeniu práva národnostných menšín na slobodný rozvoj („národní menšiny budou požívat rovných práv“) a pomerné zastúpenie v republikových orgánoch verejnej moci a správy. Podobné naplnenie snahy o rovnosť predstavoval sľub sociálnych a hospodárskych reforiem, prekračujúcich národnostný rozmer. Ideálu rovnosti sa mala republika priblížiť vyvlastnením veľkostatkov a zrušením šľachtických výsad („vyloučí jakékoliv zvláštní výsady a znemožní třídní zákonodárství“). Snaha o demilitarizáciu („Militarismus je zničen – demokracie je vítězná“) sa prejavila záväzkom zrušenia stáleho vojska a jeho nahradením milíciami podľa švajčiarskeho vzoru.

³ Beňko, J. – Hronský, M. – Marsina, R. – Pekník, M. et al. (ed.): Dokumenty slovenskej národnej identity a štátnosti I., č. 138, Bratislava : Národné literárne centrum, 1998, 444-447, 80-88878-43-8.

⁴ Tamže, s. 485-487.

⁵ Galandauer, J.: Vznik československé republiky 1918, Praha : Svoboda, 1988, 313-314.

Nie všetky tieto ideály našli v období 1. ČSR skutočne svoje vyjadrenie v platnom zákonodarstve a právnej praxi. Referendum napríklad nikdy nenašlo svoje naplnenie, keďže nebol prijatý vykonávací predpis na uskutočnenie tohto ústavnoprávneho inštitútu. K odluke cirkvi od štátu nedošlo z dôvodu obáv z iredentistických a revizionistických snáh vyšších príslušníkov rímskokatolíckej cirkvi spätých tradične s monarchistickými a národnostne rakúskymi a maďarskými kruhmi. Nestabilita versailského systému a obavy z ďalších vojnových konfliktov viedli k odmietnutiu miličného systému organizácie československých ozbrojených síl a potrebe všeobecnej vojenskej povinnosti. V oblasti demokratických princípov a základných práv a slobôd, ktorých naplnenie Masaryk vo Washingtonskej deklarácii prisľúbil, však možno skonštatovať ich reálne naplnenie v miere pre strednú Európu tej doby nevidanej. Aj existujúce nedostatky, na ktoré sa dnes poukazuje najmä vo vzťahu k národnostným menšinám, nie sú v porovnaní so situáciou v okolitých krajinách obzvlášť závažnými a nepredstavujú programové odmietanie zo strany najvyšších štátnych špičiek, ako skôr problémy praktickej realizácie národnostnej politiky v Československu.⁶

3. ÚSTAVNE ZAKOTVENÉ HODNOTY, ICH ZÁKONNÉ VYJADRENIE A PRAKTICKÁ REALIZÁCIA

Dočasná ústava (zákon č. 37/1918 Zb. z. a n.) predstavuje síce veľmi stručný ústavnoprávny základ nadväzujúci bezprostredne na prvé ústavné provizórium v podobe zákona č. 11/1918 Zb. z. a n., napriek tomu v nej neabsentujú (na rozdiel od prvého československého zákona) vyjadrenia základných hodnôt na ktorých mala republika ako aj fungovanie jej najvyšších orgánov stavať.

Paragraf 12 dočasnej ústavy tak zaväzoval prezidenta, aby pred Národným zhromaždením sľúbil, „že bude dbáti blaha republiky a ľudu a šetriť zákonů“ (podobne § 65 definitívnej ústavy z roku 1920). Kým dodržiavanie zákonov v tomto kontexte je právne ľahko posúditelné, ešte nemusí znamenať dodržiavanie konkrétnych hodnôt, lebo obsah zákonov tu nie je výslovne určený. Blaho národa je na druhej strane jednoznačne vyjadrením neprávnickým, hodnotovým, axiologickým. Problémom však je jeho právna neuchopiteľnosť a nemožnosť jednoznačne určiť, čo je pravým blahom a čo k nemu vedie. Podobne § 15 upravoval sľub predsedu a členov vlády. Záujem na zabránení zneužívania verejných funkcií na osobné obohatenie bol vyjadrený v druhom odseku tohoto paragrafu, ktorý zabraňoval členom vlády podieľať sa osobne na obchodnej činnosti obchodných spoločností.

Definitívna ústava, Ústavná listina z 29. 2. 1920. už naproti tomu jednoznačne v preambule vyjadrovala základné hodnoty štátu „chtějíce upevniť dokonalou jednotu národa, zaviesť spravodlivé rady v republike, zajištiť pokojný rozvoj domoviny československé, prospěti obecnému blahu všech občanů tohoto státu a zabezpečiti požehnání svobody příštím pokolením.“ Preambula sa pritom dovoľáva práva sebaurčenia národa ako národa vzdelaného, mierumilovného, demokratického a pokrokového. Formulovala teda nasledujúce hodnoty:

- Jednota národa
- Spravodlivosť

⁶ Tu narážam na problémy, ktoré vyčítajú vedeniu Československej republiky predstavitelia národnostných menšín, najmä sudetských Nemcov. Pozri Bäcker, A.: Der Völkermord an den Sudetendeutschen, Viedeň : Kilian-Verlag, 2006. 292 s. 3-901745-11-4.

- Pokoj (mier)
- Rozvoj
- Blaho všetkých občanov
- Sloboda budúcich pokolení
- Sebaurčenie národa
- Sloboda, jednota, sebaurčenie národa a mier sú ľahko identifikovateľné, väčší problém by mohol nastať pri chápaní blaha, rozvoja a spravodlivosti, ktoré sa považujú za hodnoty do veľkej miery subjektívne.
- Aby sa zabezpečila aj praktická realizácia hodnôt vyjadrených v ústave, čl. I úvodzovacieho zákona stanovil, že „Zákony odporujúcí ústavní listině, jejím součástkám a zákonům ji měnícím a doplňujícím jsou neplatné.“ Rozhodnutie o tomto fakte bolo vyhradené do kompetencie Ústavného súdu. Ten však v praxi reálne fungoval iba 10 rokov (svoje prvé funkčné obdobie) a jeho činnosť bola v podstate nulová.
- Samotná Ústavná listina zakotvila nasledujúce základné hodnotové stanoviská a zásady s nimi súvisiace:
 - Suverenita ľudu
 - Demokracia
 - Republika
 - Výlučnosť štátneho občianstva ČSR
 - Všeobecné, rovné, priame volebné právo s tajným hlasovaním na zásade pomerného zastúpenia
 - Rovnosť bez ohľadu na pohlavie, rod a povolanie, rasu, jazyk či náboženstvo
 - Zákaz imperatívneho mandátu
 - Imunita poslancov
 - Povinnosť poslancov byť verný ČSR a „mandát svůj zastávati podle svého nejlepšího vědomí a svědomí“
 - Interpelačné právo snemovní
 - Kontrasignácia prezidentských aktov
 - Neodňateľnosť prípadu zákonnému sudcovi
 - Oddelenosť súdnictva od správy
 - Sľub sudcov zachovávať zákony

- Verejnosť súdnych konaní
- Neplatnosť šľachtických titulov
- Ochrana národnostných menšín
- Osobná sloboda
- Sloboda pobytu a usídľovania
- Ochrana súkromného vlastníctva, vyvlastiteľného aj bez náhrady
- Domová sloboda
- Sloboda tlače
- Sloboda zhromažďovania
- Sloboda združovania
- Petičné právo
- Ochrana listového tajomstva
- Sloboda slova
- Sloboda vedeckého bádania a umenia (obmedzená iba trestným zákonom)
- Dozor nad slobodou vyučovania obmedzenou v prípade verejného vzdelávania aktuálnym vedeckým poznáním
- Sloboda a rovnosť vierovyznaní
- Ochrana manželstva, rodiny a materstva
- Branná povinnosť
- Jazykové práva menšín

Z týchto zásad môžeme niektoré zaradiť do zásad chrániacich hodnotu demokratického štátneho režimu a štátneho zriadenia: ide o hodnoty suverenity ľudu, demokracie a republikánskeho zriadenia (v zmysle preambuly jednotného a jednonárodného), ako aj úpravu volebného práva.

Ďalšie vyjadrujú hodnotu parlamentarizmu (parlamentnej formy vlády). Ide výslovne o zásady: zákazu imperatívneho mandátu, imunity, výkonu mandátu podľa najlepšieho vedomia a svedomia, interpelácie, a kontrasignácie.

Ďalšiu kategóriu predstavujú štandardné občianske a ľudské práva a slobody, zaručené dobovými ústavami. Tieto mali byť spolu s úpravou súdnictva (zákazu odňatia zákonnému sudcovi, oddelenosti súdnictva od správy, viazanosti sudcov zákonmi, a verejnosti súdnych konaní) poistkou pred zneužitím práva a štátnej moci. Ide o zabezpečenie rovnosti (bez ohľadu na pohlavie, rod, náboženstvo, povolanie, rasu, jazyk, príslušnosť k národnostnej

menšine a vierovyznanie) a slobody (osobnej, pobytu a usídlenia, domova, tlače, zhromažďovania, združovania, slova, bádania a umenia, vyučovania a vierovyznania).

Podľa dobových autorov však niektoré právne predpisy predstavovali obmedzenia a zásahy do týchto základných princípov:

Neštandardným je obmedzenie štátneho občianstva ČSR ako výlučného štátneho občianstva. Malo sa tým predísť nebezpečenstvu zneužitia štátneho občianstva štátnymi príslušníkmi štátov, ktoré predstavovali centrum bývalých zaniknutých monarchií. Tým sa v podstate tiež chránila republika – štátne zriadenie, štátny režim, forma štátu a forma vlády pred hrozbami iredenty a revizionizmu. Za rovnakým cieľom ochrany bola v ústave zakotvená branná povinnosť.

Obmedzeným, resp. obmedziteľným bolo aj súkromné vlastníctvo. Vyvlastnenie sa pripúšťalo aj bez náhrady.⁷ Mal to byť, a aj bol, prostriedok degermanizácie a dehungarizácie spoločnosti a jej elít oslabením tradičných veľkostatkov patriacich väčšinou etnicky nemeckým a maďarským aristokratickým statkárom. Dôvodová správa v tejto súvislosti spomína popri pozemkovej reforme⁸ aj „netušený prospech, ktorý by mohli mať vlastníci nehnuteľností z regulácie riek, či elektrifikácie“.⁹

Ochrana manželstva, rodiny a materstva, a jazykových práv súvisela na jednej strane s vyznávanými konzervatívnymi hodnotami rodiny (inšpirovanými nemeckou weimarskou ústavou v čl. 119)¹⁰ a na druhej strane s versaillským systémom nanútenou ochranou jazykových a národnostných menšín v ČSR, čo sa osobitne realizovalo úpravou v tzv. jazykovom ústavnom zákone č. 121/1920 Zb. z. a n.

Hodnota rovnosti pred zákonom našla svoje vyjadrenie v prvom rade v zákone č. 61/1918 Zb. z. a n., ktorým sa rušia šľachtictvo, rády a tituly. Podľa neho: „Bývalí šlechtici nesmějí užívati svého rodného jména s přídomkem nebo dodatkem vyznačujícím šlechtictví.“ Používanie takýchto titulov verejne a s úmyslom naznačiť bývalé šľachtictvo sa podľa zákona č. 243/1920 Zb. z. a n., ktorým sa mení zákon o zrušení šľachtictva, rádov a titulov, považovalo za priestupok trestaný „vzatením, na Slovensku uzamčením, od 24 hodín do 14 dní, alebo trestem peněžitým od 50 do 15.000 Kč.“ Napriek tomu sa však bežne v tlači aj spoločenskom živote bývalé šľachtictvo uvádzalo, ako je tomu aj dodnes napriek nepretržitej formálnej platnosti tohto zákona. Rozchod so šľachtickou minulosťou a osobitnou úpravou nakladania

⁷ Na základe medzinárodných mierových zmlúv sa však ustanovilo, že majetok iných štátov nemôže byť vyvlastnený bez náhrady.

⁸ Prvým krokom k pozemkovej reforme bolo tzv. obstaranie veľkostatkov, teda znemožnenie nakladania s nimi a prevádzania, či zaťažovania tejto pôdy. Na území českých krajín k tomu došlo zákonom č. 32/1918 Zb. z. a n. a na území Slovenska zákonom č. 64/1918 Zb. z. a n. Následne bola záborovým zákonom č. 215/1919 Zb. z. a n. zabraná pôda veľkých pozemkových vlastníkov (nad 150 ha poľnohospodárskej pôdy, resp. 250 ha pôdy vôbec). Majetky, ktoré neboli vyvlastnené bez náhrady, boli kompenzované na základe náhradového zákona, ktorý vychádzal z cenovej hladiny počas prvej svetovej vojny, zníženej o tzv. latifundijnú zrážku, ktorá znamenala klesanie ceny s rastom vyvlastňovanej plochy. Prídelovanie vyvlastnenej pôdy upravil tzv. prídelový zákon č. 81/1920 Zb. z. a n. Pozri Slovník veřejného práva československého, sv. III. (reprint), Praha : EUROLEX BOHEMIA s.r.o., 2000, 332 a nasl., 80-902752-4-9.

⁹ Slovník veřejného práva československého, sv. II. (reprint), Praha : EUROLEX BOHEMIA s.r.o., 2000, 970, 80-902752-4-9.

¹⁰ Tamže, 974.

s rodovým majetkom predstavoval zase zákon o zrušení fideikomisov (zákon č. 179/1924 Zb. z. a n. o zrušení svěřenství).

Na druhej strane v obsahu občianskeho a najmä rodinného práva zostávali zachované prvky nerovnosti na základe pohlavia – otec bol hlavou rodiny, branná povinnosť bola zavedená iba pre mužov a na druhej strane niektoré skukové podstaty trestných činov chránili iba ženy.¹¹

Ústavný zákon č. 293/1920 Zb. z. a n. o ochrane osobnej slobody, domovej slobody a listového tajomstva zveril zákonom možnosť vypovedania obyvateľstva z určitého územia alebo naopak obmedzenia opustiť určité teritórium. Z dôvodu nedostatku bytov v niektorých mestách tak bola obmedzená možnosť prisťahovania sa zákonmi č. 181/1919 Zb. z. a n. o obmedzení sťahovacieho práva, 118/1921 Zb. z. a n. o obmedzení sťahovacieho práva a č. 31/1922 Zb. z. a n., ktorým sa predlžuje obmedzenie sťahovacieho práva.¹² Podstatou bola nutnosť súhlasu obce s prisťahovaním prípadných záujemcov o presídlenie. Slobodu sťahovania do cudziny zasa zákonne upravoval a obmedzoval zákon č. 71/1922 Zb. z. a n. o vysťahovalectve.

Domová sloboda bola obmedzená ustanoveniami zákonov umožňujúcich vykonať prehliadku miestností, napr. v § 16 colného zákona (č. 114/1927 Zb. z. a n.) a na území českých krajín aj § 8 zákona o živnostenskej inšpekcii (č. 117/1883 r.z.).

Slobodu prejavu obmedzovala povolená (resp. nezakázaná) predbežná cenzúra divadelná a filmová, keďže táto sa zakazovala iba v prípade tlačového šírenia názorov a informácií.

Vo všeobecnosti možno konštatovať, že hodnoty vyjadrené a zakotvené v ústave našli aj svoju praktickú realizáciu. Obmedzenia predstavujú akceptovateľné zásahy v podmienkach zložitej povojnovej situácie budovania nového štátu ohrozeného bezprostrednými susedmi. To však iba dokazuje, ako právo musí nevyhnutne reagovať na danú spoločenskú situáciu. K rovnakej potrebe reakcie dochádzalo aj v 30. rokoch v období hospodárskej krízy a nastupujúceho nacizmu v Nemecku. Kým však ústava ČSR svojimi formuláciami čiastočne pripúšťala obmedzenie základných práv na základe zákonnej úpravy za rešpektovania platnosti vlastných ústavných princípov, faktické štátne útvary obdobia druhej svetovej vojny, existujúce a pôsobiace na území Československej republiky, si nerobili starosti s praktickým popieraním ústavne zakotvených hodnôt. Nesúvisí to s pritom s nedokonalosťou práva, ale s nepochopením podstaty práva. Jeho odmietnutím ako umenia dobra a spravodlivosti odpadá aj rešpekt k nemu a potreba, či nutnosť rešpektovať ho. Problém teda nespočíval v práve ako takom, ale v celospoločenskom (aspoň naoko) konsenze, ktorý akceptoval (či už dobrovoľne, alebo na základe donútenia) podriadenosť práva politickým a ideologickým normatívnym systémom.

4. HODNOTA KONTINUITY

Keď bol vyhlásený prvý zákon o vzniku československého štátu (neskôr publikovaný v Zbierke zákonov a nariadení pod č. 11/1918), úmyslom mužov 28. októbra nebol úplný rozchod s právnym poriadkom monarchie. Život mal pokračovať, akoby sa nič nestalo („Aby byla zachována souvislost dosavadního právního řádu se stavem novým, aby nenastaly zmatky a upraven byl nerušený přechod k novému státnímu životu...“). Všetky pozitívne

¹¹ Tamže, 968.

¹² Tamže, 970.

právne úpravy mali naďalej platiť, s výnimkou tých, ktoré sa týkali formy štátu a formy vlády. Tento cieľ mal byť zabezpečený dvojitou recepciou v čl. 2 a 3 zákona č. 11/1918 Zb. z. a n. Článok 2 bol vlastnou recepciou normou, keď v ňom bolo konštatované, že „všetky doterajšie zemské (krajinské) a ríšske zákony a nariadenia zostávajú zatiaľ v platnosti“. Článok 3 stanovil, že všetky samosprávne, štátne a župné úrady, zemské (krajinské), okresné a najmä obecné úrady sa podriaďujú Národnému výboru a zatiaľ úradujú a konajú podľa doterajších zákonov a nariadení.¹³ Tým sa zabezpečila jednak recepcia (takmer) celého rakúskeho a celého uhorského právneho poriadku ako aj štátneho aparátu a jeho podriadenie Národnému výboru československému.

Recepcná norma síce neobsahovala žiadnu výslovnú derogačnú klauzulu, napriek tomu je zrejmé, že fakticky neboli recipované inštitúty, ktoré boli v rozpore s existenciou československého štátu. Derogačná klauzula bola výslovne vyjadrená až v ústavnej listine z roku 1920 v čl. IX uvodzovacieho zákona: „V den ustanovený v 1. odstavci článku VIII. pozbývajú platnosti všechna ustanovení, která odporují této ústavní listině a republikánské formě státu, dále všechny dřívější ústavní zákony, i když by jednotlivá jejich ustanovení nebyla v přímém rozporu s ústavními zákony Československé republiky.“

5. HODNOTOVÁ DISKONTINUITA V ZÁKONNEJ ÚPRAVE

Prechod od monarchistickej k republikánskej forme vlády si vyžiadal formálne zmeny vo všetkých predpisoch, kde sa spomínalo kráľovstvo a kráľ. K tejto zmene sa pridružila osobitne potreba zrušiť paragrafy, ktoré sa nedali jednoducho transformovať na republikánske pomery. Napríklad paragrafy trestného zákona z roku 1878, pojednávajúce o urážke veličenstva a členov kráľovského rodu, neaktuálne vznikom republiky, boli výslovne zrušené a nahradené zákonom na ochranu republiky č. 50/1923 Zb. z. a n. Chráneným už viac nebol výsadný rod a jeho hlava, ale republika a štátne zriadenie s volenými a menovanými verejným funkcionármi, či ústavnými činiteľmi.

V iných odvetviach práva však k podstatným hodnotovým zmenám nedošlo. Iba vo sfére súkromného vlastníctva došlo k jeho obmedzeniu pozemkovou reformou, iné oblasti ako je záväzkové, rodinné, dedičské, či osobné právo, neboli poznamenané väčšími zmenami v porovnaní s predchádzajúcim obdobím. Súvisí to s charakterom „revolúcie“, ktorá priniesla vznik ČSR. Nešlo primárne o politické ciele určitej spoločenskej vrstvy obyvateľstva ako tomu bolo v prípade občianskych (buržoázných revolúcií).¹⁴ Cieľom bola emancipácia utláčaného národa (národov) a jeho demokratický rozvoj. Preto sa menili najmä ustanovenia verejného, resp. špeciálne ústavného a správneho práva, aby vyjadrili prechod k parlamentnej republike s demokratickým režimom.

Určitým nóvom v porovnaní s predchádzajúcim vývojom práva, ktorý by mohol naznačovať sociálne ciele určitej vrstvy obyvateľstva, resp. politického prúdu, predstavuje v oblasti pracovnoprávneho a sociálnozabezpečovacieho zákonodarstva sa v období prvých rokov 1. ČSR prejavujúci jav tzv. socializácie práva. Hospodársky náročné povojnové roky spolu s dominanciou sociálnodemokratických strán v ČSR viedli k prijatiu zákonných úprav, ktoré jednak v oblasti súkromného, občianskeho, práva spravili koniec veľkému pozemkovému

¹³ Slovenská verzia zákona v článku 3 navyše obsahovala dovetok: „*teda na území slovenskom podľa XLIV. čl. z r. 1868. jazykom slovenským*“. Pozri Beňko, J. – Hronský, M. – Marsina, R. – Pekník, M. et al. (ed.): Dokumenty slovenskej národnej identity a štátnosti I, 503-505.

¹⁴ Aj keď treba priznať, že aj takéto momenty sa so vznikom ČSR spájajú.

vlastníctvu, osobitným odškodňovacím zákonodarstvom – konkrétne zákonom 337/1920 Zb. z. a n., ktorým sa vláda zmocňuje robiť opatrenia na úpravu mimoriadnych pomerov spôsobených vojnou a nadväzujúcimi nariadeniami vlády č. 366/1920 Zb. z. a n. o prihlasovaní, vyšetrovaní a súpise vojnových škôd podľa mierových zmlúv, č. 556/1920 Zb. z. a n. o výpomoci pri vojnových škodách a č. 106/1931 Zb. z. a n. o likvidácii vojnových škôd a niektorých poprevratových škôd¹⁵ – poskytli vojnou postihnutým finančnú výpomoc či štátny príspevok, a na druhej strane zaviedli ďalšie koncepčné opatrenia vylepšujúce sociálnu situáciu ekonomicky najslabších vrstiev spoločnosti, a to špeciálne v oblasti pracovného práva a práva sociálneho zabezpečenia, čo sú oblasti prežívajúce podstatné koncepčné prebudovanie a rozvoj, za čo si zaslúžia na tomto mieste osobitnú pozornosť:

V oblasti pracovného práva pracovnoprávna úprava nebola v 1. ČSR obsiahnutá v zákonníku práce ani v Čechách ani na Slovensku. V oboch častiach republiky bola rozptýlená v mnohých zákonoch a nariadeniach. Duálnosť právnej úpravy v republike pretrvala počas celého trvania 1. ČSR. Popri celoštátnej viazanosti medzinárodnými zmluvami z tejto právnej oblasti boli však prijaté aj právne predpisy platiace pre celé územie republiky – počnúc samozrejme ústavnou úpravou pracovného práva v § 114, 117 a 128 Ústavnej listiny – tieto zaručovali spolčovacie (združovacie) právo na ochranu a podporu pracovných pomerov (§ 114), slobodu vyjadrovania bez ujmy na pracovnom alebo zamestnaneckom pomere (§ 117) a rovnosť v prístupe k verejnej službe, úradom a hodnostiam a pri vykonávaní akejkoľvek živnosti alebo povolania (§ 128).

Kolektívne zmluvy, predstavujúce výdobytok organizovaného robotníctva, však po neúspešných návrhoch zákonov upravilo pre celú ČSR len vládne nariadenie, aj to až zo dňa 26. 6. 1937 (č. 141 Zb. z. a n. o záväznosti hromadných zmlúv pracovných), na základe zmocňovacieho zákona. Až toto nariadenie definovalo kolektívnu zmluvu, na pojem ktorej sa odvolávalo viacero skorších zákonov. Táto definícia však mala slúžiť len na účely tohto nariadenia. Hromadné pracovné zmluvy mohli vzniknúť dohodou strán alebo zmierom, nálezom alebo rozhodnutím orgánov povolaných k hromadnej úprave mzdových otázok medzi zamestnancami a zamestnávateľmi. Ministerstvo sociálnej starostlivosti mohlo po dohode s príslušným ministerstvom prehlásiť hromadnú pracovnú zmluvu za záväznú pre určitú oblasť a odvetvie. Dohľad nad dodržiavaním ustanovení zmluvy vykonávali samotné strany zmluvy. Následne zákon č. 258/1937 Zb. z. a n. predĺžil platnosť hromadných pracovných zmlúv a ďalšie nariadenia upravili túto problematiku pre jednotlivé odvetvia hospodárstva (textilná výroba, výroba radiátorov a i.).

Pre rozhodovanie a urovnávanie sporov z pracovného pomeru boli zákonom č. 131/1931 Zb. z. a n. o súdnictve v sporoch z pomeru pracovného, služobného a učebného zriadené pracovné sudy,¹⁶ ktorých činnosť bola ďalej upravovaná vládnymi nariadeniami. Boli zriadené na miestach, kde si to vyžadovali hospodárske a sociálne pomery, inak ich funkcie plnili okresné sudy. Všetky náklady pracovného súdnictva (súdneho riešenia pracovnoprávných sporov) v 1. ČSR niesol štát.

Záujmy zamestnancov na pracovisku mali chrániť aj závodné výbory upravené celoplošne zákonom č. 330/1921 Zb. z. a n., len pri baníctve a výkone živností bola úprava špeciálna –

¹⁵ Ale tiež zákon č. 187/1920 Zb. z. a n. o príspevku k náhrade škôd spôsobených výtržnosťami, nariadenie ministra s plnou mocou pre správu Slovenska č. 3883/1919 Úr. Nov. a vládne nariadenie č. 186/1928 Zb. z. a n.

¹⁶ Pozri Štajgr, F.: Organizace a příslušnost pracovních soudů. In: Sborník Právnické fakulty Univerzity Komenského v Bratislavě, 1933, č. 8, 71 s.

závodné, revírne a podnikové rady pri baníctve a zhromaždenie pomocníkov pri živnostiach. Závodné výbory sa zriaďovali v každom samostatnom zárobkovo činnom závode, v ktorom bolo trvale zamestnaných aspoň 30 zamestnancov a fungoval aspoň pol roka od začiatku výroby. Dozerali na zachovávanie pracovných zmlúv, dojednávajú dodatky ku kolektívnym zmluvám, dozerali na dodržiavanie zákonných ustanovení o ochrane zamestnancov. Výpoveď zamestnanca, ktorý pracoval v podniku aspoň tri roky, mohol výbor predložiť na záväzné rozhodnutie rozhodcovskej komisii. V obchodných spoločnostiach, ktorých základné imanie činilo aspoň milión Kč mali závodné výbory aj právo vysielat' svojich delegátov na schôdzu správnej a dozornej rady, avšak bez hlasovacieho práva.

Závodné rady v baníctve sa tvorili v podnikoch s aspoň 20 zamestnancami, revírne rady sa volili na 3 roky podľa princípu pomerného zastúpenia a ich úlohou bolo spolupôsobiť pri vydávaní jednotného pracovného poriadku pre celý revír, pri uzatváraní kolektívnych zmlúv, pri sprostredkovaní práce, pri určovaní cien a rozdeľovaní uhlia, rozhodovať spory medzi závodnou správou a závodnou radou a i.

Pracovnú dobu a pracovné prestávky zakotvoval všeobecne zákon č. 91/1918 Zb. z. a n. o 8-hodinovej pracovnej dobe a osobitne vládne nariadenia pre jednotlivé skupiny povolání (v lekárňach, baníctve). Platená dovolenka pre zamestnancov bola všeobecne zavedená v zákone č. 67/1925 Zb. z. a n. v rozsahu 6 dní v roku, u zamestnancov nepretržite zamestnaných v podniku viac ako 10 rokov 7 dní a po 15 rokoch 8 dní ročne. Súkromní zamestnanci mali podľa § 26 a 27 zákona o súkromných zamestnancoch (154/1934) nárok na 2 týždne dovolenky ročne, ak ich pracovný pomer trval menej ako 5 rokov; ak trval viac ako 5 rokov, tak 3 týždne a po 15 rokoch 4 týždne. Dovolenku robotníkov dolujúcich vyhradené nerasty upravil už zákon č. 262/1921 Zb. z. a n.

Aj v období 1. ČSR predstavovala veľký problém nezamestnanosť. Opatrenia proti nezamestnanosti zahŕňali:

- 1.) ochranu domáceho trhu práce (z. č. 39/1928 Zb. z. a n. v znení vládneho nariadenia č. 82/1937 Zb. z. a n., zákon č. 52/1935 Zb. z. a n. o pobyte cudzincov a súvisiace vládne nariadenia),
- 2.) sprostredkovanie práce (s možným sprostredkovaním aj do cudziny) – zvlášť pre živnostenských pomocných pracovníkov a živnostníkov, zvlášť pre poľnohospodárskych pracovníkov (nariadenie ministra s plnou mocou pre správu Slovenska č. 34/1919); všeobecnú úpravu predstavovalo vládne nariadenie č. 217/1936 Zb. z. a n. o sprostredkovaní práce,
- 3.) opatrenia proti hromadnému prepúšťaniu zamestnancov (z. č. 253/1937 a 225/1933 Zb. z. a n. o opatreniach pre zamestnancov zastavených periodických tlačí) a
- 4.) podporu v nezamestnanosti (z. č. 267/1921 Zb. z. a n. o štátnom príplatku k podpore nezamestnaných v znení novely č. 74/1930 Zb. z. a n., zákon č. 26/1929 Zb. z. a n. o penzijnom poistení súkromných zamestnancov vo vyšších službách a súvisiace vládne nariadenia a vyhláška). V oblasti podpôr v nezamestnanosti v ČSR fungoval tzv. gentský systém, ktorého podstatou bolo to, že štát poskytoval len štátny príspevok k podpore v nezamestnanosti vyplácanej odborovou organizáciou.

Právo sociálneho zabezpečenia, resp. v 1. ČSR tzv. sociálne právo poisťovacie, bolo novo sa konštitujúcim právnym odborom, vyčleňujúcim sa zo sociálneho oddielu správneho práva. Po zákonnej úprave sociálneho poistenia volali už pred vznikom ČSR nielen zamestnanci, ale aj

zamestnávateľia, súc podľa súdnej praxe objektívne zodpovední za úrazy vyskytnuvšie sa v ich prevádzkach.¹⁷ Nemocenské poistenie tak v Uhorsku upravil zák. čl. XIV/1891 podľa vzoru rakúskeho zákona č. 33/1888 r. z., v poľnohospodárstve z. čl. XVI/1900 upravil dobrovoľné (pri prevádzkach poľnohospodárskych strojov obligatórne) úrazové aj invalidné poistenie, zák. čl. XIX/1907 zaviedol povinné úrazové poistenie a rozšíril nemocenské poistenie. Penzijné poistenie v tomto období ešte zákonom regulované nebolo.¹⁸

V podmienkach novovytvorenej ČSR zdravotné poistenie súkromných (neštátnych) zamestnancov bolo upravené zákonom č. 117/1926 Zb. z. a n., verejných zamestnancov zákonom č. 221/1925 Zb. z. a n. a pre robotníkov už zákonom č. 268/1919 Zb. z. a n. (na území Slovenska osobitným zákonom č. 26/1921 Zb. z. a n., ktorý zrušil predchádzajúcu úpravu v zákonnom čl. XIX/1907. Penzijné poistenie pre súkromných zamestnancov vo vyšších službách bolo zavedené zákonom č. 484/1921 Zb. z. a n. Najvýznamnejším bol nový zákon č. 26/1929 Zb. z. a n. o penzijnom poistení súkromných zamestnancov vo vyšších službách. Dvadsať rokov teda priniesli úplne novú úpravu sociálnozabezpečovacích vzťahov:

- Bola zavedená nová terminológia – napr. sirotsky dôchodok namiesto príspevku na výchovu detí
- Boli zavedené nové dávky, napr. dôchodok rodičov
- Vytvorila sa nová organizačná štruktúra sociálneho zabezpečenia: všeobecný penzijný ústav v Prahe, Zemská úradovňa pre poisťovanie robotníkov, Slovenská pokladnica pre hospodárskych robotníkov v Bratislave, Ústredná sociálna poisťovňa
- Objavil sa pokus rozšíriť osobný rozsah sociálneho zabezpečenia aj na samostatne zárobkovo činné osoby, tento pokus v zákone 148/1925 Zb. z. a n. však zlyhal
- Zákon č. 26/1929 Zb. z. a n. o penzijnom poistení súkromných zamestnancov vo vyšších službách zmenil kapitalizačný systém financovania dôchodkového zabezpečenia na priebežný systém
- Na druhej strane však kontinuita bola zachovaná v rozlišovaní sociálneho zabezpečenia robotníkov, verejných zamestnancov, baníkov a novinárov.

Ďalšie podstatné hodnotové vyjadrenia a zmeny nachádzame v právnej úprave národného hospodárstva, teda z dnešného pohľadu finančného práva. Hospodárstvo 1. ČSR bolo poznačené spočiatku pretrvávajúcou povojnovou krízou, neskôr novou celosvetovou hospodárskou krízou, ktoré si vyžiadali isté štátne zásahy, nezlučujúce sa celkom s liberálnym obchodovaním, ale takéto zásahy boli celkom pochopiteľné a potrebné. Republika musela najprv nadviazať na regulatívne opatrenia z rokov vojny, preto bola ustanovená napr. Čsl. cukrová a pivovarská komisia, Čsl. obilný ústav, riadené bolo hospodárenie s uhlím, zákonom č. 20/1918 Zb. z. a n. bolo vytvorené aj zvláštne ministerstvo pre zásobovanie ľudu. Vláda sa tiež usilovala o udržanie kontroly rastu cien potravín (napr. v januári 1919 mäsa, v júli zemiakov), vydávala zásady pre výrobu a distribúciu spotrebných predmetov (napr. vládne nar. č. 335/1919 Zb. z. a n. o úprave obchodu s textilom) a určovala povinné dodávky (nariadenie ministerstva pre zásobovanie ľudu č. 39/1919 Zb. z. a n. o úprave obchodu

¹⁷ Šafář, F.: Právny vývoj sociálneho poistenia na Slovensku. In: Právny obzor, roč. XXIII, 1940, 52.

¹⁸ Tamže, 53.

s mliekom, mliečnymi výrobkami, ako aj bravčovým sadlom). Až do roku 1921 bol ponechaný lístkový prídellový systém na potraviny a niektoré spotrebné tovary.¹⁹ Súčasťou regulatívnych opatrení bola tiež tzv. nostrifikačná akcia – na základe zák. č. 12/1920 Zb. z. a n. museli podniky so sídlom v zahraničí presídlieť na územie republiky, inak mohla byť ich činnosť zakázaná. Tým sa sledoval hlavne cieľ zvýšenia daňových príjmov republiky.

Zovšeobecnene možno konštatovať, že pre dvadsiate roky po stabilizácii boli príznačné len minimálne štátne intervencie do ekonomiky. V tridsiatych rokoch poznačených hospodárskou krízou však bolo prijatých množstvo štátnych regulačných opatrení, napr. nútená syndikalizácia (v oblasti výroby skla – vládnym nariadením č. 2/1936 Zb. z. a n., v textilnej výrobe – č. 228/1936 Zb. z. a n., v ťažbe dreva – č. 170/1933 Zb. z. a n. a i.). Takýto syndikát vznikol, ak oň požiadala smerodajná časť danej priemyselnej oblasti; určoval okrem iného najvyšší prípustný rozsah výroby a odbytu. V poľnohospodárstve tiež došlo k nútenej syndikalizácii – vládnym nariadením č. 137/1934 Zb. z. a n. bol dokonca zriadený obilný monopol – vytvorením Čsl. obilnej spoločnosti a. s., ktorá jediná mohla vykupovať domáce obilie a importovať mlynárenské výrobky. Obilný monopol bol najprv limitovaný do 30. 6. 1937, ale v roku 1936 bol predĺžený až do konca roku 1940. Zákonom č. 141/1933 Zb. z. a n. bolo upravené zriaďovanie a fungovanie kartelov a súkromných monopolov, ktoré sa v štandardnej ekonomickej situácii nepripúšťajú. Zákon uznával kartely, kartelové zmluvy však museli mať písomnú formu a byť registrované v registri Štátneho štatistického úradu. V prípade ohrozenia podnikania však vláda bola splnomocnená zakázať výkon kartelovej dohody. Zákon tiež konštituoval kartelovú komisiu a kartelový súd.

Podstatným z hľadiska štátnej intervencie sa stal zákon č. 95/1933 Zb. z. a n. o mimoriadnej moci nariadovacej – vláda mohla nariadeniami upraviť colný sadzobník a robiť opatrenia na úpravu cien a udržanie rovnováhy v štátnom hospodárstve. Na základe tohto zmocňovacieho zákona bolo potom prijatých množstvo vládných nariadení – medzi nimi aj nariadenie určujúce numerus clausus živností. V roku 1935 bol prijatý zákon č. 48, ktorým dostali štátne orgány právo určovať ceny elektrickej energie, zlučovať elektrárne a i. Zákon o obrane štátu č. 131/1936 Zb. z. a n. predpokladal pre prípad vojny ďalšie zásahy do hospodárstva.²⁰ Štát teda na seba prevzal v tomto období ďalšiu funkciu – ochrancu fungovania ekonomiky, pričom fungujúcu ekonomiku tak môžeme označiť za ďalšiu hodnotu, vyznávanú Československou republikou, ktorá v tejto oblasti podnikala aktívne kroky a opatrenia.

6. HODNOTA REPUBLIKY SAMOTNEJ

Už v období 1. ČSR bol prijatý zákon o zásluhách T. G. Masaryka o Československý štát – zákon č. 22/1930 Zb. z. a n. o zásluhách T. G. Masaryka, podľa znenia ktorého: „T. G. Masaryk zaslužil se o stát. Výrok tento budiž na věčnou paměť vtesán do kamene v obou sněmovnách Národního shromáždění.“ V roku 1935 bol navyše prijatý zákon č. 232/1935 Zb. z. a n. o štátnej pocte prvému prezidentovi Československej republiky T. G. Masarykovi, ktorý uznal jeho zásluhy o štát (osloboditeľské a budovateľské dielo) a priznal mu doživotne prezidentský plat a sídlo na zámku v Lánech. Rovnaký charakter má aj menej známy zákon č. 117/1990 Zb. o zásluhách M. R. Štefánika, podľa ktorého na ocenenie zásluh Milana Rastislava Štefánika na vzniku samostatného česko-slovenského štátu mala byť v budove Federálneho zhromaždenia umiestnená pamätná tabuľa s týmto výrokom: „M. R. Štefánik sa

¹⁹ Kadlecová, M. et al.: Československé dějiny státu a práva (1918 – 1945), Brno : Masarykova univerzita, 1992, 77, 80-210-0450-9.

²⁰ Tamže, 80-83.

zaslúžil o vznik spoločného štátu Čechov a Slovákov.“ Tým sa jednoznačne ČSR vníma ako hodnota, ktorá si zaslúži úctu spolu s hlavnými osobnosťami, ktoré k vytvoreniu republiky prispeli.

Bezprostredne po vzniku ČSR sa však odmeny dočkali aj radoví bojovníci za československú republikánsku samostatnosť – legionári československých zahraničných légii. Zákon č. 462/1919 Zb. z. a n. o prepožičiavaní miest legionárom v §1 uviedol: „Legionári, t.j. vojní českoslovenští, kteří vyhovují podmínkám stanoveným v § 2, mají nárok žádati za udělení míst ve službě státní a veřejné, též při jiných závodech a podnikách státem podporovaných a zaručených.“ Za týmto účelom sa legionárom priznávali výhradne vymedzené služobné miesta a v iných prípadoch sa im dávala prednosť pred inými žiadateľmi o to isté miesto. Vo vyhradených oblastiach štátnej služby sa im rezervovalo až 50 % pracovných miest. Jednoznačne tým bol porušený princíp rovnosti občanov v záujme vyzdvihnutia zásluh legionárov na vzniku republiky a zániku monarchie. S tým súvisí aj zriadenie osobitného Fondu československých legionárov pri Štátnom pozemkovom úrade. K jeho vytvoreniu došlo na základe tzv. úverového zákona č. 166/1920 Zb. z. a n.. Účelom bolo poskytovanie úverov legionárom, ale aj invalidom, vojnovým poškodencom a ich vdovám a sirotám.

Odškodnenia sa dočkali aj jednotlivci stíhaní rakúsko-uhorskými orgánmi pre svoje politické presvedčenie, teda opäť bojovníci za vznik ČSR, tentokrát v domácom odboji. Zákon č. 333/1920 Zb. z. a n. o náhrade škody obetiam politickej perzekúcie počas vojny 1914 – 1918 zmocnil vládu, aby „podle svého uvážení poskytla ze státních peněz přiměřenou náhradu státním příslušníkům republiky Československé, nebo pozůstalým (§ 2) těch státních příslušníků, kteří ve válce 1914 – 1918 byli protiprávně rakousko-uherskými, rakouskými nebo uherskými státními úřady a orgány občanskými nebo vojenskými, nebo úřady a orgány státu s Rakousko-Uherskem spojených z důvodů politických internováni, konfinováni, drženi ve vazbě zajišťovací, vyšetřovací nebo trestní, usmrceni nebo na těle a zdraví těžce poškozeni...“ Podrobnosti mala určiť vláda nariadením.

V podmienkach nástupu fašizmu v Taliansku a hroziaceho návratu Habsbursko-Lotrinskej dynastie na maďarský trón bol po atentáte spáchanom na ministra Rašína prijatý osobitný zákon na ochranu republiky – č. 50/1923 Zb. z. a n. Priniesol možnosť stížania nových trestných činov – hlava I chránila samostatnosť, jednotnosť a demokraticko-republikánsku formu štátu, za trestné sa považovalo znemožňovanie ústavnej činnosti prezidenta, jeho námestníka, zákonodarného zboru, vlády alebo guvernéra Podkarpatskej Rusi. Ťažkým žalárom, príp. doživotným trestom mala byť potrestaná osoba, ktorá by sa pokúsila o odtrhnutie územia štátu. Druhá hlava tiež chránila republiku a verejných činiteľov, obsahovala skutkové podstaty ako zrada štátneho tajomstva, vojenská zrada, telesné poškodenie ústavných činiteľov, či urážka prezidenta republiky. Tretia hlava postihovala ohrozovanie mieru v republike, jej vojenskej bezpečnosti, nedovolené ozbrojovanie, schvaľovanie trestných činov, šírenie nepravdivých správ a i. Štvrtá hlava obsahovala katalóg trestov – okrem ťažkého žalára, doživotného trestu a trestu odňatia slobody v rozmedzí 5 – 20 rokov stanovila aj možnosť peňažných trestov až do výšky 500.000 korún a trest zabavenia majetku. Zákon tiež sprísnil zásady ukladania trestov – vo väčšine prípadov vylúčil možnosť podmieneného odsúdenia a umožňoval aj zastavenie periodickej tlače. Najzávažnejšie trestné činy podľa zákona na ochranu republiky prejednával novozriadený Štátny súd (z. č. 51/1923 Zb. z. a n.).

Republika sa však nielen odvdáčovala za svoj vznik tým, čo na tom mali podiel, a chránila sa pred rozpadom, ale tiež vyvíjala pozitívne úsilie na svoje upevnenie. Aby sa pretrhli právne zväzky so zaniknutými monarchiami a posilnili právne zväzky medzi Čechmi a Slovákmí,

začalo sa hneď od počiatku ČSR pracovať na zjednotení právneho poriadku Československej republiky. Ako však je známe, tieto snahy skončili v podstate fiaskom, lebo práce postupovali pomalým tempom, súc riadené z veľkej časti odbornými a nie iba čisto politickými motívmi.

7. ZÁVER

Tvrdenia judikatúry o nedostatočnom vyjadrení hodnôt v ústavnom systéme 1. ČSR, ktoré vraj malo za následok jednoduché zneužitie prázdnych právnych foriem nacistickou, resp. nacizujúcou ideológiou, nemožno považovať za preukázané. Ako ústavná listina, tak aj podstatná časť právneho poriadku bola nositeľom vyjadrení vyznávaných hodnôt.

Možno ich nájsť nielen tam, kde by sa logicky dali očakávať – v preambule ústavy – ale tiež v samotnom texte ústavnej listiny a obzvlášť vo vyjadrení základných ľudských a občianskych práv. Popretie základných princípov, na ktorých stojí demokratická republikánska ústava – ako je suverenita ľudu, či sloboda individua pre neoprávnenými štátnymi zásahmi, bolo v podmienkach totalitných režimov očividné a nemohlo byť nijak zakryté a zatajené. Ani nemuselo byť, keďže právo stratilo svoju všeobecne platnú a uznávanú podobu a charakter a bolo podriadené iným normatívnym systémom. Tomu však právo samo osebe nedokáže zabrániť. Právo nedokáže zabezpečiť samo sebe status výlučného normatívneho systému. Navyše je len vyjadrením momentálnych hodnôt, ktoré sa nedajú absolutizovať. Pokusy o to sú možné iba na medzinárodnej úrovni, konsenzom, ktorý sa často vynucuje aj zbraňami s poukazom na „prirodzené práva“ uznávané väčšinou národov sveta.

Literatura:

- Bäckler, A.: Der Völkermord an den Sudetendeutschen, Viedeň : Kilian-Verlag, 2006, 292, 3-901745-11-4.
- Beňko, J. – Hronský, M. – Marsina, R. – Pekník, M. et al. (ed.): Dokumenty slovenskej národnej identity a štátnosti I., č. 138, Bratislava : Národné literárne centrum, 1998, 525, 80-88878-43-8.
- Galandauer, J.: Vznik československej republiky 1918, Praha : Svoboda, 1988, 344.
- Kadlecová, M. et al.: Československé dejiny státu a práva (1918 – 1945), Brno : Masarykova univerzita, 1992, 138, 80-210-0450-9.
- Slovník veřejného práva československého, sv. II. (reprint), Praha : EUROLEX BOHEMIA s.r.o., 2000, 1202, 80-902752-4-9.
- Slovník veřejného práva československého, sv. III. (reprint), Praha : EUROLEX BOHEMIA s.r.o., 2000, 960, 80-902752-4-9.
- Šafář, F.: Právní vývoj sociálního poistenia na Slovensku. In: Právní obzor, roč. XXIII, 1940, 52-64.
- Štajgr, F.: Organizace a příslušnost pracovních soudů. In: Sborník Právnické fakulty Univerzity Komenského v Bratislavě, 1933, č. 8, 71.
- Weinberger, O. - Kubeš, V.: Brněnská škola právní teorie (normativní teorie), Praha: Univerzita Karlova v Praze, Nakladatelství Karolinum, 2003, 440, 80-246-0480-9.

Kontaktní údaje na autora – email:
tomas.gabris@flaw.uniba.sk

„NIE UND NIMMER“. CHEBSKÝ PODZIM ROKU 1918

VILÉM KNOLL

Fakulta právnická, Západočeská univerzita v Plzni, Česká republika

Abstrakt v rodném jazyce

Dne 28. října 1918 došlo ke vzniku samostatného československého státu. Pohraniční oblasti obývané převážně Němci se pokusily o odtržení a připojení k novému státu rakouských Němců (Deutschösterreich). Touto cestou se vydalo i Chebsko, dovolávající se svých historických práv. Separatistický postoj se však zhroutil vzhledem k protiválečným náladám, špatné poválečné hospodářské situaci, bídě, hladu a strachu z bolševizace. Dne 16. prosince byl Cheb bez boje obsazen československým vojskem a československé státní moci se poddaly veškeré zdejší úřady. Mezinárodní konference pak uznala existenci Československa v jeho historických hranicích.

Klíčová slova v rodném jazyce

1918, Československo, Deutschösterreich, Deutschböhmen, Chebsko, mírová konference, první světová válka, právo na sebeurčení, prosazení státní moci.

Abstract

On 28th October 1918 the independent Czechoslovak state was born. The border regions inhabited mainly by Germans attempted to secede from the Czechoslovak state and to join the new state of Austrian Germans (Deutschösterreich). This was the case of Chebsko (Egerland) too. Although it based its secession on historical rights, separatist attitudes collapsed thanks to the anti-war atmosphere, bad after-war economic situation, poverty, hunger and fear of bolshevism. On 16th December Czechoslovak army seized Cheb without fight and all local bureaus accepted the authority of Czechoslovak state. Afterwards the international conference recognized the existence of Czechoslovakia in its historical borders.

Key words

1918, Czechoslovakia, Deutschösterreich, Deutschböhmen, Chebsko (Egerland), peace conference, World War I, right to self-determination, enforcement of State authority.

S koncem první světové války se ve střední Evropě chystaly zásadní geopolitické změny vyplývající z rozpadu Rakouska-Uherska. Většinou českého obyvatelstva nadšeně očekávaná obnova samostatného českého státu, i když v podobě novotvaru československého, se však neseťkávala s přílišným pochopením u německého obyvatelstva v pohraničí.

Vznik československého státu by znamenal pro většinové německé obyvatelstvo řady pohraničních oblastí zásadní změnu poměrů – najednou by se ocitlo ve státě, který by ovládal jiný národ – národ československý. Projevil se zde strach z útlaku. Mnoho lidí si zde kladlo, pravda, často pod vlivem tisku a propagandy, dosud nemyslitelné otázky: „Jak se asi bude Němec domáhat svého práva před českými soudy, jak asi bude Němec dodržovat nařízení českých úřadů?“¹

¹ Egerer Zeitung, Eger: Georg Gschihay (dále EZ), 26. 10. 1918, s. 1.

Stejně jako byly českou politickou reprezentací připravovány kroky vedoucí k osamostatnění, připravovali se na zánik Rakouska-Uherska i poslanci a další političtí reprezentanti německé národnosti v Rakousku. Jejich snahy vrcholily od přelomu let 1917 a 1918. V reakci na pražskou Tříkrálovou deklaraci byla rezoluce německých poslanců z českých zemí z 21. ledna odmítající české požadavky a žádající odtržení pohraničních oblastí s převážně německým obyvatelstvem, které se společně s rakouskými zeměmi stanou základem nového státu rakouských Němců – Deutschösterreich. Vídeňská vláda tyto požadavky akceptovala a podle jejího květnového prohlášení měla 1. ledna 1919 vzniknout na území českých zemí provincie Deutschböhmen, přičemž současně mělo být provedeno nové krajské zřízení v Čechách. Tyto plány však vzhledem k dalšímu politickému vývoji nemohly již být realizovány.² Vídeňské vedení sociální demokracie vydalo 3. října rezoluci, ve které vyzvalo všechny národy podunajské monarchie, aby vytvořily federativní stát. Zatímco představitelé slovanských národů návrh odmítli, německé strany ho uvítaly. Další vývoj tak směřoval k vytvoření nového státu rakouských Němců.

V Chebu³ se 18. října 1918 uskutečnila důležitá porada, které se účastnili všechny hlavní osobnosti politického i hospodářského života zdejšího politického okresu. Jejím výsledkem bylo rozhodnutí, že se společně s dalšími oblastmi budou podílet na vzniku Deutschösterreich. Jedním z hlavních argumentů přitom bylo právo na sebeurčení, které národům Rakouska-Uherska zaručil 8. ledna 1918 svými slavnými „Čtrnácti body“ prezident USA W. Wilson.⁴ Dokládá to zásadní posun v názorech chebských představitelů, neboť ještě před několika měsíci odmítali návrh na odtržení pohraničí od vnitrozemí, neboť se domnívali, že by takovýto postup podpořil české státoprávní požadavky. Namísto toho chtěli získat autonomii a vytvořit tak provincii, ve které by všichni Němci v Čechách mohli vyřizovat své kulturní záležitosti. Centrální orgány této provincie by pak v Praze dokázaly obhájit a posílit německé pozice a zájmy.⁵

Ve Vídni vyhlásili 21. října němečtí poslanci Říšské rady, kteří pochopili nevyhnutelnost rozpadu Rakouska-Uherska a snažili se zachránit pro národní zájmy co se dalo, vznik státu Deutschösterreich. Chtěli vybudovat „nové bydliště státní, patřící jen našemu národu.“ Bylo ustaveno dočasné Národní shromáždění, přičemž se mělo „vybojovat a zcela uplatnit sebeurčovací právo do Deutschböhmen“. Dne 24. října vytvořili zemské národní shromáždění a byl ustaven dvanáctičlenný výbor, který byl pověřen provedením všech potřebných kroků

² Provincie měla mít rozlohu cca 14464 km² na kterých žilo zhruba 2,194 milionu obyvatel. César, J. – Černý, B., *Politika německých buržoazních stran v Československu v letech 1918–1938. Díl 1. (1918–1929)*, Praha: Nakladatelství ČSAV, 1962, s. 58–59; Peroutka, F.: *Budování státu I. 1918–1919*, Praha: Lidové Noviny, 1991, ISBN 80-7106-040-2, 80-7106-036-4, s. 54–59; Kalvoda, J.: *Genese Československa*, Praha: Panevropa, 1998, ISBN 80-85846-09-8, s. 57–58; Klimek, A.: *Velké dějiny zemí Koruny české. Svazek XIII. 1918–1929*, Praha – Litomyšl: Paseka, 2000, ISBN 80-1785-328-3, s. 34; Schelle, K.: *Organizace československého státu v meziválečném období 1918–1938*, Praha: Eurolex Bohemia a. s., 2006, ISBN 80-86861-92-9, s. 67–68.

³ K životu ve válečném Chebu nejnověji Černý, Z. – Dostál, T.: *Bolest v kameni – Schmerz in Stein*, Cheb: Krajské muzeum Karlovarského kraje, p. o., 2007, ISBN 978-80-85018-60-8, s. 36–43.

⁴ Sturm, H.: *Eger. Geschichte einer Reichsstadt. Band 1*, Geislingen – Steige: Egerland Verlag, 1960, s. 355. K problematice sebeurčení stručně Seibt, F.: *Německo a Češi. Dějiny jednoho sousedství uprostřed Evropy*, Praha: Academia, 1996, ISBN 80-200-0577-3, zvl. s. 248–255.

⁵ EZ, 4. 7. 1918. K proměnám názorů chebských politických představitelů viz Faltys, A.: *Vznik...*, s. 40–42.

včetně vytvoření oblasti Deutschböhmen, která měla být přímou součástí nového Rakouska. Heslem se stalo: „ani jeden Němec do českého státu“.⁶

Stanovisko nejen chebských nacionalistů k předpokládanému vzniku československého státu bylo jasně vyjádřeno v novinovém článku 26. října: „Nikdy se Deutschböhmen neskloní před dvouocasým lvem a nikdy neuzná lva jako zvíře svého štítu. Jen přes naše mrtvoly povede cesta Čechů na německé území. ... Až města Deutschböhmen budou zničena a až Deutschböhmen bude existovat pouze na hřbitovech, pak teprve budou Češi moci slavit svůj triumfální průvod skrze Deutschböhmen. ... Jen za cenu občanské války se Češi zmocní Deutschböhmen a jak doufáme, i kvůli tomu se o to nepokusí.“ Je zajímavé, že od počátku chebských představitelů s variantou vojenského zásahu z československé strany příliš nepočítali: „Nemusíme se tolik obávat biče jako spíše cukru. Češi jsou příliš chytří na to, aby se o cokoli pokusili silou, v tom mají výhodu a tím se odlišují od nás Němců. My se velmi obáváme, že proti nám použijí metodu, která byla použita proti nim a přinesla úspěch. Českým bajonetům se vysmíváme, nebezpečí ale spočívá v tom, že nám Češi poskytnou plné pytle obilí, nebezpečný je český chléb a český cukr.“⁷ Postoj řady Chebanů ilustruje i případ pražského advokáta JUDr. Trauba zastupujícího české klienty, který donutil chebský soud, aby obsílky byly zasílány v českém jazyce a požadoval také česky vedené přelíčení. Chebské ho čekali na nádraží, kde mu připravily nemilé uvítání. Aby nebyl napaden, bral sebou manželku. Útočníci tak sáhli jen k opakovanému slovnímu napadení.⁸

Následující den, 27. října, bylo na chebské náměstí svoláno na 11. hodinu shromáždění lidu za navrácení samostatnosti Chebska. V deštivém odpoledni na něm před několika stovkami lidí vystoupilo několik řečníků se zásadními projevy. Poslanec Dr. Jäger konstatoval, že snahy „Dohody o zničení německví jsou uskutečněny. Poláci, Češi a Jihoslované se osamostatnili a nám nezbylo nic jiného, než také vyhlásit samostatnost, a to jsme také učinili. Chebsko se chce včlenit do velkého německého společenství, ale také chce zůstat stejně samostatné, jak tomu bylo před 600 roky. Bude vyslovena nezávislost na české Koruně. Pokud Chebsko vyhlásí samostatnost, tak se bude považovat za jedno s Deutschböhmen a Deutschösterreich a bude si přát připojení k německé říši. Nouze nás sjednotila a poučila, že musíme na všechny politické strany kašlat, kašlat na všechny lidi, kteří národní právo zařadili za státní právo.“⁹ Následně vystoupil poslanec J. Mayer se státoprávním zdůvodněním samostatnosti: „Češi staví na základě nikoli práva na sebeurčení, ale na základě historického práva v hranicích bývalé české Koruny. Před pádem do českého státu nás ochrání právě historické státní právo Chebska. Chebsko sice patřilo ke starému státu, ale nepatřilo svatováclavské Koruně. Pokud se od nás na základě zastaralého státního práva požaduje vstup do českého státu, tak i my můžeme proti tomuto začlenění použít stejně dobré naše státní právo“.¹⁰ Poté se slova ujal Dr. A. Bernardin, který na základě jednání okresního zastupitelstva pronesl Prohlášení samostatnosti Chebska: „Slavnostně prohlašujeme samostatnost Chebska a též jeho

⁶ César, J. – Černý, B., *Politika...*, s. 60–61; Klimko, J.: *Politické a právní dějiny hranic predmníchovskej republiky (1918–1938)*, Bratislava: Veda, 1986, s. 40; Peroutka, F.: *Budování...* I, s. 401.

⁷ EZ, 26. 10. 1918, s. 1.

⁸ Mimo jiné ho osočovali: „Vy český provokatéře, nezkoušejte to! Vy si nezasloužíte ani plivnutí.“. Řehka, J.: *Vznik Československa a Chebsko*, Cheb: Historicko-dokumentační komise Českého svazu bojovníků za svobodu v Chebu, 1999, s. 7. Chebský proněmecký a protičeský postoj dokládá mimo jiné také razantní odpor vůči jazykovým reformám v roce 1897.

⁹ EZ, 28. 10. 1918, s. 2.

¹⁰ EZ, 28. 10. 1918, s. 2.

nezávislost na české Koruně. Přesto musíme ale zachovat společenství s Němci v Rakousku a Deutschböhmen. Chebsko se začleňuje do organizace Deutschböhmen.“ Shromáždění poté zakončil slovy „Požehnána budiž cesta, která vede k pramáti Germánii“. Mnoho účastníků se pak odebralo do hostince Frankenthall, kde vystoupila ještě řada řečníků s nacionalistickými projevy.¹¹

Z textů projevů i samotného Prohlášení je patrné, že chebská reprezentace neměla zcela jasno v tom, kam by chtěla patřit – tedy zda se vydat cestou vedoucí Chebsko do Rakouska nebo do Německa, respektive do Bavorska. Především však odmítala spojení s československým státem, přičemž vedle práva na sebeurčení Čechů a Slováků stavěla obdobné právo Němců, vedle historických práv koruny České pak domnělá práva Chebská. Argumentačně přitom Chebští stavěli na potvrzení privilegií vydaných králem Janem Lucemburským 13. října 1322,¹² přičemž měla tehdy podle nich vzniknout jen personální unie s českými zeměmi. Pravdou je, že Chebsko nebylo jejich integrální součástí a že si po dlouhou dobu zachovalo v rámci zemí koruny České jako říšská zástava autonomnost, ale toto jeho postavení bylo definitivně zlomeno v průběhu 17. a 18. století, přičemž bylo přičleněno k Čechám. Za počátek konce zvláštního postavení Chebska lze pokládat již závěry konference vedoucí k vestfálskému míru, která tehdejší chebské požadavky, spočívající také na historických právech, nekompromisně odmítla.¹³ Není bez zajímavosti, že dovolávání se historických práv Chebska zpočátku odmítala sociální demokracie, která se domnívala, že by Chebsko nemělo postupovat samostatně, ale mělo by společně s jinými oblastmi obhajovat práva na sebeurčení rakouských Němců jako celku.¹⁴

Vyhlášení československého státu 28. října¹⁵ vzbudilo na chebském okresním hejtmanství rozporuplné emoce. Československé orgány, reprezentované na nejvyšší úrovni pražským Národním výborem se ujaly moci, přičemž zásadní roli pro státní organizaci představovalo

¹¹ EZ, 28. 10. 1918, s. 1–2; Sturm, H.: Eger... 1, s. 354; Řehka, J.: Vznik..., s. 13–14.

¹² K chebským privilegiím souhrnněji Gradl, H.: ed., Die Privilegien der Stadt Eger, Eger 1879.

¹³ K vývoji státoprávního postavení Chebska a k jeho dějinám srovnej zejména základní souhrnné práce: Gradl, H.: Geschichte des Egerlandes bis 1437, Prag: Verlag von H. Dominicus, 1893; Čelakovský, J.: Cheb. In: Ottův slovník naučný XII. díl, Praha: J. Otto, 1897, s. 103–111; Čelakovský, J.: Chebsko. In: tamtéž, s. 111–122; Sturm, H.: Eger. Geschichte einer Reichsstadt, Geislingen – Steige: Egerland Verlag, 1960; Sturm, H.: Districtus Egranus. Eine ursprünglich bayerische Region, München: Kommission für bayerische Landesgeschichte, 1981; Schreiner, L.: Heimatkreis Eger. Geschichte einer deutschen Landschaft in Dokumentationen und Erinnerungen, Amber: Egerer Landtag e. V., Heimatverband für Eger Stadt und Land, 1981. Z doby blízké roku 1918 lze zmínit zejména práce Wanie, P.: Die staatsrechtliche Stellung Egers seit der endgültigen Verpfändung an Böhmen (1322) bis zur Erwerbung des Königreichs durch die Habsburger (1526). In: Jahresbericht des k.k. Staats-Ober-Gymnasiums in Teplitz/Schönau 1913/1914, Teplitz Schönau: k.k. Staats-Ober-Gymnasiums in Teplitz/Schönau, 1914, s. 3–16; Urban, M.: Die staatsrechtliche Stellung Egers zu Böhmen. In: Mitteilungen des Vereines für Geschichte der Deutschen in Böhmen 54, Prag: Verein für Geschichte der Deutschen in Böhmen, 1916, s. 345–357; Siegl, K.: Die staatsrechtliche Stellung des Egerlandes, Eger 1919. K historické argumentaci národoveckého boje stručně Seibt, F.: Německo a Češi..., zvl. s. 230–234.

¹⁴ Faltys, A.: Vznik..., s. 41.

¹⁵ Ke vzniku Československa z novější literatury viz např. Peroutka, F.: Budování... I, passim; Kalvoda, J.: Genese Československa, Praha: Panevropa, 1998, ISBN 80-85846-09-8, passim; Galandauer, J.: Vznik Československé republiky 1918. Programy, projekty, perspektivy, Praha: Svoboda, 1988; Klimek, A.: Velké dějiny..., zvl. s. 9–51; Kárník, Z.: České země v éře První republiky (1918–1938). Díl první. Vznik, budování a zlatá léta republiky (1918–1929), Praha: Libri, 2003, ISBN 80-7277-195-7, s. 33–48; Vojáček, L. – Schelle, K. – Knoll, V.: České právní dějiny, Plzeň: Vydavatelství a nakladatelství Aleš Čeněk, s.r.o., 2008, ISBN 978-80-7380-127-4, s. 287–294 a materiály tam citované. Z pohledu vývoje veřejné správy pak např. Schelle, K.: Organizace..., zvl. s. 24–79.

zákonem č. 11/1918 Sb. z. a n. realizované převzetí nejen stávajícího právního řádu, ale zejména převzetí stávající veřejné správy a to včetně personálního obsazení veškerých úřadů,¹⁶ přičemž spolehlivost přejímaných úředníků byla postupně prověřována.¹⁷ Němečtí úředníci se dostali do složité situace, kdy na jedné straně řada z nich osobně souhlasila se vznikem nových provincií a odtržení od českého státu, na straně druhé však mezi nimi panovala obava, že v případě krachu těchto snah budou jako neloajální nuceni svá místa opustit. Většina tak zvolila pasivní vyčkávací postoj, ve kterém je utvrzovalo i pražské místodržitelství, které vydalo 11. listopadu oběžník zakazující okresním hejtmanstvím podřizovat se provinciálním vládám. Další, například mnozí četníci, volili střední cestu, vykonávali příkazy zemské vlády Deutschböhmen a současně deklarovali svou trvajícím služební podřízenost pražskému místodržitelství a dalším centrálním orgánům.¹⁸

Chebský okresní hejtman Dr. O. Benesch, který byl přesvědčeným monarchistou, zvolil cestu nejmenšího zla a nechal se nejpozději 1. listopadu hospitalizovat v nervovém sanatoriu v Ústí nad Labem, kde setrval až do Vánoc.¹⁹ Na jeho místo nastoupil již zmíněný Dr. A. Bernardin, na jehož žádost podle zprávy ze 7. listopadu všichni státní zaměstnanci přísahali věrnost provincii Deutschböhmen a rakouské vládě. Současně je vyzval k odmítání českých zákonů a nařízení.²⁰ Následně byla zřízena tisková agentura, Deutsche Nachrichtendienst (D.N.D.), která měla jediným oficiálním zdrojem z okresního hejtmanství jako zastoupení provinční vlády.²¹

V reakci na vyhlášení československého státu se 29. října ve Vídni sešli němečtí poslanci říšského sněmu z českých zemí, kteří protestovali proti připojení německých oblastí a přihlásili se o své právo na sebeurčení s tím, že ve svých obvodech zřídí řádnou správu, aby „tím svůj národ ochránili před cizí vládou a hospodářskou bídou.“ Obdobný protest vydala v Ústí nad Labem sídlící Německá národní rada. O den později schválilo jejich postup i německo-rakouské Národní shromáždění. Postupně byly vyhlášeny separatistické německé provincie, které se měly stát součástí Deutschösterreich, případně jednotného státu všech Němců. Nejvýznamnější z nich byla severozápadní Deutschböhmen, vyhlášená tentýž den v Liberci, vedená zemským hejtmanem Rudolfem Lodgmann von Auen. Následovaly ji Sudetenland, Böhmerwaldgau a Deutschsüdmähren.²² V jejich čele stála vláda a zemský sněm. Vlády těchto provincií se snažily o vybudování vlastní správy, která se částečně lišila od stávající správy rakouské. Podařila se jim mimo jiné částečná reorganizace soudnictví vytvořením vyšších instancí, nezávislých na českých. Byly také zřizovány na místní úrovni lidové rady (Volksräte) a na okresní úrovni okresní národní rady (Bezirksnationalräte) či

¹⁶ Kárník, Z.: České země..., s. 63–68. Nejnověji k tomu Horák, O.: Vznik Československa a recepce práva. K právní povaze a významu zákona č. 11/1918 Sb. z. a n. s přihlédnutím k otázce recepce právního řádu. In: Právněhistorické studie 38, Praha: Nakladatelství Karolinum, 2007, ISBN 978-80-246-1426-7, s. 153–169.

¹⁷ Kárník, Z.: České země..., s. 66–67.

¹⁸ César, J. – Černý, B., Politika..., s. 71–72; Klimko, J.: Politické a právní dějiny hranic predmníchovskej republiky (1918–1938), Bratislava: Veda, 1986, s. 41–42; Schelle, K.: Organizace..., s. 68–69.

¹⁹ Viz prezidiální spisy okresního úřadu Cheb, cit. in: Fidler, V.: Prosazení československé státní moci v Chebu po vzniku ČSR. Rukopis diplomové práce. Fakulta právnická. Západočeská univerzita v Plzni. Katedra právních dějin. Plzeň 2004, s. 10–11.

²⁰ EZ, 1. 11. 1918, s. 2; tamtéž, 7. 11. 1918, s. 5.

²¹ EZ, 9. 11. 1918, s. 12.

²² César, J. – Černý, B., Politika..., s. 63–64; Klimko, J.: Politické..., s. 40; Peroutka, F.: Budování... I, s. 102–105; Kalvoda, J.: Genese..., s. 401; Schelle, K.: Organizace..., s. 68.

národní výbory (Bezirksnationalausschuß), což byly paralelní zastupitelské správní orgány tvořené na základě politické příslušnosti ne nepodobné českým národním výborům. Jejich úkolem bylo sjednocení národnostních snah a dozor nad fungováním správních orgánů.²³

Provolání o zřízení státu Deutschösterreich a provincie Deutschböhmen vydal v Chebu Dr. A. Bernardin 31. října. Obyvatelstvo bylo vyzváno k zachování klidu i pořádku a k dodržování nařízení provinčních orgánů. Současně bylo oznámeno zřízení lidoobran (Volkswehru) do níž se měli hlásit bývalí vojáci. Úřady ujistovaly o zabezpečení dostatečného zásobování potravinami i topivem pro blížící se zimu a vojsku pak byla zaručena výplata žoldu.²⁴ Následující den byl zřízen šedesátičlenný okresní národní výbor v čele s chebským starostou Friedrichem.²⁵ Chebský starosta Friedrich vydal 2. listopadu vyhlášku vyzývající ke klidu a pořádku, přičemž současně zakázal konání průvodů a shromáždění. Na závěr projevil přesvědčení, že „těžké dny budou šťastně překonány“.²⁶ Situace se však velmi rychle začala zhoršovat, o čemž svědčí mimo jiné i nařízení okresního hejtmanství, že všechny daně mají být finančnímu úřadu nadále odevzdávány jen v hotovosti.²⁷ Centrálním úřadům v Praze nadále neměly být odesílány žádné peníze a měla být přerušena i veškerá komunikace.²⁸

Vedle starých rakouských orgánů a nových orgánů Deutschböhmen však v celé oblasti vznikaly také na nich nezávislé vojenské rady (Soldatenräte) či rady vojenských navrátilců (Heimkehrerräte), mající svůj vzor pravděpodobně v ruských sovětech. Jevily spíše zájem o řešení sociálních problémů a to i radikální cestou. Stávaly se destabilizačním prvkem a místní úřady dokázaly jejich činnost eliminovat jen s vynaložením největšího úsilí.²⁹ Příkladem může být rada navrátilců v Aši, ustavená 1. listopadu, která prakticky ovládla ašský okres.³⁰ Již zmíněný Volkswehr byl budován mimo jiné za účelem potlačení činnosti těchto rad, jejichž muži se měly stát případně jeho členy. V Chebu se ustavil 1. listopadu pod velením mjr. Grillmayra a postupně dosáhl stavu asi 600 mužů údajně nepříliš vysoké kvality.³¹

²³ Například okresní soud ve Stříbře na samém počátku listopadu suspendoval české soudce, přerušil úřední styky s plzeňským krajským soudem, jemuž podléhal, a podřídil se krajskému soudu v Chebu, kam začal posílat úřední věci a dodávat z vyšetřovací vazby vězně. Schiebel, J.: Průběh vzniku Československa v roce 1918 v Plzni. In: Hamelika. Vlastivědné materiály z Mariánskolázeňska 10, roč. 22, Mariánské Lázně: R. Švandrlík, 1998 (Původně zveřejněno pod názvem Vojenský převrat v Plzni. In: Plzeňsko 5–6, Plzeň 1928) [online], poslední revize 19. 8. 2005 [cit. 2. 11. 2008]. URL: <<http://hamelika.webz.cz/h98-10.htm>>; César, J. – Černý, B., Politika..., s. 72–73; Schelle, K.: Organizace..., s. 68–70.

²⁴ Oznámení bylo vydáno formou plakátů i v novinách. EZ, 31. 10. 1918, s. 4; reprodukce plakátu in Řehka, J.: Vznik..., s. 15.

²⁵ Sturm, H.: Eger... 1, s. 355.

²⁶ Reprodukce in Řehka, J.: Vznik..., s. 16.

²⁷ EZ, 8. 11. 1918, s. 1.

²⁸ Sturm, H.: Eger... 1, s. 354.

²⁹ K problematice tzv. hnutí vojenských navrátilců (Heimkehrerbewegung) na Chebsku s jistým zkrácením daným dobou vzniku práce Faltys, A.: Vznik..., passim. Dále také César, J. – Černý, B., Politika..., s. 88–92.

³⁰ Disponovala zhruba 170 muži, převážně zkušenými frontovými bojovníky. Podle zprávy z českého tisku že 7. listopadu byla na Ašsku situace natolik kritická, že „Němci z Aše žádají pražský Národní výbor, aby jim poslal vojsko k zjednání pořádku, neboť tam panuje úplný rozvrat.“ Faltys, A.: Vznik..., s. 44–45; Řehka, J.: Vznik..., s. 19.

³¹ Sturm, H.: Eger... 1, s. 355; Faltys, A.: Vznik..., s. 46.

Československé orgány nemohly separatistické snahy německých nacionalistů připustit, neboť ohrožovaly celistvost a životaschopnost nového státu. Bylo nutno rychle dostat jimi ovládané oblasti pod kontrolu. Úvodní jednání mezi R. Lodgmann von Auen, J. Selingerem a zástupci Národního výboru probíhající od 30. října v Praze vedla do slepé uličky. Němci nebyli ochotni uznat československou svrchovanost, odmítali vstoupit do Národního výboru či vyslat zástupce do Národního shromáždění. Byli pouze ochotni „pozdravit jménem svobodného Deutschböhmen československý stát.“ Při požadování práva na sebeurčení jim bylo údajně řečeno, že to „je pouze fráze – dnes je to síla, která rozhoduje“. Je zajímavé, že Němcům nebránily jejich postoje ve snaze získat od Národního výboru pomoc při konsolidování jejich oblastí, zejména při řešení hospodářských a zásobovacích potíží. V průběhu jednání prohlásil Dr. A. Rašín mimo jiné slavnou větu „S rebely se nevyjednává!“ Zástupci německých provincií se následně obrátili na prezidenta W. Wilsona s protestní notou a s prosbou o pomoc, přičemž žádali o uspořádání plebiscitu nebo o mezinárodní arbitráž. Argumentovali přitom svým právem na sebeurčení.³²

Národní výbor však neměl z počátku k dispozici dostatek vojenské síly k prosazení své moci v pohraničí a podnikal jen nemnoho akcí, jejichž cílem bylo alespoň částečné ovládnutí železničního spojení. Větší organizované vojenské jednotky se z fronty vraceli jen pomalu. První české pluky dorazily domů až v polovině prosince.³³ Velení vznikajícího československého vojska vytvořené z Vojenské sekce Národního výboru se muselo spolehnout na pozůstatky stávajících rakouských jednotek, často náhradních praporů, které konec války zastihl na území vznikajícího státu. Nové jednotky pak budovalo z dobrovolníků z nejrůznějších pluků pobývajících legálně i nelegálně v Praze spolu se sokolskými družinami a dobrovolníky z dalších polovojenských organizací.³⁴ Proto „nemohlo se v prvních dnech pomýšleti na vojenské zajištění smíšených krajů.“ Ostatně Dr. E. Beneš nabádal z Paříže 9. listopadu Národní výbor: „Vyvarujte se všem rozbíhům a všem krvavým bouřím také v německých částech Čech. Je v našem zájmu, aby z těchto území nedocházely sem zprávy, že se organizuje příliš samostatně a že stojí naprosto nesmiřitelně proti nám.“³⁵ Cílem bylo prezentovat Československo jako zemi, která v rozbourané střední Evropě je schopna udržet pořádek a disciplínu, není zasažena všeobecně se rozmáhající anarchií.³⁶

³² Uvedené citáty jsou vytrženy z kontextu, jednání ve skutečnosti nebyla tak vyostřená, jak by se z nich mohlo zdát, naopak probíhala v přátelském duchu. Důležitost těchto citátů, zejména toho Rabínova, však spočívá v tom, že byl od samého počátku zneužit německou propagandou. César, J. – Černý, B., *Politika...*, s. 102–104; Klimko, J.: *Politické...*, s. 40–41; Peroutka, F.: *Budování... I*, s. 119–121; Seibt, F.: *Německo a Češi...*, s. 256–257; Šetřilová, J.: *Alois Rašín. Dramatický život českého politika*, Praha: ARGO, 1997, ISBN 80-7203-061-2, s. 71–72; Kalvoda, J.: *Genese...*, s. 401; Kárník, Z.: *České země...*, s. 41; Schelle, K.: *Organizace...*, s. 71; Klimek, A.: *Velké dějiny...*, s. 32. Lodgmanův zpětný pohled na průběh jednání uvádí Cajthaml, F.: *Sláva a pád „Provincie Deutschböhmen“*. Příspěvek k dějinám československé revoluce a německé „protirevoluce“ na českém severu, Ústí nad Labem: O. J. Bukač, 1924, s. 76–81.

³³ Přehled návratů jednotlivých českých pluků Bílek, J. et al: *Vojenské dějiny Československa III. Díl. 1918–1939*, Praha: Naše vojsko, 1987, s. 27–28.

³⁴ Vzhledem ke kritické situaci ministr národní obrany V. Klofáč dokonce neúspěšně žádal o vyslání tří pluků dohodového vojska. Počátkem listopadu bylo nařízeno, aby se vojáci, kteří opustili bez povolení své oddíly, přihlásili buď u doplňovacího velitelství nebo u evidence zeměbrany. Ti, kteří ještě měli vojenskou povinnost a tuto nevykonávali, měli být potrestáni. Schiebel, J.: *Průběh vzniku...*; Bílek, J. et al: *Vojenské dějiny...*, s. 20–21.

³⁵ Někteří autoři kladou tento výrok do 5. listopadu. Peroutka, F.: *Budování... I*, s. 126; Kalvoda, J.: *Genese...*, s. 411; Klimek, A.: *Velké dějiny...*, s. 32.

³⁶ Peroutka, F.: *Budování... I*, s. 125–130.

Situace v separatistických provinciích byla obdobná. Válkou unavení vojáci odmítali dále bojovat, chtěli se jen v klidu vrátit domů. Mezi zejména německými vojáky včetně vyšších důstojníků nabyla postupně vrchu nechuť k dalšímu válečnému dobrodružství nad nacionálním citěním. Všestranný rozklad jednotek probíhal velmi rychle. Naděje separatistického vedení, že na svou stranu získá alespoň část staré rakouské armády se tak ukázaly liché³⁷ Vojáci odmítali jít i jen na stráž a vymáhali, aby nastal úplný konec války. Nakonec tak nebylo bráněno demobilizaci jednotek nacházejících se na separatistickém území a bylo rozhodnuto opřít se raději o dobrovolníky. Proto muselo politické vedení sáhnout k organizování nových branných sil, zemská vláda uložila lidovým i okresním radám organizovat již zmíněný Volkswehr, který se měl stát základem budoucí armády. Ani jeho výstavba však nebyla příliš úspěšná. Vedle něj ještě vznikaly občanské gardy (Bürgerwehr) miličního charakteru, které sloužily převážně jako pořádkové síly.³⁸

V Chebu panoval po vyhlášení československého státu napjatý klid. Zde přítomní čeští příslušníci 29. zeměbranceckého pěšího pluku i jiných jednotek opustili ozdobení trikolórami město a odjeli do vnitrozemí. Postupně od 30. října naopak přijíždějí domů jednotliví němečtí vojáci z českých měst, ovšem většinou beze zbraní. Staré odznaky nahradili říšskoněmeckými. K dispozici zde tak byl jen místní Volkswehr, jehož jádrem byli navrátilší se příslušníci zdejšího 73. pěšího pluku. Chebská posádka se do doby, než hranice českého státu stanoví mírová konference, přihlásila k samostatnému Deutschböhmen, respektive k Chebsku.³⁹ Organizované jednotky se do Chebu vracely postupně až od 14. listopadu, přičemž je zde čekal rozkaz k demobilizaci.⁴⁰ Poplašné zprávy, které se objevily 9. listopadu v Plzni, o tom, že bavorské vojsko vniklo přes hranice a obsazuje chebské území, byly již druhého dne jako bezpodstatné vyvráceny.⁴¹ Žádná zahraniční intervence ve prospěch separatistů se nekonala.

Blížící se změnu poměrů na Chebsku naznačilo dopoledne 11. listopadu, kdy se na východním okraji Chebu objevil konvoj deseti automobilů, obsazených československými vojáky. Jeho cílem bylo zdejší letiště, které bylo jediným letišťem na území vznikajícího československého státu.⁴² Vzhledem k tomu měl Národní výbor eminentní zájem o zajištění

³⁷ César, J. – Černý, B., *Politika...*, s. 74–75.

³⁸ Jak uvádí F. Peroutka, reprezentanti separatistických provincií doufali i v zásah dobře vyzbrojených německých divizí, které se nacházely v Rumunsku, Turecku a Uhrách a které se od 31. října začaly přes československé území vracet domů. Špatně však odhadli situaci v Německu, kde nikdo nebyl ochoten zhoršovat mezinárodní situaci země podobným dobrodružstvím, a německé jednotky tak prošly Československem zcela korektně. César, J. – Černý, B., *Politika...*, s. 76–77; Peroutka, F.: *Budování... I*, s. 232–233, 236.

³⁹ Do Chebu směřovali přes Plzeň vedle vlastních chebských jednotek například 6. listopadu němečtí vojáci od 35. či 29. pěšího pluku. Podle F. Peroutky se příslušníci jednoho z praporů chebského 73. pěšího pluku nacházející se v Praze vzbouřili už 29. října, sebrali vše, co mohli v kasárnách sebrat, a dali se pěšky na pochod k Chebu. Schiebel, J.: *Průběh vzniku...*; Sturm, H.: *Eger... 1*, s. 354; Peroutka, F.: *Budování... I*, s. 91; Klimek, A.: *Velké dějiny...*, s. 31.

⁴⁰ Na Chebsku stavěné jednotky (73. pěší pluk Albrecht Herzog von Württemberg, zeměbrancecký 6. pěší pluk „Železná šestka“, 22. prapor polních myslivců, domobrancecký 6. pěší pluk a domobrancecké prapory č. 44, 45 a 46) patřily v rámci rakouské armády k elitě, o čemž mimo jiné svědčí prohlášení náčelníka generálního štábu rakousko-uherské branné moci polního maršála hraběte Franze Conrada von Hötzenborfu: „Wo ich Egerländer weiß, da kann ich ruhig sein.“ Účastnily se nejtvrdějších bojů, zejména na italské frontě. Souhrnně k nim Černý, Z. – Dostál, T.: *Bolest...*, s. 9–35.

⁴¹ Schiebel, J.: *Průběh vzniku...*

⁴² K jeho počátkům Matějček, L.: *Historie vzniku prvního chebského letiště*. In: *Sborník Krajského muzea Karlovarského kraje 2006*, Cheb: Krajské muzeum Karlovarského kraje, p. o., Muzeum Cheb, 2007, ISBN 978-

jeho materiálového vybavení, zejména zdejších letadel. Význam, který akci přikládalo vedení státu, dokládá i skutečnost, že jí velel setník J. Rošický, někdejší hlava ilegální vojenské organizace spolupracující s Mafií. Přesto, že byl příjezd konvoje dopředu hlášen z míst po cestě, nebyla z Chebské strany podniknuta žádná bezpečnostní opatření a ani cestou nedošlo k žádným střetnutím, přestože bylo nutno rozebírat několik barikád. Letiště bylo obsazeno bez boje, většina jeho posádky ho ostatně již dříve opustila, a po zajištění prostoru začaly práce na přípravě transportu zdejšího vybavení a materiálu do Prahy. Současně byl osvobozen i nedaleký zajatecký tábor.⁴³

V Chebu byl následně zvoněním zvonů vyhlášen poplach a u jednotky vzrostla obava z německé reakce. Kolem poledne hlídka u brány zastavila dva osobní automobily, jejichž posádky donutila vystoupit a dále pokračovat pod namířenými zbraněmi a s rukama nad hlavou. Ukázalo se, že jde o chebskou reprezentaci v čele s Dr. A. Bernardinem, který okamžitě proti takovému zacházení, které považoval za osobní urážku, protestoval u velitele setníka J. Rošického. Následně vznesl protest proti přítomnosti vojáků na území Deutschböhmen a proti zabavování majetku. Setník J. Rošický prohlásil, že hlídka postupovala podle rozkazu a ostatní protesty odmítl s tím, že se nachází na území československého státu, jehož jediným reprezentantem je československá vláda, přičemž majetek, kterého se ujímá, je československým majetkem. Ani jeden z nich však neměl zájem konflikt vyostřovat. Dr. A. Bernardin proto navrhl pokračovat v jednání ve městě, přičemž se zaručil za bezpečnost československé delegace. Setník J. Rošický návrh přijal, přičemž se obě strany dohodly na příměří po dobu jednání.⁴⁴

Jednání pokračovalo v budově okresního hejtmanství, kam setník J. Rošický dorazil okolo jedné hodiny v doprovodu skupiny námořníků. Za chebskou stranu se ho účastnila vedle Dr. A. Bernardina také část zástupců Deutschböhmen. Budova byla v krátké době obklopena davem Chebanů, kteří čekali na výsledky jednání. Obě strany se houževnatě držely svých postojů, přičemž se však snažily vyhnout konfrontaci a jednání tak bylo velmi zdlouhavé. Setník J. Rošický přijal protest proti obsazení letiště a přislíbil ho tlumočit vládě, ale považoval ho za bezpředmětný s tím, že otázka Deutschböhmen již byla rozhodnuta.

80-85018-58-5, ISSN 1802-5617, s. 119–134; kompletní dějiny letiště Matějčec, L.: Chebská křídla. Příběh historicky prvního letiště v českých zemích a nacistické letecké továrny, Cheb: Svět křídel, 2006, ISBN 80-200-1151-X.

⁴³ Výpravu sestávající se přibližně ze 120 mužů a 12 důstojníků tvořila letecká část pod vedením setníka K. Adamce, sestávající celkem z 11 pilotů a 15 až 30 mužů pozemního personálu. Doprovodná část se skládala z oddílu 50 námořníků por. Ing. A. Kittnara, kulometné roty se 4 kulomety, lékaře a řidičů. V Plzni získali část automobilů a doplnila je četa tamního slavného 35. pěší pluku (nelze vyloučit, že ji vedl setník Sýkora). Schiebel, J.: Průběh vzniku...; Hora, J.: Osvobození západních Čech. In: Hamelika. Vlastivědné materiály z Mariánskolázeňska 10, roč. 22, Mariánské Lázně: R. Švandrlík, 1998 (Původně zveřejněno v roce 1934 v Jubilejním sborníku Národní jednoty pošumavské) [online], poslední revize 19. 8. 2005 [cit. 2. 11. 2008]. URL: <<http://hamelika.webz.cz/h98-10.htm>>; Marek, J.: Piráti svobody. Čeští námořníci v letech 1918–1921, Cheb: Svět křídel, 2002, ISBN 80-85280-85-X, s. 46–47; Matějčec, L.: Výprava do Chebu aneb jak nové Československo získalo svoje první letadla. In: Sborník Krajského muzea Karlovarského kraje 2006, Cheb: Krajské muzeum Karlovarského kraje, p. o., Muzeum Cheb, 2007, ISBN 978-80-85018-58-5, ISSN 1802-5617, s. 137–138. K zajateckému táboru viz Černý, Z. – Dostál, T.: Bolest..., s. 43–44. Mnohé pravděpodobně osvětlují Rošického paměti (Rošický, J.: Rakouský orel padá. Jak byla naše revoluce doma připravena a 28. října 1918 provedena vojensky, Praha: M. Forejt, 1933, 261 s.), které však autor neměl k dispozici.

⁴⁴ Chebský tisk uvádí jako velitele českého oddílu v souvislosti se zadržením delegace na letišti setníka Sýkoru, což je v rozporu s oficiálními československými dokumenty. Pokud nejde o absolutní omyl, je možné, že setník Sýkora velel četě 35. pěšího pluku, která byla součástí expedice. EZ, 12. 11. 1918, s. 1; Schiebel, J.: Průběh vzniku...; Sturm, H.: Eger... 1, s. 355; Matějčec, L.: Výprava..., s. 138, 141.

Zdůraznil, že je v zájmu obyvatelstva, aby byl udržen klid a pořádek. Pohrozil, že případné napadení jeho delegace by vedlo k zásahu dohodových vojenských sil proti městu. Chebští zástupci ho ujistili, že k tomu nedojde, přičemž pořádek bude zajišťovat Volkswehr. Setník J. Rošický poté prohlásil, že vláda nemá v úmyslu podnikat násilné útoky na území Deutschböhmen, od obsazení Chebu bude prozatím upuštěno a dosavadní status quo bude zachován do doby rozhodnutí otázky příslušnosti Deutschböhmen mírovou konferencí, přičemž není vyloučeno, že některé jeho části nebudou nakonec přičleněny k československému státu. Po odjezdu jeho oddílu, ke kterému dojde v několika dnech, by měl ostrahu letiště převzít Volkswehr. Bylo také domluveno zásobování vojska potravinami. Kolem druhé hodiny jednání ukončila zpráva, že se za nádražím zřítíl letoun s českou posádkou. Přes tuto katastrofu odpoledne část ukořistěných letadel odletěla do Prahy.⁴⁵

Večer došlo ke zhoršení situace, když byly československé síly na letišti obklíčeny početnými oddíly chebského Volkswehru, kterému se však odmítly vzdát s tím, že „setrvají a stanovisko své budou dle potřeby hájiti do posledního dechu“. Němci se nakonec útoku neodvážili a spokojili se s obklíčením letiště silnými strážemi a občasnými slovními provokacemi. Noc však přesto proběhla klidně.⁴⁶

Následující den obsadili námořníci chebské nádraží. Oddíl bavorské pohraniční stráže (Grenzschutzkommando), který přišel Chebanům na pomoc, se bez boje stáhl za hranice. Během dne dorazila posila z Plzně, kterou přes zákaz Národního výboru poslal plzeňský posádkový velitel mjr. V. Mattuš.⁴⁷ Vojáci nechali sestavit vlak a celý den na něj nakládali materiál z letiště, odkud postupně odletěl zbytek letuschopných strojů. S plně naloženým vlakem a autokolonou opustili všichni vojáci i osvobození zajatci Cheb 13. listopadu a odjeli přes Plzeň do Prahy.⁴⁸

Tak skončil první český výpad na Chebsko, označený místním tiskem jako „první české tykadlo“.⁴⁹ Byl proti němu podán protest vládám Německé republiky v Berlíně, Bavorské republiky v Mnichově a vládě Deutschösterreich ve Vídni, které byly požádány o vojenskou pomoc.⁵⁰ Ta však nedorazila. Chebský tisk tvrdě kritizoval laxní a pasivní postoj místních úřadů vůči české „loupežné výpravě“, přičemž se mimo jiné podívoval nad trpěním svévole,

⁴⁵ V uvedených prohlášeních setníka J. Rošického je možno vidět určité vnitřní rozpory, které však jsou s největší pravděpodobností způsobeny povahou prameny, kterým jsou chebské noviny. Ve zříceném letounu Oeffag C.II zahynul pilot šikovatel V. Antoš, četař J. Francel byl těžce zraněn. Matějček, L.: Výprava..., s. 138–143; EZ, 12. 11. 1918, s. 1.

⁴⁶ Schiebel, J.: Průběh vzniku..., Marek, J.: Piráti..., s. 48.

⁴⁷ „Národní výbor si nepřeje, aby došlo ke krve prolití v Chebu a zapovídá vyslání tam vojska. Nařizuje, aby tam byl odeslán starší, německé řeči a místních poměrů znalý důstojník, který by měl hleděti smírně vyjednati uvolnění letiště a vojenského materiálu. Nepořídí-li necht' se vrátí a podá zprávu o výsledku svého poslání. Příjem této depeše budiž zítra písemně potvrzen.“ Mjr. V. Mattuš příkaz potvrdil s tím, „že odeslal do Chebu staršího kapitána ku vyjednávání a k ochraně jeho osoby, že dal mu doprovodem rotu pěchoty a půl roty k ochraně nádraží.“ Posilu tvořilo celkem asi 200 mužů, z toho snad 150 od 35. pěšího pluku, podle jiných od plzeňské národní gardy. Krátce po nich mělo dorazit 50 dobře vyzbrojených námořníků z Prahy. Schiebel, J.: Průběh vzniku...

⁴⁸ Získaný materiál významnou měrou přispěl k vybudování československého letectva. Sturm, H.: Eger... 1, s. 356; Marek, J.: Piráti..., s. 48–49; Matějček, L.: Výprava..., s. 143–145.

⁴⁹ „Der erste tschechische Fühler“. EZ, 12. 11. 1918, s. 1.

⁵⁰ EZ, 22. 11. 1918, s. 3; Peroutka, F.: Budování... I, s. 232.

keré bylo v příkrém protikladu s „velkými slovy“ pronesenými 26. října na chebském náměstí.⁵¹

Chebským politikům bylo jasné, že dalším cílem československého vojska se velmi rychle stane samotný Cheb. Jejich očekávání mělo být v brzké době naplněno. Zatím však prováděly kroky směrem k obranému zajištění oblasti. Na chebském nádraží tak byl zadržen český dělostřelecký pluk, který odjížděl ze západní fronty, a v Chebu překládal svůj materiál z bavorský vagónů. Veškerá výzbroj a výstroj byla vojákům odňata. Ve městě bylo také údajně zřizováno veliké muniční skladiště, do kterého byly sváženy velké zásoby munice.⁵²

Dne 14. listopadu bylo zahájeno první zasedání Národního shromáždění a potvrzena první česká vláda, tedy rozhodující činitel, od kterého mohly mimopražské oblasti očekávat směrodatné a závazné pokyny a rozhodnutí. Současně nabývaly pevnější obrysy administrativa i vojenská organizace. Z Prahy bylo podle pamětníků „vydáno heslo, aby německý odboj byl potlačen sice energicky, ale bez používání příkrých prostředků, které by byly mohly mít v zápětí branný odpor odbojníků nebo prolévání krve.“⁵³

První pokus byl uskutečněn s cílem ovládnout spojení na západ k dohodovým mocnostem. Z Plzně vyrazil po železnici směrem na Cheb oddíl náhradního praporu 35. pěšího pluku vedený pplk. V. Slezáčkem. Obsadil 19. listopadu Mariánské Lázně, ale pro odpor místních orgánů, který hrozil přerůst ve větší střetnutí, se na základě vládního příkazu stáhl do Stříbra.⁵⁴

K obsazování západočeského pohraničí přikročil nově zřízený vojenský inspektorát v Plzni počátkem prosince.⁵⁵ Hlavní použitou silou byl 35. pěší pluk, jehož osu postupu tvořily železniční tratě. Ve směru na Cheb obsadily jeho jednotky 7. prosince Bečov a 8. prosince Mariánské Lázně.⁵⁶ Následující den, 9. prosince, odsud npor. J. Hora, pobočník pplk. V. Slezáčka, telefonicky kontaktoval chebské městské představitele s tím, že má rozkaz Cheb bezpodmínečně obsadit, přičemž v případě potřeby bude užita síla. Dr. A. Bernardin ho v rozhovoru upozornil mimo jiné na nesouhlas chebské městské rady a odmítl nést

⁵¹ „... Dieses Dulden des tschechischen Uebermutes ... steht allzusehr im Gegensatz zu den großen Worten auf dem Egerer Marktplatz“. EZ, 13. 11. 1918. S celkovou deziluzí koresponduje i tvrzení J. Řehky, že se koncem listopadu sedláci v jihozápadně od Chebu ležícím Pomezí usnesli na odtržení obce od Čech i od Chebska a o připojení k Bavorsku. Řehka, J.: Vznik..., s. 21.

⁵² Národní shromáždění československé 1918-1920. Stenoprotokoly. 6. schůze. Středa 27. 11 1918. Digitální knihovna. [online], poslední revize neuvevena [cit. 2. 11. 2008]. URL: <<http://www.psp.cz/eknih/1918ns/ps/stenprot/006schuz/s006009.htm>>; Řehka, J.: Vznik..., s. 19.

⁵³ Schiebel, J.: Průběh vzniku...

⁵⁴ Vlakem přepravovaná výprava byla tvořena dvěma setninami 35. pěšího pluku (cca 225 mužů i s kulomety), které doprovázely členy plzeňského Národního výboru Dr. Vrabce a insp. Haladu a plzeňského policejního ředitele Dr. Kráčmeru. V Mariánských Lázních byla zabavena zásilka sto pušek se střelivem pro mariánskolázeňský Volkswehr, vypravená z nádraží v Chebu. Schiebel, J.: Průběh vzniku...; Hora, J.: Osvobození...; Bílek, J. et al: Vojenské dějiny..., s. 32.

⁵⁵ Schiebel, J.: Průběh vzniku...; Hora, J.: Osvobození...; Bílek, J. et al: Vojenské dějiny..., s. 29–36.

⁵⁶ Expediční síly tvořila rota 35. pěšího pluku s kulomety a dvěma děly, zesílená oddílem (setninou?) opěšalých příslušníků 14. dragounského pluku z Klatov a oddílem z Berouna (setnina 88. pěšího pluku?). Podle některých pramenů se jednalo o 120 mužů první vlny, za kterými postupovalo dalších 516 mužů. Schiebel, J.: Průběh vzniku...; Hora, J.: Osvobození...; Bílek, J. et al: Vojenské dějiny..., s. 33; Řehka, J.: Vznik..., s. 15.

odpovědnost za vše, co by se při případném obsazení města mohlo stát. Požádal také o osobní schůzku, se kterou byl po počátečním váhání vysloven souhlas.⁵⁷

Situace byla napjatá, na obou stranách byly shromážděny na dobové a místní poměry relativně velké vojenské síly. Podle československých informací se do Chebu stáhl Volkswehr ze severozápadních Čech v počtu asi 2000 dobře vyzbrojených mužů. Naopak pplk. V. Slezáček shromáždil v Karlových Varech pro obsazení Chebu postupně celý prapor 35. pěšího pluku s kulomety a dvěma děly.⁵⁸

K setkání došlo odpoledne 10. prosince na okresním hejtmanství v Mariánských Lázních, přičemž vedle Dr. A. Bernardina se ho zúčastnil poslanec K. Friedrich v doprovodu obecního pokladníka Heckela a jako vojenského poradce setníka Watzka. Přes jejich přesvědčování, že v Chebu je klid a vojenský zásah není nutný, jim pplk. V. Slezáček oznámil, že v nejbližších dnech dojde na základě přímého rozkazu československé vlády k obsazení města a převzetí všech zdejších úřadů. Chebští protestovali s tím, že československá vláda k tomu není oprávněna a že takové kroky jsou v rozporu s Wilsonovými prohlášeními o právu na sebeurčení a odvolávali se na historická práva Chebska. Prohlašovali, že požádají o ochranu americké armády. Podplukovník přislíbil jejich stanovisko tlumočit nadřízeným, přičemž údajně vyjádřil naději, že rozkaz bude odvolán. Současně však upozornil na nutnost obsazení oblasti vzhledem k hrozbě rozmáhajícího se bolševismu, přičemž pohrozil, že v případě jakéhokoliv odporu nechá město dělostřelecky ostřelovat.⁵⁹

V tentýž den se v chebském městském divadle sešlo lidové shromáždění (Volkstag), které Dr. A. Bernardin zahájil slovy: „V těchto nebezpečných časech chceme, aby naše vlast zůstala německá. Nechceme být vřazeni do Československé republiky, požadujeme připojení k velkému Německu, neboť naše požadavky jsou v souladu s prohlášením presidenta Wilsona o právu na sebeurčení.“⁶⁰ Toto prohlášení vycházelo ze změny původní koncepce. Připojení k Deutschösterreich bylo opuštěno ve prospěch připojení k Německu, které se však od 9. listopadu zmítalo v sérii převratů, vedoucích ke zmatkům a anarchii. Jednání zástupců Deutschböhmen v Sasku se setkala s nepochopením, přesto byla nadále pěstována iluze o nastávajícím spojení všech Němců. Ostatně již k rozhodnutí německo-rakouského Národního shromáždění z 12. listopadu o připojení Deutschösterreich k Německu se německé orgány postavily velmi rezervovaně.⁶¹

Následující dny byly v Chebu ve znamení jednání o dalším postupu, odehrávajícím se úrovních městské rady, pléna okresního národního výboru a obecního výboru. Chebským zástupcům pak byl doručen telegram od ministra národní obrany V. Klofáče, který je zval k dalšímu jednání.⁶² K němu došlo pravděpodobně 14. prosince v Karlových Varech,

⁵⁷ Chebské noviny a z nich čerpající autoři uvádějí jako telefonujícího pravděpodobně chybně „npor.“ V. Slezáčka, který v té době již byl pplk. Podle Horových pamětí měl být telefonujícím právě Hora. EZ, 13. 12. 1918, s. 3; Hora, J.: Osvobození...; Sturm, H.: Eger... 1, s. 356; Řehka, J.: Vznik..., s. 21. K hodnosti a profesnímu postupu V. Slezáčka viz Fidler, J. – Sluka, V.: Encyklopedie branné moci Republiky československé 1920 – 1938, Praha: Libri a. s., 2006, ISBN 80-7277-256-2, s. 582–583.

⁵⁸ Hora, J.: Osvobození...

⁵⁹ EZ, 14. 12. 1918, s. 3; Řehka, J.: Vznik..., s. 21.

⁶⁰ EZ, 10. 12. 1918, s. 2.

⁶¹ Peroutka, F.: Budování... I, s. 232–233.

⁶² Sturm, H.: Eger... 1, s. 357; Řehka, J.: Vznik..., s. 22.

obsazených před dvěma dny. Účastnili se ho zástupci ministerstva vnitra, národní obrany, železnic a financí. Z Chebu přijela delegace v obdobném složení jako na předchozí jednání. Její počáteční odpor vůči uplatňování československé moci a odhodlání k obraně byl zlomen nekompromisním jednáním pplk. V. Slezáčka, v jehož důsledku se došlo ke smírnému řešení. Zástupci Němců se nakonec podrobily navrhovaným 15 bodům a prohlásili, že se podrobují československému státu, rozpustí Volkswehr, vydají zbraně i všechn erární majetek. Chebu pak bylo přislíbáno zásobování potravinami a zaručeno, že nebudou odvezeny předměty historické a umělecké hodnoty.⁶³

Chebský tisk komentoval situaci prorockými slovy: „nad Chebem se zatahují mraky, přichází katastrofa pro právo na sebeurčení.“⁶⁴ Přestože pozornost zdejších obyvatel byla upřena k Mariánským Lázním, přišlo rozhodnutí odjinud. Nejistota skončila 16. prosince, kdy ve 12:45 hod. chebské nádraží obsadilo kolem 500 československých vojáků se dvěma těžkými kulomety, kteří dorazili z Karlových Varů přes Falknov nad Ohří. Od nádraží vyrazili pod rozvinutými prapory po Nádražní ulici směrem ke kasárnám, která obsadili bez boje i jiných incidentů. Obyvatelstvo bylo prostřednictvím tisku 18. prosince vyzváno ke klidu a pořádku.⁶⁵

Druhý den byly obsazeny Františkovy Lázně, stejný postup jako vůči Chebu zvolil pplk. V. Slezáček i vůči Aši, jejíž starosta na předložené podmínky také přistoupil. Město bylo obsazeno 22. prosince okolo poledního, o dva dny později československé jednotky dorazily i do nejzápadnějšího města republiky – do Hranic. Moc centrálních státních orgánů v Praze tak dosáhla i nejzápadnějších okrajů státu.⁶⁶

Současně také došlo k převzetí okresního hejtmanství, jehož správcem se stal nejpozději 18. prosince místodržitelství rada J. Dudek, kterého posléze 30. března 1919 nahradil JUDr. B. Hejda. Přestože byl 13. dubna 1919 vykonán slib věrnosti Československé republice v souladu s vládním nařízením č. 154/1919 Sb. z. a n. všemi zaměstnanci chebského okresního hejtmanství, byla zde situace československé správy velmi složitá nejen z důvodů národnostních a státoprávních, ale i vzhledem ke špatnému materiálnímu a finančnímu zabezpečení.⁶⁷ Její postupná konsolidace na úrovni okresu trvala až do roku 1921.⁶⁸

⁶³ Slezáčkův pobočník npor. J. Hora datuje jednání pravděpodobně chybně 11. prosince. Z české strany se jednání mj. účastnili mjr. generálního štábu Kalhous, okresní hejtman Malkovský, sekční rada ministerstva železnic Dr. Lanka, hlavní inspektor ministerstva pošt a telegrafů Čistek a rada Dudek. Odmítnut byl požadavek vojáků na převzetí nádraží a zajištění přítomného materiálu, a to překvapivě ze strany zástupce československého ministerstva železnic. Důvodem byla skutečnost, že se jednalo o majetek říšských (německých) drah. Hora, J.: *Osvobození...*; Sturm, H.: *Eger... 1*, s. 357–358; Řehka, J.: *Vznik...*, s. 22–23.

⁶⁴ EZ, 10. 12. 1918, s. 1.

⁶⁵ V Chebském prostoru bylo zabaveno více než 3000 pušek, 500 karabin, 50 kulometů a dvě houfnicové baterie, což pomohlo k vyzbrojení československého vojska, které bylo posíláno na Slovensko. EZ, 18. 12. 1918, s. 2; Hora, J.: *Osvobození...*; Sturm, H.: *Eger... 1*, s. 358; Bílek, J. et al: *Vojenské dějiny...*, s. 33; Řehka, J.: *Vznik...*, s. 23. Pro zajímavost lze uvést Schiebelovu informaci, podle které se karlovarská obecní správa telegraficky obrátila na presidenta W. Wilsona se žádostí, aby Karlovy Vary vzhledem ke svému mezinárodnímu významu byly prohlášeny za samostatnou republiku pod poručenstvím USA. Schiebel, J.: *Průběh vzniku...*

⁶⁶ Řehka, J.: *Vznik...*, s. 23–24.

⁶⁷ Viz prezidiální spisy okresního úřadu Cheb, cit. in: Fidler, V.: *Prosazení...*, s. 16, 21. Text slibu stanovil zák. č. 74/1919 Sb. z. a n., o přejímání státních úředníkův a zřízců, jakož i úředníkův a zřízců státních podnikův a fondův.

⁶⁸ Zejména je nutno vyzdvihnout úsilí zmíněného přednosta okresní správy politické JUDr. B. Hejdy. K tomu blíže Fidler, V.: *Prosazení...*, s. 18–62.

Smírnému obsazení Chebska napomohla řada okolností. Postavení separatistických provincií bylo od samého počátku neudržitelné a to zejména díky jejich geografické roztržitosti, potravinové nesoběstačnosti, ale také díky nechuti nových rakouských i německých politických orgánů podporovat jinak než slovně jejich existenci. Musíme si také uvědomit také řadu místních komplikací. Krize separatistického hnutí měla řadu objektivních i subjektivních příčin mezi které patřily obecně rozšířené protiválečné nálady, zoufalá hospodářská situace, rostoucí nezaměstnanost, bída a hlad. Svou roli sehrál také strach z bolševizace a z anarchie, která se rozmáhala v Rakousku i Německu, oproti kterým bylo Československo takřka oázou klidu a pořádku.⁶⁹

Situace v obsazeném Chebu nebyla jednoduchá. Nemnoho Čechů se v převážně nepřátelsky naladěném německém moři takřka ztrácelo. Vždyť zde v roce 1910 tvořil jejich podíl na obyvatelstvu pouhých 0,52 %!⁷⁰ V této situaci byl citelný nedostatek českého personálu pro zdejší úřady. Přes tlak vyvíjený ústředními orgány na změnu byla absolutní většina nižších i vyšších úředníků německé národnosti.⁷¹

Proti vojenskému obsazení separatistických provincií protestovala nejen prozatímní vláda Deutschböhmen, ale i vláda rakouská. Opakovaně přitom požadovali provést na těchto územích plebiscit. V protestní nótě prezidentu W. Wilsonovi prohlašovali, „připomínajíce právo na sebeurčení“, že „se považují za součást svobodné Německé republiky“, žádali ochranu německé menšiny a zamezení možnému násilí proti ní. Upozorňovali přitom, že československý stát zamýšlí začlenit Němce do svého území bez ohledu na rozhodnutí mírové konference.⁷²

Československé orgány zdůvodňovaly obsazení pohraničí tím, že jako orgány vítězného státu mají dle dohody o příměří s Rakousko-Uherskem právo již před uzavřením mírových smluv obsadit svá uznaně nárokováná území, pokud si to vyžaduje udržení pořádku či vedení nutných vojenských operací. K. Kramář v souvislosti s obdobnou situací na Slovensku prohlásil 15. listopadu v Národním shromáždění: „naše republika byla uznána dohodou jako spojenecká moc a ... náš ministr dr. Beneš se účastní jako řádný člen vojenské rady spojených mocností ve Versailles. Následkem toho máme právo dle 3. článku uzavřeného příměří obsadit všechna místa požadovaná jako důležitá k udržení pořádku. Není naším úmyslem, obsadit násilím jakékoliv území zbraní, poněvadž ... očekáváme konečné rozhodnutí mírové konference.“⁷³ Československá armáda byla spojeneckou armádou, podléhající vrchnímu veliteli maršálu F. Fochovi. Mohla se proto legálně podílet na plnění podmínek příměří, které zahrnovaly právo obsadit strategické pozice na rakousko-uherském území.⁷⁴

⁶⁹ Viz např. Peroutka, F.: Budování... I, s. 155–156, 211–214, 234.

⁷⁰ Z 25 457 obyvatel města bylo 133 české národnosti. Ani za republiky se situace příliš nezměnila, před Mnichovskou dohodou nepřekročili Češi žijící v Chebu 11,2 % a to včetně ozbrojených sborů. Boháč, J.: Cheb – město. Historicko-turistický průvodce, Domažlice: Nakladatelství Českého Lesa, 1999, ISBN 80-86125-08-4, s. 82.

⁷¹ Ostatně tomu tak bylo i po celé další období až do podstoupení oblasti na základě Mnichovské dohody.

⁷² Klimko, J.: Politické..., s. 42; Kalvoda, J.: Genese..., s. 401-402.

⁷³ Národní shromáždění československé 1918-1920. Stenoprotokoly. 2. schůze. Pátek 15. 11 1918. Digitální knihovna. [online], poslední revize neuvedena [cit. 3. 11. 2008]. URL: <<http://www.psp.cz/eknih/1918ns/ps/stenprot/002schuz/s002003.htm>>.

⁷⁴ Smlouva o příměří s Rakousko-Uherskem mimo jiné určovala, že „armády spojeneckých mocností obsadí taková strategická území v Rakousko-Uhersku tehdy, kdy uznají za nutné k tomu, aby mohly řídit vojenské operace nebo udržovat klid.“ Kalvoda, J.: Genese..., s. 411, s. 538, pozn. č. 44.

S československým postupem vyslovila 21. prosince souhlas francouzská vláda s tím, že „československý stát považuje za své hranice, alespoň do rozhodnutí mírové konference, hranice historických zemí Čech, Moravy a rakouského Slezska“ K tomuto stanovisku se 7. ledna 1919 připojili Britové a Italové, o den později také Američané, kteří však požadovali konečné podřízení se rozhodnutí mírové konference.⁷⁵

Část německého obyvatelstva dávala opakovaně nesouhlas s československou přítomností. Chebským tiskem byla odsuzována jak hospodářská spolupráce s Čechy,⁷⁶ tak i ženy, které byly viděny ve společnosti českých vojáků.⁷⁷ Protičeské provokace se objevovaly i v tisku, což vedlo nejen k cenzurním zásahům.⁷⁸ Docházelo však někdy také i k přehnaně radikálním vystoupením vojska. Dne 4. března během generální stávky vyhlášené německou sociální demokracií došlo v Chebu, stejně jako v jiných městech s německým obyvatelstvem, k protičeským výstupům včetně útoků na československé vojenské jednotky. Jejich převážně nezkušení vojáci v řadě případů nezvládli situaci a došlo i ke střelbě. V Chebu v důsledku těchto akcí zahynuli tři lidé, další byli zraněni. Ve snaze zabránit eskalaci situace vydal 13. března okresní hejtmanství příkaz k odevzdání všech zbraní do 48 hodin. Za splnění sliboval amnestii, v opačném případě hrozil přísnými tresty.⁷⁹

Obsazením Chebu a vojenskou likvidací separatistických provincií československým vojskem v průběhu druhé poloviny prosince 1918 ještě nebyly ztraceny všechny naděje nacionalistů. Hovořilo se o tom, že se v Římě uvažuje o zřízení biskupství pro Deutschböhmen, jehož sídlem se měl stát právě Cheb.⁸⁰ Pozornost se pak upírala k probíhající mírové konferenci v Paříži.⁸¹ Že naděje nebyly zcela liché, dokládá skutečnost, že československá reprezentace uvažovala o výměně části území s Německem, přičemž ve všech zvažovaných variantách se počítalo s odstoupením Chebska nebo jeho velké části.⁸² Veškeré naděje Chebanů však skončily oznámením rozhodnutí z pařížské konference: „Deutschböhmen přiřknuto českému státu.“⁸³ To bylo akceptováno i Německem, které uznalo Československo v historických hranicích existujících mezi Německem a Rakousko-Uherskem k 3. srpnu 1914. Chebsko se tak spolu s ostatními separatistickými oblastmi stalo definitivně součástí Československa.⁸⁴

⁷⁵ Klimko, J.: *Politické...*, s. 42–43; Peroutka, F.: *Budování... I*, s. 237; Kalvoda, J.: *Genese...*, s. 402; Klimek, A.: *Velké dějiny...*, s. 34–35.

⁷⁶ EZ, 16. 3. 1919, s. 10.

⁷⁷ EZ, 19. 3. 1919, s. 3.

⁷⁸ Viz např. EZ, 16. 3. 1919, s. 1–2.

⁷⁹ EZ, 14. 3. 1919, s. 3; Sturm, H.: *Eger... 1*, s. 360; Řehka, J.: *Vznik...*, s. 27–28.

⁸⁰ EZ, 25. 2. 1919, s. 2.

⁸¹ Z bohaté literatury ke konferenci viz např. César, J. – Černý, B.: *Politika...*, zvl. s. 159–186; Klimek, A.: *Jak se dělal mír roku 1919. Československo na konferenci ve Versailles. Slovo k historii*, Praha: Melantrich, 1989, passim; Peroutka, F.: *Budování státu II. 1919*, Praha: Lidové Noviny, 1991, ISBN 80-7106-040-2, 80-7106-037-2, passim; Kalvoda, J.: *Genese Československa*, Praha: Panevropa, 1998, s. 400–426; MacMilanová, M.: *Mírotvůrci. Pařížská mírová konference 1919*, Praha: Academia, 2004, passim.

⁸² Obdobné úvahy se ostatně objevovaly i později, v letech 1938 až 1945. EZ, 21. 3. 1919, s. 1; Brandes, D.: *Opožděná česká alternativa k „mnichovskému diktátu“*. In: *Dějiny a současnost 2*, Praha: Lidové Noviny, 1993, ISSN 0418-5129, s. 29–36.

⁸³ EZ, 20. 3. 1919, s. 3.

⁸⁴ Viz zejména čl. 27 mírové smlouvy uzavřené vítěznými mocnostmi s Německem ve Versailles 28. června 1919, publikované pod č. 217/1921 Sb. z. a n. Blíže např. Peroutka, F.: *Budování... II*, zvl. s. 702–715 nebo

Řada Chebanů se však s touto situací nesmířila. Zejména v roce 1920 došlo na Chebsku k demonstracím v souvislosti s armádními odvody podle nového branného zákona, které přerostly ve srážky s ozbrojenou mocí.⁸⁵ R. Lodgmann von Auen například 1. června protestoval jménem německých poslanců československého parlamentu proti ústavě přijaté koncem února, jež byla podle něj Němcům žijícím v historických zemích vnucena Ústavodárným shromážděním, se kterým nemají nic společného.⁸⁶ V listopadu téhož roku pak došlo v Chebu ke známým sporům o pomník císaře Josefa II.⁸⁷ Ještě v roce 1922 vznesli chebští zástupci požadavek na sebeurčení na půdě Společnosti národů. Ve 20. a zvláště ve 30. letech se pak na Chebsku, stejně jako v ostatních pohraničních oblastech, nacionalistické vášně postupně vyhrotily, což nakonec vedlo po zneužití z německé strany k dočasnému odtržení pohraničí na základě Mnichovské dohody a v konečném důsledku k poválečnému odsunu převážné většiny obyvatelstva německé národnosti do Německa.

Literatura:

- Bílek, J. et al: Vojenské dějiny Československa III. Díl. 1918–1939, Praha: Naše vojsko, 1987, 584 s.
- Boháč, J.: Cheb – město. Historicko-turistický průvodce, Domažlice: Nakladatelství Českého Lesa, 1999, 240 s., ISBN 80-86125-08-4.
- Brandes, D.: Opožděná česká alternativa k „mnichovskému diktátu“. In: Dějiny a současnost 2, Praha: Lidové Noviny, 1993, ISSN 0418-5129, s. 29–36.
- Cajthaml, F.: Sláva a pád „Provincie Deutschböhmen“. Příspěvek k dějinám československé revoluce a německé „protirevoluce“ na českém severu, Ústí nad Labem: O. J. Bukač, 1924, 102 s.
- César, J. – Černý, B.: Od sudetoněmeckého separatismu k plánům odvety, Liberec: Severočeské krajské nakladatelství, 1960.
- César, J. – Černý, B.: Politika německých buržoazních stran v Československu v letech 1918–1938. Díl 1. (1918–1929), Praha: Nakladatelství ČSAV, 1962, 512 s.
- Čelakovský, J.: Cheb. In: Ottův slovník naučný XII. díl, Praha: J. Otto, 1897, s. 103–111

Kadlec, Č. M.: Hry o hranice, b. m.: Č. M. Kadlec, 2001, zvl. s. 51–56. Ostatně již 27. února 1919 se komise pro československé záležitosti shodla, že „politické hranice Čech a Moravy z roku 1914 budou v zásadě akceptovány jako hranice československé republiky, jež budou podléhat takovým malým úpravám, připojením nebo odebráním území, pokud to bude na základě dalšího zkoumání jednotlivých bodů shledáno potřebným.“ Kalvoda, J.: Genese..., s. 418.

⁸⁵ Bílek, J. et al: Vojenské dějiny..., s. 132; Řehka, J.: Vznik..., s. 29.

⁸⁶ Kalvoda, J.: Genese..., s. 418.

⁸⁷ Pomník stál v horní části náměstí dnešního náměstí krále Jiřího z Poděbrad od roku 1887. V noci 14. listopadu 1920 strhli čeští vojáci z podstavce sochu, ale Chebané ji postavili zpět a v odvetu vyplenili českou školu. Nepokoje se poté rozrostly a v jejich rámci bylo mimo jiné zabráno v Praze 16. listopadu německé Stavovské divadlo. Socha byla nakonec 11. května 1923 odstraněna, ale spor o podstavec se táhl do roku 1925, kdy o něm musel rozhodnout nejvyšší správní soud. Řehka, J.: Vznik..., s. 30–32; Boháč, J.: Cheb – město..., s. 51.

- Čelakovský, J.: Chebsko. In: Ottův slovník naučný XII. díl, Praha: J. Otto, 1897, s. 111–122.
- Černý, Z. – Dostál, T.: Bolest v kameni – Schmerz in Stein, Cheb: Krajské muzeum Karlovarského kraje, p. o., 2007, 554 s., ISBN 978-80-85018-60-8.
- Egerer Zeitung, Eger: Georg Gschihay, 1918 – 1919.
- Faltys, A.: Vznik Československého státu a Chebsko. Poznámky ke vzniku a vývoji Deutschböhmen. In: Minulostí Západočeského kraje VI, Plzeň: Krajské nakladatelství, 1968, s. 39–47.
- Fidler, J. – Sluka, V.: Encyklopedie branné moci Republiky československé 1920 – 1938, Praha: Libri a. s., 2006, 767 s., ISBN 80-7277-256-2.
- Fidler, V.: Prosazení československé státní moci v Chebu po vzniku ČSR. Rukopis diplomové práce. Fakulta právnická. Západočeská univerzita v Plzni. Katedra právních dějin. Plzeň 2004, 68 s.
- Galandauer, J., Vznik Československé republiky 1918. Programy, projekty, perspektivy, Praha: Svoboda, 1988.
- Glassl, H.: Das Egerland zwischen den beiden Weltkriegen. In: Schreiner, L.: Heimatkreis Eger. Geschichte einer deutschen Landschaft in Dokumentationen und Erinnerungen, Amber: Egerer Landtag e. V., Heimatverband für Eger Stadt und Land, 1981, s. 123–142.
- Gradl, H.: ed., Die Privilegien der Stadt Eger, Eger 1879.
- Gradl, H.: Geschichte des Egerlandes bis 1437, Prag: Verlag von H. Dominicus, 1893, 433 s.
- Hora, J.: Osvobození západních Čech. In: Hamelika. Vlastivědné materiály z Mariánskolázeňska 10, roč. 22, Mariánské Lázně: R. Švandrlík, 1998 [online], poslední revize 19. 8. 2005 [cit. 2. 11. 2008]. URL: <<http://hamelika.webz.cz/h98-10.htm>> (Původně zveřejněno v roce 1934 v Jubilejním sborníku Národní jednoty pošumavské).
- Horák, O.: Vznik Československa a recepce práva. K právní povaze a významu zákona č. 11/1918 Sb. z. a n. s přihlédnutím k otázce recepce právního řádu. In: Právněhistorické studie 38, Praha: Nakladatelství Karolinum, 2007, ISBN 978-80-246-1426-7, s. 153–169.
- Kadlec, Č. M.: Hry o hranice, b. m.: Č. M. Kadlec, 2001, 270 s., ISBN 80-238-8582-0.
- Kalvoda, J.: Genese Československa, Praha: Panevropa, 1998, 607 s., ISBN 80-85846-09-8.
- Kárník, Z.: České země v éře První republiky (1918–1938). Díl první. Vznik, budování a zlatá léta republiky (1918–1929), Praha: Libri, 2003, 576 s., ISBN 80-7277-195-7.

- Klimek, A.: Jak se dělal mír roku 1919. Československo na konferenci ve Versailles. Slovo k historii, Praha: Melantrich, 1989, 40 s.
- Klimek, A.: Velké dějiny zemí Koruny české. Svazek XIII. 1918–1929, Praha – Litomyšl: Paseka, 2000, 822 s., ISBN 80-1785-328-3.
- Klimko, J.: Politické a právní dejiny hraníc predmníchovskej republiky (1918–1938), Bratislava: Veda, 1986, 180 s.
- MacMilanová, M.: Mírotvůrci. Pařížská mírová konference 1919, Praha: Academia, 2004, 552 s., ISBN 80-200-1151-X.
- Marek, J.: Piráti svobody. Čeští námořníci v letech 1918–1921, Cheb: Svět křídel, 2002, 230 s., ISBN 80-85280-85-X.
- Matějčíček, L.: Chebská křídla. Příběh historicky prvního letiště v českých zemích a nacistické letecké továrny, Cheb: Svět křídel, 2006, 307 s., ISBN 80-86808-27-0.
- Matějčíček, L.: Historie vzniku prvního chebského letiště. In: Sborník Krajského muzea Karlovarského kraje 2006, Cheb: Krajské muzeum Karlovarského kraje, p. o., Muzeum Cheb, 2007, ISBN 978-80-85018-58-5, ISSN 1802-5617, s. 119–134.
- Matějčíček, L.: Výprava do Chebu aneb jak nové Československo získalo svoje první letadla. In: Sborník Krajského muzea Karlovarského kraje 2006, Cheb: Krajské muzeum Karlovarského kraje, p. o., Muzeum Cheb, 2007, ISBN 978-80-85018-58-5, ISSN 1802-5617, s. 135–147.
- Peroutka, F.: Budování státu I. 1918–1919, Praha: Lidové Noviny, 1991, 442 s., ISBN 80-7106-040-2, 80-7106-036-4.
- Peroutka, F.: Budování státu II. 1918, Praha: Lidové Noviny, 1991, 438 s., ISBN 80-7106-040-2, 80-7106-037-2.
- Řehka, J.: Vznik Československa a Chebsko, Cheb: Historicko-dokumentační komise Českého svazu bojovníků za svobodu v Chebu, 1999, 35 s.
- Seibt, F.: Německo a Češi. Dějiny jednoho sousedství uprostřed Evropy, Praha: Academia, 1996, 464 s., ISBN 80-200-0577-3.
- Siegl, K.: Die staatsrechtliche Stellung des Egerlandes, Eger 1919.
- Schelle, K.: Organizace československého státu v meziválečném období 1918–1938, Praha: Eurolex Bohemia a. s., 2006, 470 s., ISBN 80-86861-92-9.
- Schiebel, J.: Průběh vzniku Československa v roce 1918 v Plzni. In: Hamelika. Vlastivědné materiály z Mariánskolázeňska 10, roč. 22, Mariánské Lázně: R. Švandrlík, 1998 [online], poslední revize 19. 8. 2005 [cit. 2. 11. 2008]. URL: <<http://hamelika.webz.cz/h98-10.htm>> (Původně zveřejněno pod názvem Vojenský převrat v Plzni. In: Plzeňsko 5–6, Plzeň 1928).

- Sturm, H.: Eger. Geschichte einer Reichsstadt. Band 1, Geislingen – Steige: Egerland Verlag, 1960, 448 s.
- Sturm, H.: Districtus Egranus. Eine ursprünglich bayerische Region, München: Kommission für bayerische Landesgeschichte, 1981, 324 s.
- Šetřilová, J.: Alois Rašín. Dramatický život českého politika, Praha: ARGO, 1997, 174 s., ISBN 80-7203-061-2.
- Urban, M.: Die staatsrechtliche Stellung Egers zu Böhmen. In: Mitteilungen des Vereines für Geschichte der Deutschen in Böhmen 54, Prag: Verein für Geschichte der Deutschen in Böhmen, 1916, s. 345–357.
- Vojáček, L. – Schelle, K. – Knoll, V.: České právní dějiny, Plzeň: Vydavatelství a nakladatelství Aleš Čeněk, s.r.o., 2008, 684 s., ISBN 978-80-7380-127-4.
- Wanie, P.: Die staatsrechtliche Stellung Egers seit der endgültigen Verpfändung an Böhmen (1322) bis zur Erwerbung des Königreichs durch die Habsburger (1526). In: Jahresbericht des k.k. Staats-Ober-Gymnasiums in Teplitz/Schönau 1913/1914, Teplitz Schönau: k.k. Staats-Ober-Gymnasiums in Teplitz/Schönau, 1914, s. 3–16.

Kontaktní údaje na autora – email:

vk nol@kpd.zcu.cz

ÜBERLEITUNG UNGARISCHEN RECHTS IM ÖSTERREICHISCHEN BURGENLAND NACH 1921

CHRISTIAN NESCHWARA

Faculty of Law, University of Vienna, Austria

Abstract in original language

Aufgrund der Verträge mit den Alliierten in Paris erfolgte 1921 die Eingliederung des deutschen Siedlungsgebietes von Westungarn in den Staatsverband der Republik Österreich. Die Einrichtung dieses als „Burgenland“ bezeichneten Gebietes als österreichisches Bundesland wurde begleitet von einem umfassenden Rechtsangleichungsprozess, der zur Überleitung der gesamten österreichischen Rechtsordnung führte. Für die meisten Bereiche der Rechtsordnung war dieser Vorgang im wesentlichen im Verlauf des Jahres 1923 abgeschlossen; es gab allerdings zwei Ausnahmen: das Eherecht und die Grundbuchsordnung.

Key words in original language

Rechts-Überleitung, Eherecht, Grundbuchsordnung.

Abstract

As a result of the treaties with the Allies at Paris the incorporation of the german-speaking areas of western Hungary in the territory of the Republic of Austria took place in 1921. The organization of this “Burgenland” named land as a part of the Austrian Confederation was accompanied by an overall process of transformation of the complete legal order of Austria. For the most parts of the legal order this proceeding was closed within the course of the year 1923; there were only two exceptions of this rule: the law of marriage and the law of land register.

Key words

Legal transfer, law of marriage, law of land register.

1. EINGLIEDERUNG DES BURGENLANDES IN DIE REPUBLIK ÖSTERREICH 1918–1921¹

Mit Deklaration der Provisorischen Nationalversammlung für Deutschösterreich vom 22. November 1918² wurde – wegen der nationalen Zugehörigkeit der betreffenden Bevölkerung zu jener in Deutschösterreich – die Autonomie für den deutschsprachigen Anteil der westungarischen Komitate Preßburg (Pozsony), Wieselburg (Moson), Ödenburg (Sopron) und Eisenburg (Vas) gefordert, um im Wege der Selbstbestimmung eine Angliederung dieses Gebietes an die Republik Deutschösterreich anzubahnen. Auf Grundlage der Verträge von St. Germain 1919³ und Trianon 1920 sollte dies realisiert werden. Nach der Besetzung Preßburgs durch die Tschechoslowakische Republik wurde das Gebiet der drei übrigen westungarischen Komitate unter dem Namen Burgenland als gleichberechtigtes Land in den österreichischen Bundesstaat aufgenommen. Ein besonderes Bundesverfassungsgesetz regelte bereits gegen Ende Jänner 1921 die künftige „Stellung des Burgenlandes als selbständiges und gleichberechtigtes Land im Bund“ für die Übergangszeit bis zur gemäß den Pariser Verträgen mit 27./28. August 1921 festgelegten Übergabe von Ungarn an Österreich. Die Besitzergreifung scheiterte zunächst aber an bewaffnetem Widerstand auf ungarischer Seite. Erst eine über Vermittlung von Italien zwischen Ungarn und Österreich Mitte Oktober 1921 erzielte Vereinbarung⁴ ermöglichte die Übernahme des Burgenlandes in Staatsgewalt der Republik Österreich. Über die Zugehörigkeit der gedachten Landeshauptstadt Ödenburg sollte Mitte Dezember 1921 eine Volksabstimmung entscheiden. Aufgrund des vereinbarungswidrig und unkorrekt durchgeführten Plebiszits verlor das Burgenland seine natürliche Hauptstadt. Das bei Österreich verbliebene Gebiet erhielt sodann Anfang April 1922 eine „Einstweilige Landesordnung“, welche das Burgenland mit den vom Bundes-Verfassungsgesetz vorgesehenen Organen ausstattete.

¹ *Jon D. Berlin* (Bearbeiter), Akten und Dokumente des Außenamtes (State Department) der USA zur Burgenland-Anschlußfrage 1919–1920, Eisenstadt 1977; *Karl Rudolf Stadler*, Die Gründung der Republik, in: *Erika Weinzierl / Kurt Skalnik* (Herausgeber), Österreich 1918–1938. Geschichte der Ersten Republik, Graz-Wien-Köln 1983, Band I, 55–84; *Klaus Koch*, Zwischen Staatsbankrott und Genfer Sanierung, in: *Klaus Koch / Walter Rauscher / Arnold Suppan* (Herausgeber), Außenpolitische Dokumente der Republik Österreich 1918–1938 (ADÖ), Band IV, Wien 1998, 9–25 (14ff); *Christian Neschwara*, Zur Entwicklung des Verfassungsrechts nach 1918, in: *Herbert Schambeck* (Herausgeber), Parlamentarismus und öffentliches Recht in Österreich, Teilband I, Berlin 1993, 83–96; *Klaus Berchtold*, Verfassungsgeschichte der Republik Österreich, Band I (1918–1933), Wien 1998, 11–184; *Helmut Widder*, Verfassungspolitische und verfassungsrechtliche Fragen bei der Angliederung des Burgenlandes an Österreich, in: *Rudolf Kropf* (Leitung), Burgenland 1921. Anfänge, Übergänge, Aufbau. Symposium im Rahmen der „Schlaininger Gespräche“ vom 24.–29. September 1991 auf Burg Schlaining, Eisenstadt 1996, 27–38, besonders 29ff; *Wilhelm Brauner*, Deutsch-Österreich 1918. Die Republik entsteht, Wien 2000; *Wilhelm Brauner*, Die Provisorische und Konstituierende Nationalversammlung der Jahre 1918 bis 1920, in: *Ernst Bruckmüller* (Herausgeber), Parlamentarismus in Österreich, Wien 2001, 110–119; *Wilhelm Brauner*, Österreichische Verfassungsgeschichte, 10. Auflage, Wien 2005, 187ff.

² Staatsgesetzblatt der Republik Deutschösterreich, Wien 1918, Nummer 41 (Staatserklärung zum Gesetz betreffend Umfang, Grenzen und Beziehungen des Staatsgebietes vom selben Tag: Staatsgesetzblatt Nummer 40).

³ Staatsgesetzblatt Nummer 303/1919.

⁴ Protokoll „betreffend die Regelung der westungarischen Frage“: Bundesgesetzblatt für die Republik Österreich, Wien 1921, Nummer 138.

2. ÜBERLEITUNG ÖSTERREICHISCHEN RECHTS SEIT 1921⁵

Die verfassungsrechtliche Stellung des Burgenlandes als österreichisches Bundesland wurde – bis zu seinem endgültigen Anschluss – zunächst in einem besonderen Verfassungsgesetz vom 25. Jänner 1921⁶, dem so genannten (1.) „Burgenlandgesetz“, vorläufig bestimmt. Hierin⁷ war auch vorgesehen, das im Burgenland „bisher in Geltung gestandene (ungarische) Recht“ vorerst in Wirksamkeit zu belassen. Die Rezeption des österreichischen Rechts war freilich schon von vorne herein beabsichtigt. Seine Überleitung erfolgte – um die langwierigen parlamentarischen Abläufe auf dem Weg der ordentlichen Gesetzgebung zu umgehen und die Einordnung des Burgenlandes in den österreichischen Bundesstaat so rasch als möglich abwickeln zu können –, aufgrund einer speziellen verfassungsrechtlichen Ermächtigung der Bundesregierung, die „im Burgenland in Geltung stehenden Gesetze“ auf dem Verordnungsweg zu ändern oder aufzuheben, soweit ihr „solche Maßnahmen aus Rücksichten der Rechtsangleichung ... notwendig“ erschienen. Der Angleichungsprozess wurde schrittweise, aber zügig in Gang gesetzt, er war für die meisten Gebiete der Rechtsordnung auch bereits nach kurzer Zeit abgeschlossen. Die österreichische Verfassungsordnung und Behördenorganisation konnte mit 1. Jänner 1922 zur Gänze wirksam werden, ebenso das Strafrecht und die Verfahrensordnungen sowie im Verlauf des Jahres 1923 alle weiteren Bereiche der österreichischen Rechtsordnung; es gab allerdings zwei Ausnahmen: Die österreichische Grundbuchordnung konnte – bedingt durch den mangelhaften Zustand der ungarischen Grundbücher – erst nach erfolgter Anlegung neuer Grundbücher vollständig in Geltung treten; und das ungarische Eherecht blieb für burgenländische Landesbürger vorläufig – bis⁸ zur Einführung des deutschen Eherechts nach der Eingliederung Österreichs in das Deutsche Reich 1938 – in Geltung.⁹ Hinzu kamen Rechtsgebiete, bei denen die Rechtssetzungskompetenz bei Komitaten lag; die entsprechenden Normen wurden zunächst als partikuläres Landesrecht übergeleitet und wurden Schritt für Schritt durch neue landesrechtliche Bestimmungen ersetzt, zum Beispiel auf dem Gebiet des Baurechts erst 1926.

⁵ Zum Folgenden grundsätzlich: *Paul Iby*, Eherecht im Burgenland (1921–1938), theologische Dissertation, päpstliche Universität Rom 1967, 87ff; *Otto Guglia*, Das Werden des Burgenlandes, Eisenstadt 1961, 1ff; *Karl Rudolf Stadler*, Das Werden des Burgenlandes – ein Teil der österreichischen Nachkriegsgeschichte, in: *Burgenländische Heimatblätter* 33, Eisenstadt 1971, 1ff; *Gerald Schlag*, Burgenland, in: *Weinzierl-Skalnik*, Österreich (wie Fußnote 1), Band II, 747ff; *Martin F. Polaschek*, Die Rezeption des österreichischen Rechtes im Burgenland, in: *Geschichte und Gegenwart* 10/3, Graz 1991, 229–237); *Peter Münzenrieder*, Ein langer Weg. Der Anschluss des Burgenlandes an Österreich, geschichtswissenschaftliche Diplomarbeit, Universität Wien 2001, 32ff; *Wolfgang Dax*, Rechtsüberleitung 1921–1938–1945. Besonderheiten des Burgenländischen Landesrechtes, in: *Wolfgang Gürtler / Gerhard J. Winkler* (Herausgeber), *Forscher - Gestalter - Vermittler*. Festschrift Gerald Schlag, Eisenstadt 2001, 57–65.

⁶ Bundesverfassungsgesetz „... als selbständiges und gleichberechtigtes Land im Bund und seine vorläufige Einrichtung“ vom 25. 1. 1921 (Bundesgesetzblatt Nummer 85) – im Folgenden abgekürzt: Burgenlandgesetz.

⁷ Nummer 2 der Beilagen zu den Stenographischen Protokollen des Österreichischen Nationalrates, I. Gesetzgebungsperiode, Wien 1921, 5f.

⁸ Landesgesetz vom 1. 5. 1926 über die Bauordnung für das Burgenland (Landesgesetzblatt Burgenland Nummer 37): *Dax*, Rechtsüberleitung (wie Fußnote 5), 59.

⁹ Bis 1934 waren außerdem das katholische Kultusrecht und das Volksschulwesen noch nicht vollständig den in Österreich geltenden Bestimmungen angepasst: *Wolfgang Dax*, Burgenländisches Landesrecht, in: *50 Jahre Burgenland* (= *Burgenländische Forschungen Sonderheft III*), Eisenstadt 1971, 47, 58.

3. FORTGELTUNG UNGARISCHEN RECHTS

3.1 EHERECHT¹⁰

3.1.1 ÜBERLEITUNG DES ÖSTERREICHISCHEN PRIVATRECHTS

Für „privatrechtliche Verhältnisse“ wurde die Rezeption des ABGB von Seiten des Gesetzgebers als „unaufschiebbar“ erachtet.¹¹ Die Bundesregierung hat die Rechtsangleichung auch sogleich in Angriff genommen. Mit Verordnung vom 29. Mai 1922, „womit weitere Anordnungen über das Justizwesen ... auf dem Gebiet des bürgerlichen Rechts ... getroffen werden“, wurde das gesamte in Österreich geltende bürgerliche Recht mit Wirkung vom 15. Juni 1922 im Burgenland in Kraft gesetzt.¹² Hier machte man aber eine Ausnahme insofern, als die „in Österreich geltenden Bestimmungen“¹³ über das Eherecht und das Eheverfahren erst mit 1. Jänner 1924¹⁴, und überdies nur dann in Wirksamkeit gesetzt werden sollten, wenn „der burgenländische Landtag“ nicht vorher „mit Beschluß verlangte, daß die in Geltung stehenden Bestimmungen“ des ungarischen Eherechts und Eheverfahrens „weiter aufrecht bleiben“.

Die Fortgeltung des burgenländischen Sonderrechts war – nach den Intentionen der Bundesregierung – bloß als ein kurzfristiges Provisorium gedacht. Man hatte offenbar nicht damit gerechnet, dass der burgenländische Landtag tatsächlich einen Beschluss auf Weitergeltung des ungarischen Eherechts fassen könnte. Dort war man aber von der Tatsache¹⁵ ausgegangen, „daß die Zivilehe eine im Burgenland eingebürgerte Einrichtung“ sei, „von der man umso weniger abgehen“ sollte, als „sie durch die noch nicht novellierten Bestimmungen des [österreichischen] bürgerlichen Gesetzbuches [über das Eherecht] ersetzt würde“.¹⁶ Außerdem wurde das ungarische Eherecht mit obligatorischer Ziviltrauung und

¹⁰ Abschnitt 3.1 enthält eine überarbeitete Fassung des Beitrages: *Christian Neschwara*, Rezeption als Reform: Das ungarische Eherecht im österreichischen Burgenland nach 1921, in: *Zeitschrift für Neuere Rechtsgeschichte* 1989, 39–62, insbesondere 42–55 (= Abschnitt I.B. Das ungarische Eherecht im Burgenland).

¹¹ Beilagen zu den Stenographischen Protokollen des Österreichischen Nationalrates (wie Fußnote 7), 5.

¹² Bundesgesetzblatt Nummer 315 § 1.

¹³ § 9 Absatz 2 der zitierten Verordnung.

¹⁴ Die Bundesregierung hatte am 25. 5. 1922 ihren Rücktritt erklärt, am 30. 5. hätte er wirksam werden sollen. In der Sitzung des Ministerrates äußerte der Bundeskanzler daher Bedenken, diese „hochpolitische Frage“ noch vor der Demission zu entscheiden. Im Einvernehmen mit den politischen Parteien des Burgenlandes wurde die Eherechtsfrage dann doch noch in der Sitzung vom 29. 5. – also einen Tag vor dem Ausscheiden der Regierung aus ihrem Amt – beschlossen. Die Sonderbestimmung über den späteren Wirksamkeitsbeginn für das ABGB-Eherecht geht auf Befürchtungen der Bundesregierung zurück, es könnte in der Bevölkerung zu Unstimmigkeiten führen, wollte man die Eherechtsfrage endgültig entscheiden: Ministerratsprotokolle Nummer 186 sowie 189 und 190, in: Österreichisches Staatsarchiv Wien, Allgemeines Verwaltungsarchiv, Ministerratsprotokolle, Karton 59.

¹⁵ Stenographische Protokolle der Sitzungen des Burgenländischen Landtags, Wien 1922, 165ff.

¹⁶ Bestrebungen um eine Reform des österreichischen Eherechts im Sinne einer Entkonfessionalisierung durch Einführung der obligatorischen Zivilehe wie in Ungarn war bis 1918 kein Erfolg beschieden. Erst in der Republik schien die politische Zusammensetzung der 1918 zusammengetretenen Provisorischen Nationalversammlung günstigere Bedingungen für eine solche Eherechtsreform zu bieten. Initiativen von Seiten der Sozialdemokraten und der Großdeutschen fanden nach der Wahl der Konstituierenden Nationalversammlung aufgrund der veränderten politischen Konstellationen keine Mehrheit mehr, nachdem die Großdeutschen seit 1920 dauernd in einer Regierungskoalition an die Christlichsozialen gebunden waren, welche vehement gegen die Einführung der Zivilehe agierten: Vergleiche *Christian Neschwara*, Hans Kelsen als Verfassungsrichter:

staatlicher Matrikelführung für „eine zeitgemäßere Form“ des Eherechts angesehen als jene des ABGB mit seiner konfessionellen Orientierung. Im Übrigen wurde auch damit argumentiert, dass das ungarische „mit dem Eherecht des Deutschen Reiches fast vollständig“ übereinstimme.¹⁷

Die Durchführungsverordnung des Bundesministers für Justiz vom selben Tag¹⁸ enthielt die erforderlichen Übergangsbestimmungen und die für das Verhältnis des „burgenländischen“ zum übrigen österreichischen Eherecht notwendigen Kollisionsnormen (dazu unten 3.).

3.2 BESCHLUSS DES BURGENLÄNDISCHEN LANDTAGS ÜBER DIE FORTGELTUNG DES UNGARISCHEN EHERECHTS

Die Frage des Eherechts war von der Landesregierung sofort nach Bekanntwerden der Verordnung der Bundesregierung vom 29. Mai 1922 auf die Tagesordnung ihrer Verhandlungen gesetzt worden. Die Mehrzahl ihrer Mitglieder hatte sich aber eher abwartend verhalten¹⁹, die Sozialdemokraten jedoch, denen das ungarische Eherecht als „die einzig gute Sache, die die Ungarn den Burgenländern hinterlassen hatten“, galt, drängten auf eine Entscheidung. Die Großdeutschen, in der Sache zwar mit der Beibehaltung des bisherigen Eherechts einverstanden, verhielten sich vorerst noch passiv. Die Christlichsozialen mussten zunächst zurückhaltend taktieren, weil sie über diese Frage innerparteilich noch keinen einhelligen Standpunkt gefunden hatten. In der Landesregierung blieb die Eherechtsfrage also aufgeschoben.

Die Sozialdemokraten mussten daher im Landtag eine Entscheidung über die Frage des „burgenländischen“ Eherechts herbeiführen. In der Zwischenzeit hatte sich nämlich eine weitere im Landtag vertretene Partei – der Bauernbund – für die Beibehaltung des ungarischen Eherechts ausgesprochen, und nachdem sich auch die Großdeutschen damit einverstanden erklärt hatten, stellten die Sozialdemokraten am 12. Oktober 1922 – für die Christlichsozialen überraschend – im Landtag einen Dringlichkeitsantrag „betreffend das Aufrechtbleiben der Bestimmungen über das Eherecht und Eheverfahren im Burgenlande“.²⁰

In der Begründung hierzu wurde ausgeführt, das ungarische Eherecht sei zeitgemäßer als das reformbedürftige österreichische, vor allem aber stimme es in seinen wesentlichen Teilen mit dem reichsdeutschen Eherecht überein, dessen Übernahme anstelle des ABGB man im Kreis der Sozialdemokraten offen propagierte. In der Debatte im Landtag²¹ hob der sozialdemokratische Hauptredner daher nochmals hervor, dass zwar „die Rechtsvereinheitlichung bis in die äußersten Konsequenzen durchgeführt werden“ sollte, solange aber eine Reform des ABGB-Eherechts nicht absehbar sei, wäre es besser, den bestehenden Zustand zu belassen, vor allem weil auch die von Seiten der Geistlichkeit schon bei der Einführung der Zivilehe (im Jahre 1894) geäußerten Bedenken in keiner Weise

Seine Rolle in der Dispensehen-Kontroverse, in: *Stanley Paulson / Michael Stolleis* (Herausgeber), Hans Kelsen – Staatsrechtslehrer und Rechtsphilosoph, Tübingen 2005, 362.

¹⁷ Entsprechend dem Parteiprogramm der Sozialdemokraten: *Klaus Berchtold* (Herausgeber), Österreichische Parteiprogramme 1868–1966, Wien 1967, 234, 453.

¹⁸ Bundesgesetzblatt Nummer 316.

¹⁹ *Charlotte Heidrich*, Burgenländische Politik in der ersten Republik, Wien 1982, 105f.

²⁰ Stenographisches Protokoll Landtag (wie Fußnote 15), 157ff.

²¹ Stenographisches Protokoll Landtag (wie Fußnote 15), 165ff.

eingetreten seien. Gegen Bedenken der Christlichsozialen wurde der Dringlichkeitsantrag der Sozialdemokraten schließlich mit Unterstützung der Großdeutschen und des Bauernbundes angenommen.

Der Beschluss des Landtages über die Fortgeltung des ungarischen Eherechts war zwar am 23. Oktober dem Bundeskanzleramt in Wien zugestellt worden²², und hätte vom Bundesminister für Justiz „ungesäumt“²³ im Bundesgesetzblatt kundgemacht werden sollen. Dies war jedoch vorerst unterblieben, sodass es am 2. Dezember im Nationalrat²⁴ deswegen zu einer Anfrage von mehreren sozialdemokratischen Abgeordneten an den Bundesminister „betreffend das Eherecht im Burgenland“ kam, worin das Verhalten des Justizministers getadelt wurde. Erst am 19. Dezember hatte die Kundmachung des Landtagsbeschlusses die Zustimmung des Ministerrates gefunden.²⁵

Damit war in Österreich ein Dualismus der Eherechtsordnung gesetzlich fixiert. Neben dem konfessionellen Eherecht des österreichischen ABGB im Bundesgebiet außerhalb des Burgenlandes, standen nun im Burgenland die ungarische obligatorische Ziviltrauung und das damit verbundene staatliche Matrikelwesen als Bundes-Sonderrecht in Geltung.

3.2.1 GELTUNGSBEREICH DES UNGARISCHEN EHERECHTS IM BURGENLAND

a) Sachlich–zeitlich²⁶: Der Umfang jener Normen des ungarischen Rechts, die zu den „bisher in Geltung stehenden Bestimmungen über das Eherecht und das Eheverfahren“ im Burgenland zählten, musste in zweifacher Weise eingegrenzt werden. Erstens sachlich: Maßgeblich dafür, was nach österreichischem Recht zu den „Bestimmungen des Eherechts“ zugerechnet werden konnte, war das österreichische Recht. Insoweit also das „burgenländische“ Eherecht einen Tatbestand des Eherechts nicht unmittelbar selbst regelte, war nun dafür das österreichische bürgerliche Recht anzuwenden. Dasselbe galt auch für den Fall, dass das „burgenländische“ Eherecht auf Normen außerhalb des Eherechts verwies, etwa auf ehегüterrechtliche Bestimmungen. Bei Kollision von österreichischem und „burgenländischem“ Eherecht war jedoch nicht sogleich automatisch dem österreichischen als dem „jüngeren“, sondern, weil beide Normenbereiche zugleich auch burgenländisches Recht bildeten, dem „burgenländischen“ Eherecht der Vorzug zu geben. Bei allen diesen Fragen der Rechtsanwendung war außerdem stets zu beachten, dass das ABGB im Burgenland erst am 15. Juni 1922 in Kraft getreten war. Auf vor diesem Stichtag geschlossene ehегüterrechtliche Vereinbarungen blieb daher das bis dahin im Burgenland in Wirksamkeit gestandene ungarische (Ehегüter-)Recht anwendbar. Eine weitere Einschränkung hatte die Anwendung des ABGB außerdem bei jenen Sachverhalten erfahren, für welche das burgenländische

²² Österreichisches Staatsarchiv Wien, Allgemeines Verwaltungsarchiv, Justizministerium 1918–1927, Karton 58, Sammelnummer 10.039, Stück 34.470/22.

²³ Gemäß Verordnung Bundesgesetzblatt Nummer 315/1922.

²⁴ Stenographisches Protokoll Nationalrat (wie Fußnote 7), I. Gesetzgebungsperiode, 1922, Anhang 1, 471/1.

²⁵ Bundesgesetzblatt Nummer 913/1922.

²⁶ Zum Folgenden grundsätzlich: *Rudolf Köstler*, Das österreichische Eherecht, Wien 1923, 124ff; *Arthur Lenhoff*, Zweites Hauptstück. Von dem Eherechte, in: *Heinrich Klang* (Herausgeber), Kommentar zum Allgemeinen bürgerlichen Gesetzbuch, Wien 1933, Band I, 1. Halbband (Einleitung, Kundmachungspatent, §§ 1–352), 367–834, insbesondere 373–380; *Arthur Lenhoff*, 28. Hauptstück. Von den Ehepakten, in: *Heinrich Klang* (Herausgeber), Kommentar zum Allgemeinen bürgerlichen Gesetzbuch, Wien 1930, Band III (§§ 1090–1292), 509–894, insbesondere 536; *Iby*, Eherecht (wie Fußnote 5), 102ff.

Eherecht selbst vermögensrechtliche Folgen der Ehescheidung beziehungsweise -trennung normierte, wodurch den entsprechenden ehегüterrechtlichen Bestimmungen des ABGB derogiert wurde.

Von diesen Ausnahmen abgesehen, wurde das ABGB im Übrigen aber uneingeschränkt anwendbar. Der Normenbereich des Ehegüterrechts gehörte eben sachlich nicht zum Gebiet des (persönlichen) Eherechts – ungarisches Ehegüterrecht galt daher als nicht mehr anwendbar.

Auch in zeitlicher Hinsicht war der Geltungsbereich des „burgenländischen“ Eherechts einzugrenzen: Soweit bis zum Inkrafttreten des Burgenlandgesetzes vom 25. Jänner 1921 ungarisches Recht in Geltung stand, blieb es auch neben dem österreichischen in Wirksamkeit. Als Stichtag galt der 29. August 1921, das war jener Tag, nach dem das Burgenland de iure an Österreich übergegangen war.²⁷

Diejenigen Normen des ungarischen Rechts, die in den beschriebenen sachlichen und zeitlichen Rahmen fielen, waren in der Hauptsache in den ungarischen Gesetzartikeln über das Ehegesetz²⁸ und die Matrikelführung, jeweils aus dem Jahr 1894²⁹, sowie über die Zivilprozessordnung³⁰ aus 1911 enthalten.³¹

Umstritten blieb in Lehre und Rechtsprechung aber die Frage, inwiefern neben diesen gesetzlichen Bestimmungen auch der Gerichtsgebrauch als Rechtsquelle des Eherechts anzusehen war.³² Die so genannten „Dezisionen“ der königlich-ungarischen Kurie³³ galten der ungarischen Rechtskultur als Mittel der authentischen Interpretation. Soweit solche Entscheidungen im Burgenland zur Zeit seines Übergangs an Österreich – also vor dem 29. August 1921 – in Geltung gestanden sind, waren sie auch als „rezipiert“ anzusehen und zu beachten.³⁴

²⁷ § 6 Burgenlandgesetz.

²⁸ Gesetzartikel XXXI/1894.

²⁹ Gesetzartikel XXXIII/1894 in der Fassung Gesetzartikel XXXVI/1904.

³⁰ Gesetzartikel I/1911.

³¹ Auch zwei internationale Abkommen auf dem Gebiet der Eheschließung und Ehescheidung, zwei Haager Übereinkommen aus dem Jahr 1902, die Ungarn 1911 mit den Gesetzartikeln XXI und XXII ratifiziert hatte, gehörten sachlich zu den Bestimmungen des Eherechts beziehungsweise Eheverfahrens. Beide sind im Zeitpunkt seines Erwerbs im Burgenland in Geltung gestanden, auch sie mussten als „rezipiert“ angesehen werden. Mit dem Abschluss des Friedensvertrages von Trianon war nach einhelliger Meinung der Zeitgenossen für Österreich die völkerrechtliche Verpflichtung zu ihrer Beachtung allerdings wieder entfallen: *Rudolf Köstler*, Das österreichische Konkordats-Eherecht, Wien 1937, 13 Fußnote 3.

³² Zum Folgenden *Othmar Haeller*, Das ungarische Eherecht und die ungarische Zivilprozessordnung, in: Juristische Blätter 64, Wien 1935, 451.

³³ Vergleiche *Christian Neschwara*, Die Geltung des österreichischen Allgemeinen Bürgerlichen Gesetzbuches in Ungarn und seinen Nebenländern von 1853 bis 1861, in: Zeitschrift der Savigny-Stiftung für Rechtsgeschichte, Germanistische Abteilung, Band 113, Weimar 1996, 375f.

³⁴ Die Gerichte erster Instanz waren dieser Auffassung auch gefolgt, die höheren Instanzen dagegen aber dieser Frage immer ausgewichen, hatten sich aber sachlich zumeist an der in den „Dezisionen“ enthaltenen Rechtsansichten orientiert.

b) Räumlich – interlokal³⁵: Bei der Bestimmung des räumlichen Geltungsbereichs bedienten sich die beiden Rechts-Überleitungs-Verordnungen vom 29. Mai 1922³⁶ insofern einer ungenauen Ausdrucksweise, als sie das ungarische Eherecht als „im Burgenland geltend“ beziehungsweise als „Recht des Teilgebietes“, nämlich des Burgenlandes, umschrieben, womit sie ihm den Anschein gaben, als ob es nur einen räumlich begrenzten Teil des Bundesgebietes umfasse. Tatsächlich war aber nicht die Geltung des „burgenländischen“ Eherechts räumlich eingeschränkt, sondern nur seine Anwendbarkeit auf einen bestimmten Personenkreis möglich. Als Sonderrecht des Burgenlandes war es daher auch von allen anderen Rechtsanwendungsorganen außerhalb des Burgenlandes zu beachten und neben dem übrigen im Bundesgebiet geltenden Eherecht entsprechend dem interlokalen Privatrecht anzuwenden. Es bestanden somit zwei gleichwertige Eherechtsordnungen, mit jeweils eingeschränktem örtlichen Wirkungsbereich, nebeneinander. Ihr Verhältnis zueinander bestimmten bereits die beiden Rechts-Überleitungs-Verordnungen der Bundesregierung vom 22. Juli 1921³⁷ und vom 29. Mai 1922:³⁸ (I.) Für die Beurteilung der Ehesfähigkeit war die jeweilige Landesbürgerschaft der Brautleute ausschlaggebend;³⁹ (II.) Die Form des Aufgebotes und der Eheschließung richteten sich nach dem Recht des Ortes, wo sie vorgenommen wurden gemäß dem Grundsatz *locus regit actum*.⁴⁰ (III.) Für die Gültigkeit der Ehe im Übrigen, ihre Auflösung (durch Tod oder Todeserklärung), ihre Scheidung (dem Bande nach) und ihre Trennung (von Tisch und Bett) war das Recht jenes Gebietes maßgeblich, dem der Ehegatte im Zeitpunkt der Eheschließung als Landesbürger angehört hatte.⁴¹ (IV.) Das Verfahren über die Gültigkeit, Auflösung, Scheidung und Trennung hatte das Gericht jenes Gebietes durchzuführen, dem der Ehegatte im Zeitpunkt der Eheschließung als Landesbürger angehört hatte.⁴² In den Fällen (I.) und (III.) musste die Landesbürgerschaft spätestens am 29. August 1921 schon in Besitz gewesen beziehungsweise nach diesem Termin durch Abstammung⁴³ erworben worden sein.

³⁵ Vgl. *Lenhoff*, in: *Klang*, Kommentar I/1 (wie Fußnote 26), 377, 378ff; *Arthur Lenhoff*, Auflösung der Ehe und Wiederverhehlung, 1926, 78f; *Oskar Pisko / Heinrich Klang*, Kundmachung des allgemeinen bürgerlichen Gesetzbuches, in: *Heinrich Klang / Franz Gschnitzer* (Herausgeber), Kommentar (wie Fußnote 26), Band I, 1. Halbband (Einleitung, Kundmachungspatent, §§ 1–136, das Ehegesetz §§ 1–131), 2. Auflage, Wien 1964, 36; ebenda: *Othmar Wentzel*, Von dem Eherechte (§§ 15–43), 305f.

³⁶ Bundesgesetzblatt Nummer 315 (Verordnung der Bundesregierung gemäß Burgenlandgesetz) und 316 (Durchführungsverordnung des Justizministers).

³⁷ Bundesgesetzblatt Nummer 478.

³⁸ Bundesgesetzblatt Nummer 316.

³⁹ Verordnung Bundesgesetzblatt Nummer 316/1922: § 10 Absatz 1, Ziffer 1; Verordnung Bundesgesetzblatt Nummer 478/1921 verwendete den weniger präzisen Ausdruck „Ehegatten“: Artikel III § 4.

⁴⁰ Verordnung Bundesgesetzblatt Nummer 316/1922: § 10 Absatz 1, Ziffer 2.

⁴¹ Verordnung Bundesgesetzblatt Nummer 316/1922: § 10 Absatz 1, Ziffer 3; Verordnung Bundesgesetzblatt Nummer 478/1921 beschränkte sich auf die Fälle der Scheidung und Trennung: Artikel II § 5.

⁴² Verordnung Bundesgesetzblatt Nummer 316/1922: § 10 Absatz 1, Ziffer 4; Verordnung Bundesgesetzblatt Nummer 478/1921 hatte nicht den Fall der Auflösung durch Todeserklärung einbezogen: Artikel III § 10. Der sachlich und örtlich zuständige Gerichtshof war das Landesgericht für Zivilrechtssachen Wien gemäß § 1 Absatz 4 der Verordnung Bundesgesetzblatt Nummer 18/1922 (vom 10.1.).

⁴³ Verordnung Bundesgesetzblatt Nummer 316/1922: § 10 Absatz 2; Verordnung Bundesgesetzblatt Nummer 478/1921 stellte auf den Tag nach ihrem Inkrafttreten ab: Artikel III § 3. Die Landesbürgerschaft musste überdies bis zur Eheschließung ununterbrochen in Besitz gewesen sein, um das burgenländische Eherecht anwendbar zu machen. Der Verlust nach Eheschließung war jedoch ohne Belang, denn die Verordnung Bundesgesetzblatt Nummer 316/1922 hatte für die Gültigkeit, Auflösung, Trennung und Scheidung der Ehe auf

Die zuletzt erwähnte Bestimmung mutet etwas sonderbar an. Der Grund für ihre eigentümliche Ausgestaltung lag in der Absicht, es verhindern zu wollen, dass durch Wechsel der Landesbürgerschaft – etwa durch Wohnsitzverlegung – das außerhalb des Burgenlandes geltende ABGB-Eherecht umgangen werde.⁴⁴ Personen, welche die burgenländische Landesbürgerschaft erst nach dem 29. August 1921 aus einem anderen Grund als durch Geburt erworben hatten, wurden daher im Burgenland in Bezug auf das Eherecht wie fremde Landesbürger oder Ausländer behandelt.⁴⁵

In der Praxis führte die Existenz der beiden Eherechtssysteme im Burgenland zu erheblichen Rechtsanwendungsproblemen. Die Handhabung der Kollisionsnormen des interlokalen Privatrechts galt Kritikern geradezu als „Tummelplatz für scholastische Konstruktionen“.⁴⁶

3.2.2 AUTHENTISCHER TEXT DES „BURGENLÄNDISCHEN“ EHERECHTS

Die maßgeblichen Bestimmungen des „burgenländischen“ Eherechts waren vom ungarischen Gesetzgeber erzeugt, und daher auch in der ungarischen Gesetz-Sammlung publiziert worden.⁴⁷ Von den in diesem Publikationsorgan kundgemachten Gesetzen hatte das ungarische Ministerium des Inneren, noch vor 1918, deutsche Übersetzungen anfertigen lassen, es galt aber nach der Überleitung des ungarischen Rechts in die Rechtsordnung der Republik Österreich nur der ungarische Text als authentisch, und zwar so lange bis die Bundesregierung eine deutsche Übersetzung für authentisch erklärt hatte.⁴⁸ Dies ist jedoch unterblieben, so dass neben den amtlichen Übersetzungen des ungarischen Innenministeriums

die Landesbürgerschaft des Ehegatten im Zeitpunkt der Eheschließung abgestellt: *Haeller*, Eherecht (wie Fußnote 32), 450. – Vergleiche auch die Entscheidung des österreichischen Obersten Gerichtshofes 1936, in: Entscheidungen des österreichischen Obersten Gerichtshofes in Zivilsachen, Band XVIII (1936), Wien 1936, Nummer 167 (477–480).

⁴⁴ Erlass des Bundeskanzleramts vom 9. 2. 1924 an die burgenländische Landesregierung in: Allgemeines Verwaltungsarchiv (wie Fußnote 21), Karton 58; vergleiche *H. Klang*, Interlokales Privatrecht, in: Gerichts-Zeitung 75, Wien 1924, 176.

⁴⁵ *Lenhoff*, Ehe (wie Fußnote 35), 81.

⁴⁶ *Lenhoff*, Ehe (wie Fußnote 35), 82; besonderen Anstoß nahm man an dem Ehehindernis des Katholizismus, wonach ein Katholik sogar nach Trennung seiner akatholischen Ehe bei Lebzeiten des anderen Ehegatten eine Katholikin nicht ehelichen durfte, während ein burgenländischer Landesbürger, auf den das burgenländische Eherecht anwendbar war, nach Scheidung seiner Ehe an einer Eheschließung in Österreich, selbst außerhalb des Burgenlandes nicht gehindert war, weil dem burgenländischen Eherecht dieses Ehehindernis unbekannt war. Es stand ihm sogar eine gültige Ehe mit einem österreichischen Katholiken offen. Der Oberste Gerichtshof hatte dies in seinem Judikat 18 vom 11. 12. 1924, in: Sammlung Zivilsachen (wie Fußnote 42), VI (1924), Nummer 396, damit begründet, dass der burgenländische Landesbürger, „sofern es um den Bestand seiner früheren Ehe“ geht, im Verhältnis zu anderen Österreichern wie ein Ausländer zu behandeln sei, dessen frühere Ehe unter der Herrschaft eines ausländischen Gesetzes gelöst (= geschieden) wurde. In der Sache war das Ergebnis richtig, die Begründung aber insofern nicht, als ja auch der Burgenländer Inländer ist und das Recht, nach dem die Gültigkeit seiner zweiten Eheschließung zu beurteilen war, eben das im Burgenland weiter geltende ungarische gleichfalls inländisches Recht geworden ist. – Auch Bedenken in Hinblick auf die Möglichkeit der Verletzung verfassungsrechtlich gewährleisteter Rechte wie des Gleichheitssatzes oder der Glaubens- und Gewissensfreiheit wurden laut: *Rudolf Köstler*, Der Weg zur Eherechtsreform, in: Gerichts-Zeitung (wie Fußnote 44), 171–174.

⁴⁷ Gesetz-Sammlung (herausgegeben vom Königlich ungarischen Ministerium des Innern) für das Jahr 1894, Budapest 1894, 479ff: Gesetzartikel XXXI über das Eherecht; ebenda 529ff: Gesetzartikel XXXIII über das staatliche Matrikelwesen; Gesetz-Sammlung für das Jahr 1904, 353ff: Gesetzartikel XXXVI über die Abänderung des Gesetzartikel XXXIII aus dem Jahre 1894; Gesetz-Sammlung für das Jahr 1911, 1ff: Gesetzartikel I über die Zivilprozeßordnung.

⁴⁸ Gemäß § 7 des Burgenlandgesetzes.

aus der Zeit vor 1918 auch andere deutsche Fassungen im Umlauf waren.⁴⁹ Die ungarische Zivilprozessordnung war – außer in der durch das ungarische Ministerium des Inneren herausgegebenen Übersetzung – überhaupt in nur einer deutschen Textausgabe (samt Kommentar)⁵⁰ im Buchhandel erhältlich.⁵¹

3.2.3 INHALT DES „BURGENLÄNDISCHEN“ EHERECHTS

Das „burgenländische“ Eherecht soll im Folgenden inhaltlich kurz skizziert werden; hierbei wird auf Abweichungen vom österreichischen ABGB und Übereinstimmungen mit dem deutschen BGB besonders hingewiesen werden.⁵²

a) Materielles Eherecht: In seinen verlöbnisrechtlichen Bestimmungen wies das „burgenländische“ Eherecht eine auffallende Abweichung vom ABGB auf, es befreite, so wie das BGB (§ 1298 Abs 3), den vom Verlöbnis Zurücktretenden auch dann von der Ersatzpflicht, wenn ein wichtiger Grund zum Rücktritt allein in seiner Person entstanden war, sodass die Verpflichtung zur Rückgabe von Brautgeschenken nur bei Verschulden des Beschenkten an der Auflösung des Verlöbnisses eintrat.⁵³

Aufgebot und Eheschließung mussten zwingend vor einem Standesbeamten vorgenommen werden. Es bestand, so wie nach § 1317 BGB, das System der obligatorischen Ziviltrauung.⁵⁴ Als Standesbeamte fungierten im Burgenland staatliche Matrikelführer, nämlich die Bezirksverwalter sowie in Städten mit eigenem Statut die Bürgermeister.⁵⁵ Dagegen wies das ABGB die Trauung der Angehörigen der staatlich anerkannten Konfessionen dem Seelsorger der jeweiligen Kirche oder Religionsgesellschaft als Trauungsorgan zu. Für die Angehörigen der staatlich anerkannten Bekenntnisse bestand ausnahmsweise seit 1868 die Möglichkeit der Schließung einer sogenannten Notzivilehe vor der weltlichen Behörde, sofern sich der zur

⁴⁹ Für das Eherecht fanden sie sich zumeist in einem Anhang zu verschiedenen Textausgaben Allgemeinen Bürgerlichen Gesetzbuches: ZB Ausgabe der Österreichischen Staatsdruckerei aus dem Jahr 1923: Das Eherecht des Burgenlandes, in: Altmann Ludwig / Jacob Siegfried / Weiser Max (Herausgeber), Das österreichische allgemeine bürgerliche Recht, Wien 1923, 459–474 (Anhang I. E): Bestimmungen für das Burgenland; 460ff: Eherecht des Burgenlandes.; Diese Ausgabe trägt das österreichische Bundeswappen, könnte daher als eine authentische Übersetzung angesehen werden. – Über andere Ausgaben: *Oskar Demmer*, Das ungarische Eherecht und die ungarische Zivilprozessordnung, in: Juristische Blätter 64, Wien 1935, 271–274.

⁵⁰ *August Gottl* (Herausgeber), Ungarische Zivilprozeßordnung mit Erläuterungen, Wien 1911. Dieser Kommentar erfasst also nicht einmal die Textänderungen an der Zivilprozeßordnung durch die Verordnung vom 29. 5. 1922 (Bundesgesetzblatt Nummer 316). Damals offenbar nicht bekannt: *Alexander Schmidt*, Die neue ungarische Civilprozeßordnung, Gesetzartikel I vom Jahre 1911, Leipzig 1911.

⁵¹ Diese war überdies schon bald vergriffen, so dass seitens der Anwaltschaft Bedenken wegen allfälliger Haftpflichtprobleme angemeldet wurden: *Demmer*, Eherecht (wie Fußnote 49), 274.

⁵² Zum Folgenden: *Lenhoff*, Eherecht (wie Fußnote 35), 373ff: zu den einzelnen Paragraphen des ABGB jeweils der Abschnitt „Burgenländisches Recht“; *Lenhoff*, Ehe (wie Fußnote 35), 76ff; *Haeller*, Eherecht (wie Fußnote 32), 450ff; *Köstler*, Eherecht (wie Fußnote 26), 124ff; *Demmer*, Eherecht (wie Fußnote 49), 271ff; bei *Iby*, Eherecht (wie Fußnote 5), 115ff die Unterschiede zum kanonischen Eherecht.

⁵³ § 89 Gesetzartikel XXXI (anders dagegen § 46 ABGB); umstritten war seine Wirksamkeit, da sachlich zum Ehegüterrecht gehörig: *Demmer*, Eherecht (wie Fußnote 49), 274; auch der Oberste Gerichtshof hielt ihn für nicht anwendbar. *Haeller*, Eherecht (wie Fußnote 32), 451.

⁵⁴ §§ 27ff Gesetzartikel XXXI/1894; §§ 45ff Gesetzartikel XXXIII/1894.

⁵⁵ § 2 Verordnung Bundesgesetzblatt Nummer 316/1922. – Die Bezirksverwaltungsämter waren 1921/22 an die Stelle der ungarischen Oberstuhlrichterämter als Verwaltungsbehörden erster Instanz getreten, 1923 wurden sie von den Bezirkshauptmannschaften abgelöst: *Dax*, Landesrecht (wie Fußnote 9), 62.

Trauung berufene Geistliche weigerte, die Eheschließung durchzuführen, und zwar aus Gründen, die das Gesetz nicht anerkannte. Nur für Angehörige einer gesetzlich nicht anerkannten Kirche oder Religionsgemeinschaft bestand seit 1870 das System der obligatorischen Zivilehe.⁵⁶

Der Ehekonsens war persönlich zu erklären, es war somit bei der Willenserklärung der Brautleute keine Stellvertretung zulässig wie nach ABGB.⁵⁷ Alle vor dem Standesbeamten geschlossenen Ehen, sowie ihre Ungültigerklärung, Auflösung oder Trennung, wurden in Heiratsregister eingetragen. Bei Eheschließungen im Ausland oder in einem Bundesland außerhalb des Burgenlandes musste zu ihrer Gültigkeit das Aufgebot auch im Burgenland erfolgen und im Heiratsregister der Heimatgemeinde eingetragen werden.⁵⁸ Eine Delegation der Trauungsbefugnis war unter funktionell gleichen Trauungsorganen, somit nur im Verhältnis zwischen zwei burgenländischen Standesbeamten zulässig; nicht aber – bei sonstiger Nichtigkeit – an andere (außer)burgenländische Trauungsorgane.

Als Ehehindernisse kannte das burgenländische Eherecht: Handlungsunfähigkeit, qualifizierten Gattenmord (Mitwissen des anderen Gatten), mangelnde Zustimmung des gesetzlichen Vertreters und des Vaters beziehungsweise der Mutter, Verwandtschaft bis zum dritten Grad der Seitenverwandtschaft sowie mangelndes Ehealter.⁵⁹ Von den genannten Ehehindernissen waren zwei dispensabel: mangelndes Ehealter und die Eheschließung mit Geschwisterkindern. Die Nachsicht von Ehehindernissen erteilte die Landesregierung.⁶⁰

Neben den – im Vergleich mit dem ABGB – wenigen Ehehindernissen normierte das burgenländische Eherecht aber eine Reihe von Eheverboten: höhere Weihen und feierliche Gelübde, mangelndes Aufgebot, Eheschließung unter Geschwisterkindern, mangelnde Zustimmung des Vaters beziehungsweise der Mutter bei Minderjährigen unter zwanzig Jahren, bei Wahlkindschaft, Vormundschaft und Pflegschaft, Wiederverhehlung wider besseres Wissen nach irrtümlicher Todeserklärung, Gattenmord (ohne Mitwissen des Gatten) sowie Verletzung der Wartefrist von zehn Monaten.⁶¹ Hiervon waren die Geschwisterkinderehe, der Gattenmord, die Wartefrist, das mangelnde Aufgebot und bestimmte Fälle der Wahlkindschaft dispensabel.

⁵⁶ Reichsgesetzblatt für die im Reichsrath vertretenen Königreiche und Länder 1868, Nummer 47; Reichsgesetzblatt für die im Reichsrath vertretenen Königreiche und Länder 1870, Nummer 51: Dazu *Werner Ogris*, Die Rechtentwicklung in Cisleithanien 1848–1918, in: *Adam Wandruszka / Peter Urbanitsch* (Herausgeber), Die Habsburgermonarchie 1848–1918, Wien 1975, Band II (Verwaltung und Rechtswesen), 593.

⁵⁷ § 39 Gesetzartikel XXXI/1894.

⁵⁸ §§ 11, 63, 77ff Gesetzartikel XXXI/1894 in Verbindung mit § 12 Abs 2 Verordnung Bundesgesetzblatt Nummer 316/1922.

⁵⁹ §§ 8f (mangelnde Zustimmung des gesetzlichen Vertreters); § 16 (mangelnde Zustimmung des Vaters beziehungsweise der Mutter, bei Minderjährigen über dem 20. Lebensjahr bloßes Eheverbot gemäß § 31); § 11 litera a bis c (Verwandtschaft); § 76 (Ehemündigkeit).

⁶⁰ Nach Artikel III § 14 der Verordnung Bundesgesetzblatt Nummer 478/1921 der Landesverwalter, an seine Stelle war gemäß § 4 des Burgenlandgesetzes die Landesregierung getreten.

⁶¹ § 25 Gesetzartikel XXXI/1894 (höhere Weihen, feierliche Gelübde); § 27 (mangelndes Aufgebot); § 17 (Eheschließung unter Geschwisterkindern); § 16 (mangelnde Zustimmung des Vaters beziehungsweise der Mutter zur Eheschließung Minderjähriger nach Erreichung des 20. Lebensjahres); § 14 (Wahlkindschaft); § 31 (Vormundschaft); § 14 (Pferschaft); § 22 (Wiederverhehlung nach irrtümlicher Todeserklärung); § 23 (Gattenmord); § 24 (Wartefrist).

Verglichen mit dem ABGB kannte das burgenländische Eherecht nur sechs Nichtigkeitsgründe (gegenüber zwölf des ABGB) sowie nur fünf Anfechtungsgründe (gegenüber acht des ABGB). Das BGB kannte sieben Nichtigkeits- und vier Anfechtungsgründe.

Die Geltendmachung der Nichtigkeit war ausschließlich im Klagewege zulässig.⁶² Aktiv legitimiert waren die beiden Gatten, die Finanzprokurator als Anwalt des Staates und das Pflugschaftsgericht sowie außerdem jedermann, der ein rechtliches Interesse an der Nichtigkeitsklärung einer konkreten Ehe glaubhaft machen konnte. Bei Anfechtung⁶³ dagegen blieb der Kreis der Antragsberechtigten auf die Ehegatten und die Finanzprokurator beschränkt.⁶⁴

Todeserklärung führte – wie nach BGB – zu unmittelbarer Auflösung der Ehe, ohne dass diese Rechtsfolge – wie nach österreichischem Recht – ausdrücklich ausgesprochen werden musste.⁶⁵

Die Auflösbarkeit der Ehe zu Lebzeiten beider Gatten war im „burgenländischen“ Eherecht – wie nach BGB – für jede Religionsgemeinschaft in gleicher Weise gestaltet, wogegen das ABGB für katholische und nichtkatholische Christen sowie für Juden separate Regelungen enthielt.

Die vollständige Auflösung der Ehe dem Bände nach mit dem Recht der Wiederverehelichung regelte das burgenländische Eherecht unter dem Institut der „richterlichen Lösung“, das BGB unter dem der „Scheidung“, das ABGB verwendete die Bezeichnung „Trennung“ (im Folgenden immer: Scheidung).

Für die bloße Aufhebung der ehelichen Gemeinschaft kannte das „burgenländische“ Eherecht die „Trennung von Tisch und Bett“, welche der „Aufhebung der ehelichen Gemeinschaft“ des BGB beziehungsweise der „Scheidung von Tisch und Bett“ des ABGB entsprach.⁶⁶

Die Trennung von Tisch und Bett hatte im burgenländischen Rechtsleben naturgemäß keine besondere Bedeutung, weil die Möglichkeit der vollständigen Auflösung der Ehe allen, ohne Unterschied der Konfession offenstand, wogegen das ABGB Katholiken von diesem Recht ausschloss. Im Übrigen deckten sich aber Scheidungs- beziehungsweise Trennungsgründe des „burgenländischen“ Eherechts nahezu vollkommen mit jenen des ABGB.⁶⁷ Wie das BGB normierte es aber nur objektive Trennungs- beziehungsweise Scheidungsgründe, während das ABGB auch den subjektiven Tatbestand der „unüberwindlichen Abneigung“ kannte, derentwegen beide Gatten die Auflösung ihrer Ehe, unabhängig vom Verschulden, begehren

⁶² Die Nichtigkeitsgründe waren geregelt in den §§ 41–46 Gesetzartikel XXXI/1894; Aktivlegitimation: §§ 47, 65ff in Verbindung mit § 1 Absatz 2 und § 3 der Verordnung Bundesgesetzblatt Nummer 316/1922.

⁶³ Die Anfechtungsgründe waren geregelt in §§ 51–55 Gesetzartikel XXXI/1894.

⁶⁴ § 11 Verordnung Bundesgesetzblatt Nummer 316/1922.

⁶⁵ § 10 Absatz 1, Ziffer 5 Verordnung Bundesgesetzblatt Nummer 316/1922.

⁶⁶ §§ 76–80, 81, 105 Gesetzartikel XXXI/1894.

⁶⁷ Der in der Praxis am häufigsten geltend gemachte Scheidungsgrund war „böswilliges Verlassen“ (§ 77 Gesetzartikel XXXI/1894). Dieser konnte natürlich von den scheidungswilligen Gatten auch einvernehmlich behauptet werden, so dass er einen gewissen Ersatz für die im „burgenländischen“ Eherecht fehlende einvernehmliche Scheidung beziehungsweise Trennung bieten konnte: *Klang*, *Privatrecht* (wie Fußnote 44), 177.

konnten. Das „burgenländische“ und das deutsche Eherecht lehnten aus diesem Grund auch die einvernehmliche Scheidung ab und verwiesen für die Geltendmachung von Scheidung beziehungsweise Trennung auf den Klageweg. Anders als das ABGB kannte das „burgenländische“ Eherecht auch noch das Institut der Umwandlung (Konversion) einer Trennung von Tisch und Bett in eine vollständige Scheidung dem Bande nach (ähnlich: § 1575 BGB).⁶⁸ Die Folgen der Trennung von Tisch und Bett konnten jederzeit durch Anzeige der Wiederaufnahme der ehelichen Gemeinschaft an das Prozessgericht beseitigt werden (ähnlich: § 1587 BGB).⁶⁹

Die Rechtswirkungen der Scheidung und der Trennung nach „burgenländischem“ Eherecht⁷⁰ waren jenen des BGB im Wesentlichen gleich, davon wich auch das ABGB grundsätzlich nicht ab.

b) Verfahrensrechtliche Bestimmungen⁷¹: Für das Eheverfahren blieb im Burgenland zwar ungarisches Recht, nämlich die entsprechenden Bestimmungen der ungarischen Zivilprozessordnung von 1911, in Wirksamkeit, es wurde allerdings der österreichischen Gerichtsverfassung angepasst.⁷² Sachlich zuständig für das Verfahren über die Gültigkeit, Auflösung, Scheidung und Trennung einer Ehe war der Gerichtshof erster Instanz. Der für das Burgenland im Eheverfahren örtlich zuständige Gerichtshof war somit damals das Landesgericht für Zivilrechtssachen in Wien, bei dem ein eigener „Burgenland“-Senat eingerichtet wurde. In zweiter Instanz bestand beim Oberlandesgericht in Wien ebenfalls ein besonderer Senat; dasselbe galt für den Obersten Gerichtshof.

Im Gegensatz zum österreichischen Verfahren in Ehesachen galt nach „burgenländischem“ Eherecht in erster Instanz Anwaltszwang. Die dem ungarischen Recht unbekannt Institution des Ehebandsverteidigers wurde erst nachträglich – allerdings in vom österreichischen Recht abweichender Form – in das burgenländische Eheverfahren integriert, wonach der Staatsanwaltschaft im Ehenichtigkeitsverfahren Parteistellung zukam. Im Falle seines Unterliegens hätte die Republik daher für den Kostenersatz aufkommen müssen, weshalb die Staatsanwaltschaft von diesem Recht auch nie Gebrauch gemacht hat.

Abweichend vom ungarischen Recht ist auch die Verteilung der Rechte zur Pflege und Erziehung der gemeinsamen Kinder zwischen den getrennten beziehungsweise geschiedenen Ehegatten geregelt. Anstelle des Prozessgerichts hatte das „Jugendgericht“ im Verfahren außer Streitsachen zu entscheiden.⁷³

⁶⁸ § 107 Gesetzartikel XXXI /1894 in Verbindung mit § 11 Verordnung Bundesgesetzblatt Nummer 316/1922.

⁶⁹ § 106 Gesetzartikel XXXI /1894.

⁷⁰ §§ 89, 90f, 102 Gesetzartikel XXXI /1894.

⁷¹ Dazu grundsätzlich *Demmer*, Eherecht (wie Fußnote 49), 272; *Iby*, Eherecht (wie Fußnote 5), 201ff.

⁷² Gesetzartikel I/1911 in der Fassung der Verordnungen Bundesgesetzblatt Nummer 475/1921, 478/1921, 18/1922 und 316/1922.

⁷³ In § 4 dieser Verordnung wurde auf das „Jugendgericht“ verwiesen. Die Zuständigkeit des „Jugendgerichts“ (recte: Pflugschaftsgericht) war allerdings erst später mit dem Inkrafttreten des Jugendgerichtsgesetzes 1928 (Bundesgesetzblatt Nummer 234) wieder weggefallen, so dass nunmehr doch wie ursprünglich im ungarischen Recht vorgesehen, das Prozessgericht selbst darüber zu entscheiden hatte.

3.2.4 HANDHABUNG DES „BURGENLÄNDISCHEN“ EHERECHTS IN DER PRAXIS

Aufgrund der Fortgeltung des ungarischen Rechts waren die Rechtsanwendungsorgane – nicht nur des Burgenlandes – mit erheblichen Problemen konfrontiert. Besonders die burgenländischen Matrikelführer waren den komplizierten interlokalen Verhältnissen nicht immer gewachsen, sodass sich die burgenländische Landesregierung wiederholt gezwungen sah, in Wien Rechtsauskünfte beim Bundeskanzleramt beziehungsweise Justizministerium einzuholen. Selbst innerhalb der Rechtsprechung gehörten Irrtümer in der Anwendung der zersplitterten österreichischen Eherechtsnormen zur Tagesordnung. Auch kirchliche Trauungsorgane hatten in zahlreichen Fällen – aus Unkenntnis über die tatsächlich geltenden Rechtsnormen – ihre Kompetenzen überschritten und gesetzwidrige Eheschließungen durchgeführt.⁷⁴

Neben den zum Teil komplexen Problemen in der Handhabung des interlokalen Privatrechts waren die Behörden allgemein vor Schwierigkeiten bei der Feststellung der für die Anwendbarkeit des „burgenländischen“ Eherechts maßgeblichen Landesbürgerschaft gestellt, vor allem auch deswegen, weil bei den ärmeren Bevölkerungsschichten des Burgenlandes eine starke Wanderbewegung innerhalb des Bundesgebietes zu beobachten war.⁷⁵

Die eben beschriebenen Schwierigkeiten in der Vollziehung der zersplitterten österreichischen Eherechtsnormen dürften den burgenländischen Landtag am 25. April 1934⁷⁶ – also nur eine Woche vor Inkrafttreten des sogleich zu erläuternden Konkordatseherechts mit der neuen „Verfassung 1934“ – dazu bewogen haben, „anlässlich der sich vollziehenden verfassungsmäßigen Neuordnung des Staates“, darauf hinzuweisen, dass auf „dem wichtigen Rechtsgebiet des Eherechts ... gegenüber dem übrigen Bundesgebiet ... noch wesentliche Verschiedenheiten“ bestehen. Der Landtag forderte daher, „dass auf diesem Rechtsgebiet der Zustand der Rechtseinheit hergestellt werde“. Hinsichtlich des staatlichen Matrikelwesens sprach sich der Landtag aber dafür aus, es „in der gegenwärtigen Form (zu) erhalten“, da es eine „vorzüglich durchgebildete und zweckmäßige Einrichtung“ sei.

a) Einfluss des Konkordatseherechts auf das burgenländische Eherecht seit 1934: Das mit dem Heiligen Stuhl am 5. Juni 1933⁷⁷ abgeschlossene Konkordat bestimmte über das in Österreich geltende Eherecht, dass „Die Republik Österreich ... den gemäß dem kanonischen Recht geschlossenen Ehen die bürgerlichen Rechtswirkungen“ zuerkenne (Artikel VII § 1). Neben die beiden bestehenden weltlichen Eherechtsordnungen des ABGB und des „burgenländischen“ Eherechts war so eine weitere hinzugetreten: Die des kanonischen Rechts als Statutarrecht für inländische Katholiken.

⁷⁴ Die Auswirkungen des konfessionell und seit dem Wirksambleiben des burgenländischen Sonderrechts nun auch lokal gespaltenen österreichischen Eherechts in der Praxis zeigt sehr anschaulich ein Aktenkonvolut mit dem Titel „Eherecht und Eheverfahren“, das sich im Allgemeines Verwaltungsarchiv, Akten des Justizministeriums 1918–1927, Sammelsignatur (wie Fußnote 21), befindet.

⁷⁵ Im übrigen gab es natürlich auch Versuche, widerrechtlich eine Rückdatierung des Heimatrechts auf den Stichtag 29. August 1921 zu erlangen, um mit dem rechtzeitigen Besitz der Landesbürgerschaft auch in den Genuss des „burgenländischen“ Eherechts zu gelangen: *Klang*, Privatrecht (wie Fußnote 44), 176.

⁷⁶ Protokoll Landtag (wie Fußnote 15), 1934, 482.

⁷⁷ Vergleiche zum Folgenden auch *Iby*, Eherecht (wie Fußnote 5), 270ff.

Für das System der obligatorischen Zivilehe im Burgenland bedeutete das Inkrafttreten des Konkordats gleichzeitig mit der Verfassung am 1. Mai 1934⁷⁸, dass nach Wirksamwerden des Durchführungsgesetzes zum Konkordat für katholische Burgenländer, auf die das „burgenländische“ Eherecht bisher anwendbar war, seit 8. Mai 1934⁷⁹ die Wahlmöglichkeit zwischen Aufgebot und Trauung nach kirchlichem oder „burgenländischem“ Eherecht bestand. Für diesen Personenkreis wurde das System der obligatorischen Zivilehe zwar nicht aufgehoben, aber durch das der fakultativen ersetzt.

Die Aufhebung des bisher im Burgenland geltenden Eherechts war, wie die ausdrücklichen Hinweise im Durchführungsgesetz auf den „im Burgenland geltenden ungarischen Gesetzesartikel XXXI vom Jahre 1894“ unter Beweis stellen, auch gar nicht beabsichtigt.⁸⁰ Umstritten war nun jedoch, ob durch das Konkordat beziehungsweise des dazu ergangenen Durchführungsgesetzes, nicht einzelne Bestimmungen dieses Gesetzesartikels unanwendbar geworden sind. Das Konkordat enthielt nämlich eine Generalklausel, wonach „alle in Österreich noch in Geltung stehenden Gesetze und Verordnungen, insoweit sie mit den Bestimmungen des Konkordats in Widerspruch“ standen, außer Kraft zu treten haben. Als unvereinbar mit dem Konkordat konnte natürlich die Auflösbarkeit burgenländischer Katholikenehen aufgefasst werden, sofern der staatlichen Ziviltrauung auch eine kirchliche Einsegnung gefolgt war, was in der Praxis häufig vorkam.⁸¹ Hinzu kam, dass durch die erwähnte starke Wanderbewegung zahlreiche burgenländische Landesbürger ihren Wohnsitz außerhalb des Burgenlandes hatten, wodurch sie nach den Regeln des interlokalen Privatrechts nun hinsichtlich der Form der Eheschließung der kirchlichen Trauungsbefugnis unterworfen waren. Die Frage, inwieweit sich das Konkordat auch auf solche burgenländische Ehen beziehen wollte, war in der Praxis heftig umstritten.⁸² Der OGH hatte sich 1935 in einem Erkenntnis dahingehend ausgesprochen, dass die Auflösbarkeit burgenländischer Katholikenehen grundsätzlich nach dem ungarischen Recht und den hierzu ergangenen Durchführungsverordnungen zu beurteilen sei, selbst wenn die Eheschließung außerhalb des Burgenlandes durch ein kirchliches Trauungsorgan erfolgt war⁸³, und zwar per argumentum e contrario, weil weder dem Konkordat noch dem Durchführungsgesetz Entgegenstehendes zu entnehmen sei. Hätte der Gesetzgeber eine „so weitgehende Rückwirkung“ des Konkordats gewünscht, wäre dies im Durchführungsgesetz „in unzweifelhafter Weise zum Ausdruck zu bringen“ gewesen.⁸⁴

Diese Entscheidung empörte große Teile der Bevölkerung und kirchliche Kreise. Die Bundesregierung war sogar gezwungen, mit einer Novelle zum Durchführungsgesetz dieser

⁷⁸ Bundesgesetzblatt des Bundesstaates Österreich, Teil II Nummer 1 und 2.

⁷⁹ Bundesgesetzblatt II Nummer 8 vom 4. 5. 1934, ausgegeben am 7. 5: Wirksamkeitsbeginn daher der 8. 5.

⁸⁰ Oberster Gerichtshof 12. 3. 1935, in: Sammlung (wie Fußnote 43) XVII (1935), Wien 1935, Nummer 51 (144–149). – Hierzu vergleiche auch *Iby*, Eherecht (wie Fußnote 5), 294ff.

⁸¹ Sammlung (wie Fußnote 43), 144.

⁸² Die Form der Eheschließung richtete sich, den Regeln des interlokalen Privatrechts entsprechend, nach dem Recht des Ortes, an dem sie vorzunehmen war: 10 Absatz 1, Ziffer 2 der Verordnung Bundesgesetzblatt Nummer 316/1922; die örtliche Zuständigkeit des kirchlichen Trauungsorgan ergibt sich nach dem Wohnsitz der Brautleute; *Haeller*, Eherecht (wie Fußnote 32), 452ff.

⁸³ Erkenntnis vom 13. 3. 1935, in: Sammlung (wie Fußnote 43), 144.

⁸⁴ Allgemeines Verwaltungsarchiv, Akten des Justizministeriums 1918–1927 (wie Fußnote 21), Karton 60: Geschäftszahl 11.019/34.

Entscheidung des OGH mit einer authentischen Interpretation entgegenzuwirken.⁸⁵ Nunmehr durfte eine „Lösung der Ehe durch die staatlichen Gerichte gemäß den §§ 75–103 des im Burgenland geltenden ungarischen Gesetzesartikels XXXI aus dem Jahr 1894“⁸⁶ bei „kirchlichen Ehen, denen bürgerliche Rechtswirkungen“ zugekommen waren, nicht mehr stattfinden, selbst „wenn die Ehe vorher oder nachher vor einem staatlichen Trauungsorgan geschlossen worden ist“.⁸⁷

Ein Teil der Rechtsprechung hatte diese Änderung nun dahingehend verstanden, dass eine Scheidung „burgenländischer“ Ehen grundsätzlich verboten war, sofern eine kirchliche Trauung neben der zivilen stattgefunden hatte. Dem Konkordat wurde somit unterstellt, es wolle allen gemäß katholischem Ritus geschlossenen Ehen bürgerliche Rechtswirkungen zuerkennen. Diese Auslegung wäre zwar der Intention des Konkordats entgegengekommen, sie war aber doch zu weit gegangen, denn die neuen in das Durchführungsgesetz eingefügten Paragraphen hatten sich eindeutig auf kirchliche Eheschließungen nach Inkrafttreten des Konkordats bezogen. Auf solche vor seinem Inkrafttreten sollte sich die Unauflösbarkeit der Katholikenehen also nur dann auswirken, wenn diesen Ehen schon mit der kirchlichen Trauung bürgerliche Rechtswirkungen zugekommen waren.⁸⁸

Nachdem die Frage der Auflösbarkeit burgenländischer Katholikenehen durch die Novellierung des Durchführungsgesetzes zum Konkordat klargestellt war, hat sich auch bald eine gleichförmige Rechtsprechung hierüber entwickelt. Umstritten blieb aber nach wie vor die rechtswidrige Praxis⁸⁹ einzelner Bezirksgerichte, „burgenländische“ Ehen gemäß außerburgenländischem Eherecht von Tisch und Bett zu trennen.

Mit Wirksamwerden des Systems der fakultativen Ziviltrauung im Burgenland musste auch das staatliche Matrikelwesen entsprechend angepasst werden.⁹⁰ Eine Verordnung zum Konkordatsdurchführungsgesetz verpflichtete die staatlichen Matrikelführer, kirchliche Trauungen burgenländischer Landesbürger nach Anzeige seitens des kirchlichen Trauungsorgans in das staatliche Heiratsregister einzutragen, ohne aber die Gültigkeit der

⁸⁵ Bundesgesetz über die Abänderung des Bundesgesetzes, betreffend Vorschriften auf dem Gebiet des Eherechtes zur Durchführung des Konkordates ..., ohne Datum, da auf Grundlage des Ermächtigungsgesetzes vom 30. 4. 1934 (Bundesgesetzblatt I Nummer 255) erlassen, ausgegeben am 17. 4. 1935; *Gustav Ratzenhofer*, Die Bedeutung des Konkordats für die Entwicklung des österreichischen Eherechts, in: *Notariatszeitung* 77, Wien 1935, 27.

⁸⁶ § 7 litera a des zitierten Gesetzes.

⁸⁷ § 7 litera b des zitierten Gesetzes.

⁸⁸ Hierzu und zum Folgenden: *Rudolf Herrmann*, Die eherechtlichen Bestimmungen des Konkordates, in: *Österreichische Anwalts-Zeitung* 11, Wien 1934, 410 Fußnote 26; ebenso *Haeller*, Eherecht (wie Fußnote 32), 452ff; die Rechtsprechung war erstmals 1935 dieser Ansicht gefolgt.

⁸⁹ *Köstler*, Konkordats-Eherecht (wie Fußnote 32), 7f; Allgemeines Verwaltungsarchiv, Akten des Justizministeriums 1918–1927, Sammelsignatur (wie Fußnote 21).

⁹⁰ Zum Folgenden: *Köstler*, Konkordats-Eherecht (wie Fußnote 32), 7f; *Anton Scharnagel*, Das neue deutsche Ehegesetz mit den für das Land Österreich und das Sudetenland geltenden Sondervorschriften, München 1939, 13f Fußnote 2; *Johannes Hollnsteiner*, Das Konkordat in seiner kirchen- und staatsrechtlichen Bedeutung unter besonderer Berücksichtigung eherechtlicher Bestimmungen, Leipzig-Wien-Berlin 1934, 27f, 63, 74.

Eheschließung prüfen zu dürfen.⁹¹ Nur mit der Eintragung im staatlichen Heiratsregister entfalteten solche Ehen bürgerliche Rechtswirkungen.

b) Auswirkungen des deutschen Ehegesetzes auf das „burgenländische“ Eherecht seit 1938: Nach dem Anschluss Österreichs an das Deutsche Reich war mit der grundsätzlichen Rezeption der einfachgesetzlichen österreichischen Rechtsordnung auch das „burgenländische“ Eherecht in Wirksamkeit verblieben.⁹² Nach Aufhebung der österreichischen Bundesbürgerschaft und der Landesbürgerschaften durch die Einführung des deutschen Staatsbürgerschaftsrechts im Juli 1938⁹³, fehlte aber der für die Anwendbarkeit des „burgenländischen“ Eherechts maßgebliche Anknüpfungspunkt, die burgenländische Landesbürgerschaft. Bis zum Wirksamwerden des Ehegesetzes⁹⁴ schien damit ein Zeitraum bestanden zu haben, in dem unmittelbar anwendbare Bestimmungen für die Eheschließung ehemals burgenländischer Landesbürger fehlten. Katholiken verblieb wenigstens eine der Wahlmöglichkeiten des ehemaligen Systems der fakultativen Zivilehe, das Konkordateheerrecht. Diese gravierende Folge konnte mit der Aufhebung der Landesbürgerschaft freilich nicht beabsichtigt gewesen sein, da sie nicht den Zweck verfolgt haben konnte, die Anwendbarkeit des „burgenländischen“ Eherechts zu regeln.⁹⁵ Die im Zeitraum von der Aufhebung der Landesbürgerschaft (13. März)⁹⁶ bis zum Inkrafttreten des Ehegesetzes (1. August) von ehemals burgenländischen Landesbürgern vor den staatlichen Behörden geschlossenen Ehen waren daher als gültig zustandegekommen anzusehen.⁹⁷

Das am 1. August 1938 im Gebiet der ehemaligen Republik Österreich in Kraft getretene Ehegesetz enthielt keine taxative Aufzählung jener Normen des österreichischen Eherechts, die mit seinem Wirksamwerden außer Kraft treten sollten, sondern eine Generalklausel, wonach „Vorschriften des österreichischen Rechts, die Gegenstände betreffen, die durch dieses Gesetz geregelt sind“, ihre Wirksamkeit verloren (§ 128).⁹⁸ Der erste Abschnitt des „burgenländischen“ Eherechts, welcher das Verlöbnisrecht⁹⁹ enthielt, war davon somit nicht

⁹¹ Verordnung des gemäß der EntschlieÙung des Bundespräsidenten vom 23. September 1933 (Bundesgesetzblatt Nummer 434) zuständigen Bundesministers im Einvernehmen mit den beteiligten Bundesministern vom 7. 5. 1934, womit in Durchführung des Bundesgesetzes vom 4. 5. 1934 (Bundesgesetzblatt II, Nummer 8) matrikelrechtliche Fragen im Burgenland geregelt werden: Bundesgesetz Nummerblatt Nummer 11, Artikel II § 2.

⁹² Dazu grundsätzlich: *Brauneder*, Verfassungsgeschichte (wie Fußnote 1), 248f; *Ignaz Seidl-Hohenveldern*, Die Überleitung von Herrschaftsverhältnissen am Beispiel Österreichs, Wien 1982, 39.

⁹³ [Deutsches] Reichsgesetzblatt, herausgegeben vom Reichsministerium des Innern, Berlin 1922, Teil 1, 790; Gesetzblatt für das Land Österreich Nummer 236: § 1 Absatz 1.

⁹⁴ Gesetz vom 6. 7. 1938 (deutsches Reichsgesetzblatt I, 807; Gesetzblatt Land Österreich, Wien 1938, Nummer 244) „zur Vereinheitlichung des Rechts der Eheschließung und Ehescheidung im Lande Österreich und im übrigen Reichsgebiet“; es trat in seinen wesentlichen Bestimmungen am 1. 8. 1938 (§ 129) in Österreich in Kraft.

⁹⁵ Zum Folgenden: *Wentzel*, in *Klang*, Kommentar (wie Fußnote 35), 307ff.

⁹⁶ Die Verordnung vom 3. 7. war rückwirkend auf den 13. 3. 1938 erlassen worden.

⁹⁷ So *Wentzel*, in *Klang*, Kommentar (wie Fußnote 35), 307.

⁹⁸ *Fritz Schwind* Kommentar zum österreichischen Eherecht, Wien 1951, 274, glaubte, dass der Gesetzgeber sich in Hinblick auf die „fortschreitende Rechtsvereinheitlichung“ gar nicht der Mühe unterziehen wollte, jene Bestimmungen im einzelnen festzustellen.

⁹⁹ §§ 1–5 Gesetzartikel XXXI/1894; weitere Bestimmungen, die in Wirksamkeit verblieben sind: § 89 über die Herausgabepflicht der schuldig geschiedenen beziehungsweise getrennten Ehegattin hinsichtlich der ihr vom Ehegatten übergebenen Brautgeschenke; § 105 Absatz 2 und § 106 normieren Rechtsfolgen aus der Trennung von Tisch und Bett.

betroffen, weil dieses einen Gegenstand regelte, der vom EheG selbst nicht geregelt wurde. Die Anwendbarkeit dieser Bestimmungen¹⁰⁰ des „burgenländischen“ Eherechts blieb jedoch nach Wegfall der Landesbürgerschaften¹⁰¹ sistiert. Ihre Geltung wurde aber auch nicht durch das Gesetz vom 1. Oktober 1938¹⁰², „mit dem das ehemalige österreichische Land Burgenland aufgelöst wird“, aufgehoben, denn dieses hatte die Weitergeltung des bisherigen burgenländischen Landesrechts sogar ausdrücklich angeordnet, das „burgenländische“ Verlöbnisrecht blieb aber wegen des fehlenden Anknüpfungspunktes weiter unanwendbar.

Mit dem Ehegesetz war in Österreich nicht zugleich auch das deutsche Personenstandsgesetz eingeführt worden, sodass für die Matrikelführung Übergangsbestimmungen notwendig¹⁰³ wurden. Für das Burgenland hatte sich in Bezug auf die Matrikelführung aber nichts Wesentliches geändert, denn vom Ehegesetz (§ 99 Absatz 2) wurden die bisherigen staatlichen Matrikelführer als Standesbeamte übernommen, sodass bis zum Wirksamwerden des Personenstandsgesetzes am 1. Jänner 1939¹⁰⁴ im Burgenland materiell bloß jener Rechtszustand wiederhergestellt wurde, welcher dort schon vor Inkrafttreten des Konkordats 1934 bestanden hatte.

Die „besonderen Verfahrensbestimmungen für das Burgenland“ wurden allerdings mit dem Ehegesetz (§ 108) ausdrücklich aufgehoben, sodass der ungarische Gesetzartikel I aus 1911 (die ungarische Zivilprozessordnung) vollständig außer Kraft gesetzt wurde.

c) Entwicklung seit 1945: Nach 1945 wurde mit der Verfassungs-Überleitung¹⁰⁵ die Rückkehr zum österreichischen Verfassungsrecht nach dem Stand vom 5. März 1933 bewirkt¹⁰⁶, für den Bereich der einfachgesetzlichen Rechtsordnung aber wurde mit einem eigenen Verfassungsgesetz über die Rechts-Überleitung an die bisherige Rechtsordnung angeknüpft, ausgenommen (1.) Bestimmungen, „die mit dem Bestand eines freien und unabhängigen Staates Österreich oder mit den Grundsätzen einer echten Demokratie unvereinbar“ waren, die dem Rechtsempfinden des österreichischen Volkes zuwiderliefen oder typisches Gedankengut des Nationalsozialismus enthielten.“¹⁰⁷ Das deutsche Ehegesetz blieb somit grundsätzlich in Kraft. Ausdrücklich aufgehoben wurden in Hinblick auf das

¹⁰⁰ Zum Folgenden: *Wentzel*, in *Klang*, Kommentar (wie Fußnote 35), 308, insbesondere Fußnote 75.

¹⁰¹ Durch die Verordnung vom 30. 6. 1939 (deutsches Reichsgesetzblatt I, 1072; Gesetzblatt Land Österreich Nummer 840) sind auch die für den Erwerb der Landesbürgerschaft maßgeblichen Heimatrechte aufgehoben worden.

¹⁰² Deutsches Reichsgesetzblatt I, 1333; Gesetzblatt Österreich Nummer 443.

¹⁰³ § 99 Absatz 1 Ehegesetz: Außerhalb des Burgenlandes waren die Bezirkshauptmannschaften, in Wien und den landesunmittelbaren Städten die Bürgermeister als Standesbeamte eingesetzt worden.

¹⁰⁴ Vom 3. 11. 1937 (deutsches Reichsgesetzblatt I, 1146) wurde gemäß Verordnung vom 2. 7. 1938 (deutsches Reichsgesetzblatt I, 803; Gesetzblatt Österreich Nummer 287) „über die Einführung des deutschen Personenstandrechts im Lande Österreich“ mit 1. 1. 1939 in Wirksamkeit gesetzt.

¹⁰⁵ Verfassungsgesetz vom 1. 5. 1945 über das neuerliche Wirksamwerden des Bundes-Verfassungsgesetzes in der Fassung von 1929 (Staatsgesetzblatt Nummer 4).

¹⁰⁶ Nach der Ausschaltung des österreichischen Parlamentarismus durch Bundeskanzler Engelbert Dollfuß am 4. März 1933 wurde von der christlichsozialen Bundesregierung auf Basis des Kriegswirtschaftlichen Ermächtigungsgesetzes von 1917 ein autoritärer Kurs eingeschlagen: *Neschwara*, Entwicklung (wie Fußnote 1), 166ff; *Brauneder*, Verfassungsgeschichte (wie Fußnote 1), 231ff.

¹⁰⁷ § 1 Absatz 1 des Verfassungsgesetzes vom 1. 5. 1945 betreffend die Wiederherstellung des Rechtslebens in Österreich (Staatsgesetzblatt Nummer 5): so genanntes Rechts-Überleitungsgesetz.

Rechts-Überleitungsgesetz aber jene Bestimmungen des Ehegesetzes und der dazu ergangenen Durchführungsverordnungen, welche diesen Kriterien nicht entsprachen.¹⁰⁸

Auch das „burgenländische“ Eherecht wurde in jenem Umfang, den ihm das Ehegesetz nach 1938 belassen hatte, übergeleitet. Seine Anwendbarkeit blieb aber weiterhin sistiert, weil sowohl das Staatsbürgerschafts-Überleitungsgesetz 1945¹⁰⁹ als auch alle ihm nachfolgenden Staatsbürgerschaftsgesetze die in Artikel 6 Bundes-Verfassungsgesetz vorgesehene Trennung der Staatsbürgerschaft in eine Bundes- und in Landesbürgerschaften nicht wieder eingeführt hatten.¹¹⁰

3.3 GRUNDBUCHSORDNUNG

3.3.1 ÜBERLEITUNG DER UNGARISCHEN GRUNDBÜCHER

Nachdem das bürgerliche Recht auf das Burgenland mit Wirkung zum 15. Juni 1922 erstreckt worden war¹¹¹, war es notwendig geworden, das österreichische Grundbuchsgesetz im Burgenland in Geltung zu setzen.¹¹² Der Umstand, dass die Grundbücher in Ungarn mangelhaft geführt worden waren, und in einzelnen Gebieten des Burgenlands der Buchstand von den wirklichen Rechtsverhältnissen abwich, machte dazu besondere Vorbereitungen erforderlich. Auch in jenen Gebieten, wo eine gewissenhafte Grundbuchsführung zu konstatieren war, gab es Probleme in der praktischen Handhabung der Grundbuchsordnung, etwa wegen fehlender deutscher Übersetzungen in der Urkundensammlung.

Der erste Schritt zur Anpassung der übergeleiteten ungarischen Grundbücher an das österreichische Recht erfolgte mit Verordnung des Bundeskanzleramts vom 19. Jänner

¹⁰⁸ Staatsgesetzblatt Nummer 6: Verfassungsgesetz vom 1. Mai 1945 über die Wiederherstellung des Rechtslebens in Österreich (Rechts-Überleitungsgesetz - R-ÜG).

¹⁰⁹ Auch die Vorläufige Verfassung vom 1. 5. 1945 (Staatsgesetzblatt Nummer 5) kannte nur eine einheitliche, ungeteilte Staatsbürgerschaft: Vergleiche den historischen Überblick bei *Walter Zeyringer / Herbert Muszger* (Herausgeber), Österreichisches Staatsbürgerschaftsrecht, Juridica-Verlag, Wien 1985, 279 Seiten (insbesondere 8ff), ferner *Robert Walter*, Österreichisches Bundesverfassungsrecht, Manz, 1972, 872 Seiten (138, 140); *Robert Walter / Heinz Mayer / Gabriele Kucsko-Stadlmayer*, Grundriß des österreichischen Bundesverfassungsrechts, 10. Auflage, Manz, Wien 2007, 850 Seiten, Randziffer 200f (200).

¹¹⁰ Die bisher im geltenden Staatsbürgerschaftsgesetz 1985 in Aussicht gestellte „Unterteilung der Staatsbürgerschaft in eine Bundes- und eine Landesbürgerschaft“ durch eine künftige „besondere bundesverfassungsrechtliche Regelung“ wurde mit der Bundes-Verfassungsgesetz-Novelle 1988 beseitigt: Artikel 6 regelt nunmehr ausdrücklich „eine einheitliche Staatsbürgerschaft“ (Absatz 1). – Die Bestimmungen der Landesverfassung des Burgenlandes 1982 (Landesgesetzblatt des Burgenlandes Nummer 42/1981) über „Landesbürgerinnen und Landesbürger“ (Artikel 5 Landes-Verfassungsgesetz) sind staatsbürgerschaftsrechtlich ohne Belang, sie bieten insbesondere auch keinen für die Anwendbarkeit des „burgenländischen“ Eherechts maßgeblichen Anknüpfungspunkt: Bundesverfassungsgesetz vom 29. 11. 1988 (Bundesgesetzblatt Nummer 685 Artikel I und II. Die Bestimmung in Artikel 5 Landes-Verfassungsgesetz will keine normativen Rechtsfolgen regeln, durch ihre Ähnlichkeit mit dem Begriff „Landesbürgerschaft“ könnte sie aber Anlass zu Missverständnissen geben: So die Stellungnahme der Bundesregierung gemäß Artikel 98 Bundes-Verfassungsgesetz, vermutlich Ende 1981 an die burgenländische Landesregierung unter Geschäftszahl 650/2-V/2/81.

¹¹¹ Verordnung vom 29. 5. 1922 (Bundesgesetzblatt Nummer 315/1922).

¹¹² *Heinrich Klang*, Die Grundbuchanlegung im Burgenlande, in: Juristische Blätter 56 (1927), 165f; *Heinrich Klang*, Vorbemerkungen zu den §§ 431 bis 446. Grundzüge des Materiellen Grundbuchsrechtes, in: *Heinrich Klang* (Herausgeber), Kommentar zum Allgemeinen bürgerlichen Gesetzbuch, Wien 1930, Band I, 2. Halbband (§§ 353 bis 530), 179f; vergleiche *Polaschek*, Rezeption (wie Fußnote 5) 243.

1926¹¹³, betreffend die Herstellung der Grundbuchsordnung in einigen Gebieten des Burgenlands, insbesondere im Sprengel des Bezirksgerichtes Jennersdorf, und deren Überführung in das österreichische Grundbuchssystem. Sie hatte aber auch Rechtsfragen zum Gegenstand, die sich aus der verzögerten Übergabe der Grundbücher durch Ungarn ergaben. Um diese Missstände zu beseitigen, wurden das Bundesgesetz vom 31. März 1927¹¹⁴ über die Anlegung neuer Grundbücher im Burgenland und die dazu eine Durchführungsverordnung des Justizministers vom 29. Dezember 1927¹¹⁵ erlassen.

Die vollständige Neuanlegung der Grundbücher sollte im Burgenland die Rechtsangleichung an das österreichische Grundbuchsrecht gewährleisten.¹¹⁶ Für das Verfahren wurden vom Bundeskanzleramt aus dem Kreis der Richter sogenannte Lokalkommissäre bestellt. Außerdem war bei Parteienverhandlungen ein beeideter Schriftführer beizuziehen. Am Oberlandesgericht Wien bestand eine Landeskommission. Sie führte die Leitung und Aufsicht über die Grundbuchsanlage und bestand aus Richtern des Oberlandesgerichts, unter anderem gehörte ihr der Präsident beziehungsweise sein Stellvertreter als Vorsitzender an. Sie hatte die Arbeiten der Lokalkommissäre zu prüfen und musste die Arbeitspläne für das Vorgehen bei der Grundbuchsanlage erstellen.¹¹⁷

3.3.2 ANLEGUNG NEUER GRUNDBÜCHER

Wie die Anlegung neuer beziehungsweise in Einzelfällen die Berichtigungen der übernommenen ungarischen Grundbücher durchgeführt wurde, soll im Folgenden skizziert werden.¹¹⁸

Zunächst wurden anhand der übernommenen ungarischen Grundbücher und der betreffenden Register, Urkundensammlungen und Grundbuchsmappen Erhebungen an Ort und Stelle vorgenommen, um die Rechtsverhältnisse an den zur betreffenden Katastralgemeinde gehörigen Parzellen unter Einbeziehung der betroffenen Parteien aufgrund vorgelegter Urkunden zu klären. Über diese Erhebungen war ein Protokoll aufzunehmen, das aber nur das Ergebnis der Erhebung und wesentliche Parteienäußerungen beinhaltete. Nach Abschluss dieser Erhebungen wurden bei unstreitigen Fällen die entsprechenden Grundbucheinlagen für das neue Grundbuch konzipiert; in jenen Fällen, bei denen anzunehmen war, dass es zu einer Anfechtung der konzipierten Eintragungen kommen wird, wurden zunächst so genannte Besitzbögen verfasst. Diese mussten gemeinsam mit den anderen Grundbuchsverzeichnissen im Gemeindeamt für eine Dauer von dreißig Tagen zur Einsichtnahme aufgelegt werden. Innerhalb dieser Ediktalfrist konnten Einwendungen wegen Unvollständigkeit oder Unrichtigkeit erhoben werden. Anschließend wurden die Akten der Landeskommission beim Oberlandesgericht zur Überprüfung vorgelegt und danach an das zuständige Grundbuchsgericht weitergeleitet. Die von ihm verfassten Grundbucheinlagen waren zur allfälligen Richtigstellung wieder der Landeskommission beim Oberlandesgericht vorzulegen.

¹¹³ Bundesgesetzblatt Nummer 31/1926.

¹¹⁴ Bundesgesetzblatt Nummer 119/1927.

¹¹⁵ Bundesgesetzblatt Nummer 8/1928.

¹¹⁶ Vergleiche *Heinrich Bartsch*, Das österreichische allgemeine Grundbuchsgesetz in seiner praktischen Anwendung, 6. Auflage Wien 1928, 641.

¹¹⁷ Vgl. *Bartsch*, Grundbuch (wie Fußnote 116), 641f.

¹¹⁸ Die dem Verfahren zugrundeliegenden Vorschriften wurden vom Bundesministerium für Justiz separat als Broschüre veröffentlicht: Vorschriften über die Anlegung neuer Grundbücher im Burgenlande, Wien 1928.

Nach Abschluss des Richtigstellungsverfahrens erlangte der Inhalt des neuen Grundbuches die Wirkung grundbücherlicher Eintragungen gemäß österreichischem Grundbuchsrecht.¹¹⁹ Bezüglich der zu übertragenden Lasten schloss sich das Grundbuchsanlagegesetz für das Burgenland den österreichischen Anlegungsvorschriften an.¹²⁰

In Fällen, in denen sich die Anlage neuer Grundbücher auf die Berichtigungen der vorhandenen ungarischen Grundbücher beschränken konnte, hatte der Lokalkommissär unter Mitwirkung der Vermessungsämter die bestehenden Grundbücher auf allfällige Veränderungen zu prüfen. Der Lokalkommissär hatte die Parteien danach zur Richtigstellung der Prüfungsergebnisse aufzufordern. Allfällige Änderungen wurden dann, nach Vorlage der Akten durch den Landeskommissär, vom zuständigen Grundbuchsgericht genehmigt und im vorhandenen ungarischen Grundbuch berücksichtigt. Auf Grundlage der berichtigten ungarischen Grundbücher erfolgte sodann die Anlage neuer Grundbücher.¹²¹

Sobald alle Entwürfe der neuen Grundbuchseinlagen für eine Katastralgemeinde fertig gestellt waren, wurde mit Edikt zur Stellungnahme aufgefordert, um noch Fälle zu konstatieren, bei denen die Aufzeichnungen über die Rechtsverhältnisse an einer Liegenschaft immer noch nicht mit der Wirklichkeit übereinstimmten. Die Erhebungen, die darüber durchgeführt wurden, folgten dem gleichen Verfahren wie bei der Anlage neuer Grundbücher. Nach Beendigung der Erhebungen waren die Entwürfe der Grundbuchseinlagen je nach dem Ergebnis der Erhebungen entweder zu berichtigen oder eben nicht. Die Akten wurden danach der Landeskommission beim Oberlandesgericht zur Überprüfung übergeben, anschließend wurden, nach den Vorschriften für die Anlage neuer Grundbücher, die Grundbuchseinlagen verfasst.

4. RECHTSBEREINIGUNG

Mit dem burgenländischen Rechtsbereinigungsgesetz wurden 1996 sämtliche als Landesrecht in Geltung stehenden Normen, soweit sie vor dem 1. Jänner 1965 in Kraft getreten sind und obsolet geworden sind, aufgehoben.¹²² Soweit normativ als Landesrecht geltende Normen über ungarisches Recht noch existierten sind sie mit 1. Juni 1996 aufgehoben worden. Die im Bereich des „burgenländischen“ Eherechts obsolet gewordenen Bestimmungen über das Verlöbnisrecht sind davon als bundesrechtliche Normen nicht erfasst worden. Sie sind erst 1999 mit dem (ersten) Bundesrechtsbereinigungsgesetz formell aus der österreichischen Rechtsordnung getilgt worden. Mit dem Bundesrechtsbereinigungsgesetz wurden grundsätzlich alle vor dem 1. Jänner 1946 kundgemachten und als Bundesrecht normativ in Geltung stehenden Bestimmungen außer Kraft¹²³ gesetzt. Ausgenommen blieben nur die im Anhang zum Bundesrechtsbereinigungsgesetz angeführten Bestimmungen: Dort fehlen jene Normen, mit welchen die 1922 als ungarisches Recht rezipierten Bestimmungen des ungarischen Eherechts über als Verlöbnisrecht übergeleitet worden sind. Sie sind zwar bereits seit 1938 mit der Aufhebung der Landesbürgerschaft obsolet geworden, aber seitdem formal

¹¹⁹ Vgl. *Bartsch*, Grundbuchsgesetz (wie Fußnote 116), 642f.

¹²⁰ Vgl. *Bartsch*, Grundbuchsgesetz (wie Fußnote 116), 643.

¹²¹ Vgl. *Bartsch*, Grundbuchsgesetz (wie Fußnote 116), 644f.

¹²² Landesgesetzblatt Burgenland Nummer 64; vergleiche *Dax*, Rechtsüberleitung (wie Fußnote 5), 65; *Reingard Riener-Hofer*, Rechtsbereinigung und ihre Entwicklung in Österreich, Wien 2001, 125 ff.

¹²³ *Riener-Hofer*, Rechtsbereinigung (wie Fußnote 122), 122 ff

Elemente der österreichischen Rechtsordnung geblieben. Seit 1. Jänner 2000 ist ihre normative Geltung erloschen.

Literature:

- Altmann Ludwig / Jacob Siegfried / Weiser Max (Herausgeber), Das österreichische allgemeine bürgerlich Recht, Österreichische Staatsdruckerei, Wien 1923, 1149 Seiten.
- Amt der Burgenländischen Landesregierung, 50 Jahre Burgenland (= Burgenländische Forschungen Sonderheft III), Amt der Burgenländischen Landesregierung, Landesarchiv, Eisenstadt 1971.
- Bartsch Heinrich, Das österreichische allgemeine Grundbuchsgesetz in seiner praktischen Anwendung, Manz, 6. Auflage Wien 1928, 793 Seiten.
- Berchtold Klaus (Herausgeber), Österreichische Parteiprogramme 1868–1966, Verlag für Geschichte und Politik, Wien 1967, 528 Seiten.
- Berchtold Klaus, Verfassungsgeschichte der Republik Österreich, Band I (1918–1933), Springer, Wien 1998, 755 Seiten, ISBN 3-211-83188-6.
- Berlin Jon D. (Bearbeiter), Akten und Dokumente des Außenamtes (State Departement) der USA zur Burgenland-Anschlußfrage 1919–1920, Amt der Burgenländischen Landesregierung, Landesarchiv – Landesbibliothek, Eisenstadt 1977, 484 Seiten.
- Brauner Wilhelm, Deutsch-Österreich 1918. Die Republik entsteht, Amalthea, Wien 2000, 368 Seiten, ISBN 3-85002-433-4.
- Brauner Wilhelm, Die Provisorische und Konstituierende Nationalversammlung der Jahre 1918 bis 1920, in: Ernst Bruckmüller (Herausgeber), Parlamentarismus in Österreich, 110–129).
- Brauner Wilhelm, Österreichische Verfassungsgeschichte, 10. Auflage, Manz, Wien 2005, 292 Seiten, ISBN 3-214-14875-3.
- Bruckmüller Ernst (Herausgeber), Parlamentarismus in Österreich, Öbv&Hpt, Wien 2001, 208 Seiten, ISBN 3-209-03811-2.
- Bundesgesetzblatt für die Republik Österreich, Österreichische Staatsdruckerei, Wien 1921–1934 Teil I.
- Bundesgesetzblatt des Bundesstaates Österreich, Österreichische Staatsdruckerei, Wien 1934 Teil II–1938.
- Burgenländische Heimatblätter, Amt der Burgenländischen Landesregierung, Landesarchiv – Landesbibliothek und Landesmuseum, Eisenstadt, 1ff (1932ff).
- Dax Wolfgang, Burgenländisches Landesrecht, in: 50 Jahre Burgenland (= Burgenländische Forschungen Sonderheft III), 45–92.

- Dax Wolfgang, Rechtsüberleitung 1921–1938–1945. Besonderheiten des Burgenländischen Landesrechtes, in: Wolfgang Gürtler / Gerhard J. Winkler (Herausgeber), Forscher - Gestalter - Vermittler. Festschrift Gerald Schlag, 57–65.
- Demmer Othmar, Das ungarische Eherecht und die ungarische Zivilprozessordnung, in: Juristische Blätter 64 (1935), 271–275.
- Entscheidungen des österreichischen Obersten Gerichtshofes in Zivilsachen, Österreichische Staatsdruckerei, Wien 1918, Band I ff (1918 ff).
- Gerichts-Zeitung, Manz, Wien 1918 ff, Band 1ff.
- Geschichte und Gegenwart. Vierteljahreshefte für Zeitgeschichte, Gesellschaftsanalyse und politische Bildung, Styria, Graz, 1 (1982) – 19 (2000).
- Gesetzblatt Land für das Land Österreich, Österreichische Staatsdruckerei, Wien 1938–1940.
- Gesetz-Sammlung (herausgegeben vom Königlich ungarischen Ministerium des Innern) für das Jahr ..., Nagel, Budapest 1893ff.
- Gottl August (Herausgeber), Ungarische Zivilprozeßordnung mit Erläuterungen, Manz, Wien 1911, 608 Seiten.
- Gürtler Wolfgang / Winkler Gerhard J. (Herausgeber), Forscher - Gestalter - Vermittler. Festschrift Gerald Schlag, Amt der Burgenländischen Landesregierung, Abteilung 7-LM / Burgenländisches Landesmuseum, Eisenstadt 2001, 504 Seiten, ISBN 3-85495-142-5.
- Guglia Otto, Das Werden des Burgenlandes, Burgenländisches Landesarchiv, Eisenstadt 1961, 89 Seiten.
- Haeller Othmar, Das ungarische Eherecht und die ungarische Zivilprozeßordnung, in: Juristische Blätter 77 (1935), 450–454.
- Heidrich Charlotte, Burgenländische Politik in der ersten Republik, Verlag für Geschichte und Politik, Wien 1982, 204 Seiten, ISBN 3-7028-0195-2, 3-486-51221-8.
- Herrmann Rudolf, Die rechtlichen Bestimmungen des Konkordats, in: Österreichische Anwalts-Zeitung 7 (1934), 406–410.
- Hollnsteiner Johannes, Das Konkordat in seiner kirchen- und staatsrechtlichen Bedeutung unter besonderer Berücksichtigung eherechtlicher Bestimmungen, Steyrermühl, Leipzig-Wien-Berlin 1934, 79 Seiten.
- Iby Paul, Eherecht im Burgenland (1921–1938), theologische Dissertation, päpstliche Universität Universität Rom 1967, 296 Seiten.
- Juristische Blätter, Springer, Wien 1872ff.
- Klang Heinrich, Interlokales Privatrecht, in: Gerichts-Zeitung 75 (1924), 175–177.

- Klang Heinrich, Die Grundbuchsanlage im Burgenlande, in: Juristische Blätter 56 (1927), 165–166.
- Klang Heinrich (Herausgeber), Kommentar zum Allgemeinen bürgerlichen Gesetzbuch, Österreichische Staatsdruckerei, Wien 1930, Band I, 2. Halbband (§§ 353 bis 530), 476 Seiten.
- Klang Heinrich, Vorbemerkungen zu den §§ 431 bis 446. Grundzüge des Materiellen Grundbuchsrechtes, in: Heinrich Klang (Herausgeber), Kommentar zum Allgemeinen bürgerlichen Gesetzbuch, Band I, 2. Halbband, 177–199.
- Klang Heinrich (Herausgeber), Kommentar zum Allgemeinen bürgerlichen Gesetzbuch, Österreichische Staatsdruckerei, Wien 1930, Band III (§§ 1090–1292), 970 Seiten.
- Klang Heinrich (Herausgeber), Kommentar zum Allgemeinen bürgerlichen Gesetzbuch, Österreichische Staatsdruckerei, Wien 1933, Band I, 1. Halbband (Einleitung, Kundmachungspatent, §§ 1–352), 1310 Seiten.
- Klang Heinrich / Gschnitzer Franz (Herausgeber), Kommentar zum Allgemeinen bürgerlichen Gesetzbuch, Band I, 1. Halbband (Einleitung, Kundmachungspatent, §§ 1–136, das Ehegesetz §§ 1–131), Österreichische Staatsdruckerei, 2. Auflage, Wien 1964, 971 Seiten.
- Koch Klaus / Rauscher Walter / Suppan Arnold (Herausgeber), Außenpolitische Dokumente der Republik Österreich 1918–1938 (ADÖ), Band IV, Oldenbourg, Wien 1998, 518 Seiten, ISBN 3-486-56352-1 (Oldenbourg).
- Koch Klaus, Zwischen Staatsbankrott und Genfer Sanierung, in: Klaus Koch / Walter Rauscher / Arnold Suppan (Herausgeber), Außenpolitische Dokumente der Republik Österreich 1918–1938, Band IV, 9–25.
- Köstler Rudolf, Das österreichische Eherecht, Rikola-Verlag, Wien 1923, 157 Seiten.
- Köstler Rudolf, Der Weg zur Eherechtsreform, in: Gerichts-Zeitung 75 (1924), 171–174.
- Köstler Rudolf, Das österreichische Konkordats-Eherecht, Springer, Wien 1937, 178 Seiten.
- Kropf Rudolf (Leitung), Burgenland 1921. Anfänge, Übergänge, Aufbau. Symposium im Rahmen der „Schlaininger Gespräche“ vom 24.–29. September 1991 auf Burg Schlaining, Burgenländisches Landesmuseum, Eisenstadt 1996, 223 Seiten.
- Landesgesetzblatt für das Burgenland, Amt der Burgenländischen Landesregierung, Eisenstadt 1922ff.
- Lenhoff Arthur, Auflösung der Ehe und Wiederverhehlichung, Hölder-Pichler-Tempsky, Lenhoff Arthur, 28. Hauptstück. Von den Ehepakten, in: Heinrich Klang (Herausgeber),

- Kommentar zum Allgemeinen bürgerlichen Gesetzbuch, Band III (§§ 1090–1292), 509–894. 1926, 209 Seiten.
- Lenhoff Arthur, Zweites Hauptstück. Von dem Eherechte, in: Heinrich Klang (Herausgeber), Kommentar zum Allgemeinen bürgerlichen Gesetzbuch, Band I, 1. Halbband 367–834.
 - Münzenrieder Peter, Ein langer Weg. Der Anschluss des Burgenlandes an Österreich, geschichtswissenschaftliche Diplomarbeit, Universität Wien 2001, 94 Blätter.
 - Neschwara Christian, Rezeption als Reform: Das ungarische Eherecht im österreichischen Burgenland nach 1921, in: Zeitschrift für Neuere Rechtsgeschichte 1989, 39–62.
 - Neschwara Christian, Zur Entwicklung des Verfassungsrechts nach 1918, in: Herbert Schambeck (Herausgeber), Parlamentarismus und öffentliches Recht in Österreich, Teilband I, 83–96.
 - Neschwara Christian, Die Geltung des österreichischen Allgemeinen Bürgerlichen Gesetzbuches in Ungarn und seinen Nebenländern von 1853 bis 1861, in: Zeitschrift der Savigny-Stiftung für Rechtsgeschichte, Germanistische Abteilung 113 (1996), 362–376.
 - Neschwara Christian, Hans Kelsen als Verfassungsrichter: Seine Rolle in der Dispensehen-Kontroverse, in: Stanley Paulson / Michael Stolleis (Herausgeber), Hans Kelsen – Staatsrechtslehrer und Rechtsphilosoph, 353–384.
 - Notariatszeitung, Österreichischer Notarenverein, Wien 1920–1938.
 - Ogris Werner, Die Rechtsentwicklung in Cisleithanien 1848–1918, in: Wandruszka Adam / Urbanitsch Peter (Herausgeber), Die Habsburgermonarchie 1848–1918, Band II (Verwaltung und Rechtswesen), 538–662.
 - Österreichische Anwalts-Zeitung, Steyermühl, Wien 1924–1938.
 - Österreichisches Staatsarchiv Wien, Allgemeines Verwaltungsarchiv, Ministerratsprotokolle.
 - Österreichisches Staatsarchiv Wien, Allgemeines Verwaltungsarchiv, Justizministerium 1918–1927.
 - Paulson Stanley / Stolleis Michael (Herausgeber), Hans Kelsen – Staatsrechtslehrer und Rechtsphilosoph, Mohr Siebeck, Tübingen 2005, ISBN 3-16-148619-6.
 - Pisko Oskar / Klang Heinrich, Kundmachung des allgemeinen bürgerlichen Gesetzbuches, in: Heinrich Klang / Franz Gschnitzer (Herausgeber), Kommentar zum allgemeinen bürgerlichen Gesetzbuch, Band I, 1. Halbband, 2. Auflage, Wien 1964, 24–36.
 - Polaschek Martin F., Die Rezeption des österreichischen Rechtes im Burgenland, in: Geschichte und Gegenwart 10/3 (1992), 229–256.

- Ratzenhofer Gustav, Die Bedeutung des Konkordats für die Entwicklung des österreichischen Eherechts, in: Notariatszeitung 77 (1935), 25–29.
- Reichsgesetzblatt für die im Reichsrath vertretenen Königreiche und Länder, Österreichische Staatsdruckerei, Wien 1849ff.
- Reichsgesetzblatt, herausgegeben vom Reichsministerium des Innern, Verlag des Gesetzsammlungsamts, Berlin 1871ff, Teil 1.
- Schambeck Herbert (Herausgeber), Parlamentarismus und öffentliches Recht in Österreich, Teilband I, Duncker&Humblot, Berlin 1993, 549 Seiten, ISBN 3-428-07723-7.
- Scharnagel Anton, Das neue deutsche Ehegesetz mit den für das Land Österreich und das Sudetenland geltenden Sondervorschriften, Kösel&Pustet, München 1939, 193 Seiten.
- Schlag Gerald, Burgenland, in: Erika Weinzierl / Kurt Skalnik (Herausgeber), Österreich 1918–1938. Geschichte der Ersten Republik, Band II, 747–800.
- Schmidt Alexander, Die neue ungarische Civilprozeßordnung, Gesetzartikel I vom Jahre 1911, 217 Seiten, Leipzig 1911.
- Schwind Fritz, Kommentar zum österreichischen Eherecht, Manz, Wien 1951, 366 Seiten.
- Seidl-Hohenveldern Ignaz, Die Überleitung von Herrschaftsverhältnissen am Beispiel Österreichs, Springer, Wien 1982, 186 Seiten, ISBN 3-211-81731-X, 0-387-81731-X.
- Staatsgesetzblatt der Republik Deutschösterreich, Österreichische Staatsdruckerei, Wien 1918–1920.
- Stadler Karl Rudolf, Das Werden des Burgenlandes – ein Teil der österreichischen Nachkriegsgeschichte, in: Burgenländische Heimatblätter 33 (1971), 1–17.
- Stadler Karl Rudolf, Die Gründung der Republik, in: Erika Weinzierl / Kurt Skalnik (Herausgeber), Österreich 1918–1938. Geschichte der Ersten Republik, Band I, 55–84.
- Stenographische Protokolle des Österreichischen Nationalrates, I. Gesetzgebungsperiode, Österreichische Staatsdruckerei, Wien 1920–1934.
- Stenographische Protokolle der Sitzungen des Burgenländischen Landtags, Österreichische Staatsdruckerei, Wien 1922ff.
- Walter Robert / Mayer Heinz / Gabriele Kucsko-Stadlmayer, Grundriss des österreichischen Bundesverfassungsrechts, 10. Auflage, Manz, Wien 2007, 850 Seiten, ISBN 978-3-214-08888-0, 978-3-214-08889-7.
- Walter Robert, Österreichisches Bundesverfassungsrecht, Manz, 1972, 872 Seiten.
- Wandruszka Adam / Urbanitsch Peter (Herausgeber), Die Habsburgermonarchie 1848–1918, Verlag der Österreichischen Akademie der Wissenschaften, Wien 1975, Band II (Verwaltung und Recht), 791 Seiten, ISBN 3-7001-0081-7.

- Weinzierl Erika / Skalnik Kurt (Herausgeber), Österreich 1918–1938. Geschichte der Ersten Republik, Verlag Styria, Graz-Wien-Köln 1983, 1132 Seiten, ISBN 3-222-11456-0.
- Wentzel Othmar, Von dem Eherechte (§§ 15–43), in: Heinrich Klang / Franz Gschnitzer (Herausgeber), Kommentar zum allgemeinen bürgerlichen Gesetzbuch, Band I, 1. Halbband, 2. Auflage, Wien 1964, 299–423.
- Widder Helmut, Verfassungspolitische und verfassungsrechtliche Fragen bei der Angliederung des Burgenlandes an Österreich, in: Rudolf Kropf (Leitung), Burgenland 1921. Anfänge, Übergänge, Aufbau. Symposium im Rahmen der „Schlaininger Gespräche“ vom 24.–29. September 1991 auf Burg Schlaining, 27–38.
- Zeitschrift der Savigny-Stiftung für Rechtsgeschichte, Germanistische Abteilung, Boehlau, Weimar 1880ff.
- Zeitschrift für Neuere Rechtsgeschichte, Manz, Wien-ua 1979ff.
- Zeyringer Walter / Mussger Herbert (Herausgeber), Österreichisches Staatsbürgerschaftsrecht, Juridica-Verlag, Wien 1985, 279 Seiten.

Contact – email

Christian.neschwara@univie.ac.at

FORMING THE LEGAL ARGUMENTS OF THE HUNGARIAN POSITION IN THE CASE REGARDING THE ASSASSINATION IN MARSEILLE (1934)

BALÁZS PÁLVÖLGYI

Deák Ferenc Faculty of Law and Political Sciences, Széchenyi István University, Hungary

Abstract in original language

On 9th October 1934 the Yugoslavian king and the French foreign minister were shot in Marseille in the Place de la Bourse. When it became overt that the Great Powers would canalize the affair against Hungary, the Hungarian government intensified the preparation for it. So it started to collect the essays to form the legal defence, and some résumés were made in the ministry as well to prerepare the politicians. Although Hungary was involved in this affair by the support given to the Croatian refugees, it wasn't Hungary at all the most important state in the events. As the culpability of the Great Powers wasn't stable, it was Hungary alone, which could play the role given in return of the consequences of no importance.

Key words in original language

Marseille, assassination, 1934, Hungary, Yugoslavia, League of Nations, Croatian refugees, Eustacha.

1. THE MAIN QUESTIONS OF THE HUNGARIAN-YUGOSLAVIAN RELATION BEFORE THE ATTENTATE IN MARSEILLE

To comprehend the following events better, it is absolutely necessary to shortly overview the forming of the Hungarian-Yugoslavian relations in this term.

The relations between the two states were charged with a series of conflicts issued from the so-called „double-possessors” affair and the admission of the Croatian refugees in Hungary.¹ As there was several agriculturists and possessors who had a domain in Hungary and in Yugoslavia as well, the two states in the commercial treaty concluded in 1926² gave a solution to the problem of the customs and the transit as well.³ This treaty was renewed in 1928⁴, but in 1932 the Yugoslavian government refused the extension to keep it in force. In consideration of the relatively high number of the border-incidents during the years before, and of the other ground of the tensions, the activity of the Croatian refugees in Hungary, Budapest decided to take measures against those refugees, to defend the „double-possessors”, and to make the Yugoslavian government renounce his project to disappropriate these domains.

¹ HORY, ANDRÁS: *Bukaresttől Varsóig*. Gondolat, Budapest, 1987., 131. (From Bucarest to Warsaw) (Hory was the deputy-secretary of the Ministry of Foreign Affairs at that time).

² 1929/XLV. tc., 1929/XLVI. tc.

³ HORNYÁK, ÁRPÁD: *Magyar-jugoszláv diplomáciai kapcsolatok 1918-1927*. Forum, Újvidék, 2004. (Hungarian-Yugoslavian diplomatic relations).

⁴ 1929/XLVII. tc.

Having seen the failure of this strategy, the Hungarian government appealed to the League of Nations, without any consultation with the Great Powers, namely with the main ally, Italy.⁵

After the first indignation, the Yugoslavian government decided to enter into negotiations with the Hungarian party, and they had signed an agreement consisting of three documents by the summer of 1934. In the third confidential document the Yugoslavian party to let the Hungarian government take measures against the activity of the Croatian refugees.⁶

The other question, the question of the Croatian refugees went back to the 20's. The Hungarian politician's circles tried to create a good relation with the Croatian politicians who were dissatisfied with their new state. After a few attempts the Oustasha remained as the main Croatian partner. The Hungarian foreign policy supported the Croatian emigrants and naturally the members of the Oustacha as well: the government gave passports and from time to time money as well, and in 1931 allowed to create a training camp in Hungarian territory, in Jankapuszta, although the most important base of the organisation - in spite of the Italian-Yugoslavian rapprochement - remained Italy.⁷ The Yugoslavian government made a grievance of this policy without avail. Having changed the fighting process, the Oustacha committed bomb attentates in international trains, and prepared some assassinations in Yugoslavia as well. So in 1933 the Oustacha prepared an attack against a Yugoslavian judge, and posted a bomb from Hungary to Yugoslavia. When the pack was controlled in Yugoslavia, the bomb exploded in a police station causing the death of a policeman. In October of 1933 a series of articles were published in Yugoslavia concerning the training camp⁸, and in December the plan of the assassination of the Yugoslavian king in Zagreb turned out.^{9,10}

After these cases the Hungarian government estimated the Oustacha relation as rather compromising, and made efforts to rid off the members of the group.¹¹

⁵ GRATZ, GUSZTÁV: *Magyarország a két háború között*. Osiris, Budapest, 2001.,267. (Hungary between the two war).

⁶ PRITZ, PÁL: *Magyarország külpolitikája Gömbös Gyula miniszterelnöksége idején 1932-1936*. Akadémiai, Budapest, 1982. 173-174. (Hungary's foreign policy during the prime ministership of Gyula Gömbös 1932-1936).

⁷ The Croatian terrorist group was supported by Italy and Austria as well. Both of the states had important counter-interests with Yugoslavia, and they tried to exploit the possibilities to weaken it. So Vienna became one of the main centers of the Oustacha-emigrants, and the head of it lived in Italy.

⁸ The articles were written by a certain Jelka Pogorelec, who was a mistress of the leader of the training camp in Jankapuszta. The woman gave information about the life of the camp in Vienna. The article practically didn't enrich the knowledge of the Yugoslavian intelligence, but gave a new instrument to the confrontation. - *Jelka Pogorelec vallomása, utánnnyomás a Novostiból 1933.*, a Jugoszláv Sajtó r.t. Zágráb utánnnyomása - MOL K63-1934-16/6-6267, ECKHARDT, TIBOR: *Regicide at Marseille*. American Hungarian Library and Historical Society, New York, N.Y. 1964. , 30.

⁹ ORMOS, MÁRIA: *Merénylet Marseille-ben*. Második, javított és bővített kiadás. Kossuth, Budapest, 1984. 89-95. (Attentat in Marseille).

¹⁰ MILICEVIC, VLADETA: *Der Königsmord von Marseille. Das Verbrechen und seine Hintergünde*. Hohwacht, Bad Godesberg, 1959., 47.

¹¹ HENNYEY, GUSZTÁV: *Magyarország sorsa Kelet és Nyugat között*. Európa, Budapest, 1992., 50. (Hungary's destiny between East and West).

2. THE FACTS OF THE ASSASSINATION AND THE FIRST MEASURES OF THE HUNGARIAN GOVERNMENT

The assassin was killed in the tumult after the shots, and the first information of the police was rather embarrassing. The identification of the criminal was very difficult: although the arm of the murderer was tattooed with the abbreviation of the Macedonian terror-organisation V.R.M.O., and had a Czechoslovakian passport.¹² The information about the assassin gave two solutions for the identification of the person: he was either a Macedonian criminal, member of the V.R.M.O., who's place of departure to Marseille was unascertainable or a Croatian member of the Oustacha, who departed to Marseille from an Italian training camp. Whatever the facts published at this time were not convincing, during the investigation the effort of the French authorities to hide their own responsibility in the affair and the influence of the French foreign policy as well was perceivable, which didn't allow the inculcation of neither Italy, nor Germany.¹³

The Hungarian government took the most important actions after the assassination, on 9 October and the Hungarian investigation started officially after 22 October, after the first request of the Yugoslavian embassy.¹⁴ As all of the participants in the affair took the measures with an odd slowness, the Hungarian government abided the events. When it became overt that the Great Powers would canalize the affair against Hungary, the Hungarian government intensified the preparation for it. So it started to collect the essays to form the legal defence, and some résumés were made in the ministry as well to prerepare the politicians.

These preparatory papers are necessary to comprehend the forming of the legal argumentation of the Hungarian government in the process by the League of Nations.

3. THE FACTS IN THE PREPARATORY RÉSUMÉ OF THE HUNGARIAN GOVERNMENT¹⁵

3.1 THE MAIN FACTS IN THE PAPER

On 9th October 1934 the Yugoslavian king and the French foreign minister were shot in Marseille in the Place de la Bourse. The assassin - after the first information - was a Yugoslavian subject, born in Zagreb in 1899.¹⁶ In his pocket a passport was found drawn up by the Czechoslovakian consulate in Zagreb in 30th May 1934.¹⁷ The investigation confirmed

¹² KOVÁCS, PÉTER: *Le grand précédent: la Société des Nations et son action après l'attentat contre Alexandre, roi de Yougoslavie*. In: *European Integration Studies*, issue: 1/2002, p. 30-40, on www.ceeol.com.

¹³ ORMOS, MÁRIA: *Franciaország és a keleti biztonság 1931-1936*. Akadémiai, Budapest, 1969., 337. (France and the Eastern security).

¹⁴ MOL K64-1934-16/a-751.

¹⁵ MOL K64-1934-16/a-751.

¹⁶ The essay informs further on, that the Macedonian murderer was a Bulgarian subject, staying with a feigned name in Hungary.

¹⁷ The passport of the murderer caused arguments between Hungary and Czechoslovakia, because the number of the murderer's passport was falsified, and the original belonged to a certain Johanna Majersky who was working as a governess in Budapest at the moment of the attack.

in the first days that the assassin was a member of a Croatian emigrant organisation, and that in the execution of the crime at least ten accomplices had to participate.

The paper contains a reference to the definite intention that Hungary could be the scapegoat in the affair. The résumé gives a short extract from the contents of the foreign newspapers published concerning the case, preparing the expected diplomatic attack against Hungary. In the paper was laid down, that at the moment one couldn't speak about a concrete diplomatic attack, but a diplomatic communication started between Yugoslavia and Hungary, intentioned to take a survey of the suspected people staying in Hungary.

Concerning the expected evolution of events, the paper gives only references and enumerates the possibilities: the declaration of the Romanian foreign minister Titulescu at the conference of the Balkanic Alliance in Ankara, a résumé of an interview with Jeftić, the Yugoslavian foreign minister, published in a French journal, where he declared, that to his mind the assassination fell within the cognizance of the accord of 4th July 1934 between the Soviet Union, Turkey, Czechoslovakia, Yugoslavia and Romania. This accord determines the notion of the aggressor state: that is a state, from the territory of which starts an attack of a terrorist organisation, supported by the state. After the information given in the article, Belgrade was waiting the end for the investigation but after ending it, would demand the dissolution of those organisations in Hungary.

3.2 THE FIRST STATEMENTS OF THE HUNGARIAN AUTHORITIES IN THE PREPARATORY PAPER

Although the French authorities demanded some information from the leader of the police of Budapest, the connection remained unilateral: the Hungarian authorities didn't receive any important information from France. The Yugoslavian party turned out to be more active: the Hungarian Ministry for Foreign Affairs received the first details from the Yugoslavian Embassy on 22th October, and after that information the Hungarian authorities continued the investigations started on 10th October. The paper gave a résumé of the expected consequences of the affair: as was the press- and diplomatic information was out, the affected states started to form the main points of the accusation of Hungary, that is to say the fact, that the criminal stayed in Hungary a certain period, and its previous support to diverse terrorist groups formed the base to the execution of the attack in Marseille.

3.3 THE EVALUATION OF THE POLITICAL SITUATION

On 4th November 1934 the deputy-secretary of State in foreign affairs, Hory signed a political preparatory memoir, in which he surveyed the possibilities concerning the political and legal actions against Hungary. The memoir was addressed to Kánya, the minister of foreign affairs.¹⁸

The deputy-secretary declares, that France and its allies know if the responsibility of the assassination and the question of the support given to the Croatian emigrants are examined, this action would affect the interests of Italy, because it was Italy, which supported the Croatian emigration, maintained the Oustacha training camps, and the head of the Oustacha-organisation was living there as well. But Hungary, although it supported the action, and although it didn't execute the dissolution of the training camp situated in Hungary

¹⁸ MOL K64-1934-16/a-598.

immediately and the forced allegations could prove that it even supported the work of Croatian refugees, and didn't control them, despite all these facts there is not enough evidence to prove the culpability of Hungary neither in a traditional diplomatic action, nor in a process by the League of Nations.

Hory analyzes the relation between Italy and France as the base of the action against Hungary: he refers to the intention of the French diplomacy to create an approach between the two states, which conditioned the amelioration of the Italian-Yugoslavian relation depressed since 1926. As the assassination could block the détente between Italy and Yugoslavia, the French diplomacy tries to canalize the action of its allies against Hungary. He thinks that this is the diplomatical background of the disadvantageous situation.

Concerning the expected actions against Hungary the deputy-secretary summarizes the possibilities. He refers to the confidential information received from a trustworthy informant that after the close of the investigations in France the pressure will strengthen to Hungary, and they will try to prove the responsibility of Hungary in the affair, they will publish all the facts gathered concerning the Hungarian irredentist actions and they will attract the attention to the secret armament of Hungary to prevent from exercising the legal national political aspirations. He gives three possible way to the defence: action by the Great Powers, action by the League of Nations and a press-campaign. Having balanced the consequences, the expert analyses a possibility of an action by the League of Nations, as an instrument of the public discharge. Which kinds of dangers are hidden in this possibility to Hungary? It is incontestable that it comported or even supported the presence and activity of the Croatian refugees in its territory and it is a fact, that a part of the refugees took a farm near the border but it is a fact also that this farm or camp was eliminated in April. It is also fact, that the accomplices departed from Hungary but it is also a fact, that none of the Hungarian authorities knew that, and the assassin didn't depart from Hungary. Although the Hungarian government didn't execute the obligation ensuing from the Hungarian-Yugoslavian accord concerning the controls but the fact, that the Croatian emigration was constantly in motion in Hungary made the measures of surveillance and control absolutely impossible. The question of the passports could be a further point of claim, but the names of the persons sought by the French Sureté Nationale were controlled in the record of the Police of Budapest, and there isn't any trace referring to the fact, that those people received Hungarian passports in a legal way.

After that one could suppose there's no the argument and base to condemn Hungary in this affair, and the question is, whether it is possible to use the process of the League of Nations in the defence. As it is expectable that the League of Nations will burke the case, and as Hungary can count on the (tacit) support of Italy, the way of the League of Nations is acceptable.

4. THE HUNGARIAN PREPARATORY MEMOIRS

The Hungarian Ministry for Foreign Affairs started to collect the memoirs related to the expected diplomatic case immediately after the assassination. The experts' reports sent in this term are to divide into three groups. In the first type are the studies which summarize the events of Marseille, the second type of the papers studies the questions of the extradition and the political asylum and the third type resumes the theory of the responsibility of the state for crimes committed against a third state.

4.1 THE QUESTION OF THE STATEMENT OF FACTS

The experts resume the formation of the Croatian exile-groups installed in Hungary, which is one of the a main questions to comprehend concerning the alleged relation between the Hungarian authorities and the crime committed by the help of the Croatian organisation Oustasha.

Two of the résumés contain references to the Croatian emigrant-groups, and in a broader sense, the further one gives some opinions related to the asylum. The method of some of the experts was rather ambivalent, because they gave a simultaneous analysis of legal or political situation and deny the apparent facts, as in the official Hungarian communications, in spite of the confidential nature of the papers. So we have a very heterogeneous material which can give us an important overview of the background of the official Hungarian diplomacy.

The experts admit the presence of those groups in Hungary, and the previous existence of refugee-camp near the Hungarian-Yugoslavian border, in Jankapuszta, but they deny the direct connection between the terrorist-crimes committed in Yugoslavia and the Croatian refugees intalled in Hungary. The „training camp” was mopped up in April by the Hungarian government after the bilateral negotiations between Jugoslavia and Hungary, though this action of the Hungarian authorities (maybe due to the intentions of the Hungarian government) wasn't entirely succesful, because the Croatian refugees continued staying in the state.

4.2 THE QUESTION OF THE POLITICAL ASYLUM AND THE EXTRADITION

In the preparatory essays we can observe on the one hand the intention of giving a general overview of the subject, on the other hand there are the facts of the Hungarian-Yugoslavian relations concerning the questions of political asylum and terrorist acts committed by the Croatian organisation Oustacha.

These summaries repeat the main thesis of the international criminal law, namely that the extradition is exercisable in the cases which are punishable in the requesting and the requested state as well. The author declares that the political crime is punishable only in the offended state, and the acts against a foreign state usually aren't punishable in the national criminal law.¹⁹ That is the main argument of the refusal of the extradition in the cases of political crimes, which is based on the recognition of the liberty of political creed. Naturally this traditional definition was considerably modified by the new after-war international extradite treaties, which contain exceptional rules in case of attack against the head of state. The question of the extradition becomes more complicated if the person committed a non-political crime as well: in this case the requested state can't refuse the extradition, with the condition, that the political criminal isn't justiciable for the political crime.

The second paper refers that the state, which receives the refugees and gives asylum (with the refusal of the extradition) is obliged to practise the adequate surveillance and control over them, it is especially obliged to prevent the committal of criminal acts against a foreign state,

¹⁹ MORLIN, ERVIN: *A menedékjog kérdése (kiadatási jog szempontjából)*. (The question of asylum (from the point of view of the extradition)).

and in accordance with this rule the refugees are also obliged not to commit those kinds of acts.²⁰

In the third document the most productive author of the present case examines the question of the political asylum given to the Croatian refugees by Hungary, the question, whether the asylum given by Hungary was „exaggerated” from the point of view of the terrorist acts committed in Yugoslavia in alleged relation with the Croatian refugees installed in Hungary. The author refers to the fact, that in the last few years it was in only one case in which the Yugoslavian authorities could have confirmed the participation of the Croatian refugees installed in Hungary: that was the attentat in Koprivnica in which the criminal was arrested in Hungary, but in this case the act – in his opinion – was committed in Hungary and that was only the achievement which was accomplished in Yugoslavia. He mentioned that after the World War I. it was only one case, in which the criminal of a political attentat was punished in a foreign state, and he cited the cases in which the states gave handsomely asylum against the political interest of Hungary.²¹

The same author deals with the question of the limitation of the political asylum in the case of the assassination of a head of state.²² He divides the political crimes into groups: in the first are the acts, which are against the interest of the state, so in this case the attack offends the legal personality of the state. This group contains the cases of treachery, disloyalty, instigation, insurgence and the cases of lese-majesty which do not offend the right to life. He declares that in case of pure political crimes the state isn't obliged to extradite the criminal, and that way of action is supported by legal system of criminal law, which in general does not contain any rules concerning the crimes committed against a foreign state. Therefore none of the states will extradite a criminal because of an act, which is not to be punished in its legal system. This rule was in action in the case of the Hungarian emigrants after 1849 and in the case of the emigrants pursued by the nazi and fascist governments.

The second group of the political crimes contains the acts which offend simultaneously the interest of the state and the private interest defended by the criminal law. These are the mixed political crimes, such as the assassination of a king, the case of lese-majesty which is in the first place of the Hungarian penal code. The author refers to the liberal trend of the 19th century which made the refugee-politics more flexible, and created the possibility to accord asylum to the criminal who committed a non-political crime attached to the political crime as well. He analyses the rules of the extradite-treaties, and confirms the statement, that the majority of them accept the solution of the system of the Belgian extradite-law, namely the rule, that prescribe that in cases of political crimes the extradition can't be executed. That was the reason, on the bases of which the criminals of the Hungarian revolution of 1919 received asylum, and that was the bases of argumentation of the Hungarian government also in the case some German refugees. This second case (the mixed-cases) poses the main problem in the domain of extradition, and it was the problem as well in the famous case of the attentate against III. Napoleon in 1854, in which the Belgian authorities weren't able to give a common

²⁰ SZENT-ISTVÁNY, BÉLA: *A menedékjog kérdése (adalekok a nemzetközi jog elméletéből és gyakorlatából)*. (The question of asylum (contributions from the theory and practice of international law)).

²¹ SZONDY, VIKTOR: *Túlzott mértékben nyújtott-e menedékjogot Magyarország a jugoszláv emigránsoknak*. (Was the asylum given by Hungary to the Yugoslavian refugees exaggerated).

²² SZONDY: *A politikai bűntettesek menedékjogának korlátozása államfők elleni merénylet esetében*. (The limitation of asylum to political criminals in case of attentate against head of states).

stand. This case was the ground for the elaboration of the French law, which contained the „attentate clause”, which determined that the attentate against a head of state can't be considered as political crime or crime attached to political crime. This solution means that in this case the extradition can't be refused.

The Italian „codice penale” in 1889 contains mostly liberal rules concerning the political crime and the extradition: its points exclude the allowance of the extradition in case of political crime, and it excludes that the political criminal will be condemned in Italy for acts committed by foreigners in foreign countries, though this code contains a new criminal case, the case of the assassination of a foreign monarch in Italy. The new „codice penale” in 1930 ruptured with the liberal traditions, and allows the extradition in political cases as well, but he mentions that new extradite-treaties haven't been concluded yet on the bases of the new code.

The clause of „attentate against head of state” appeared in international law first in the accords concluded by Austria-Hungary²³, and the author refers to the fact, that this solution was adapted in most of the posterior accords.²⁴

The author declares that this case is important from the point of view of international law as well because that is the first case in which a head of state was assassinated in a foreign state.

4.3 THE QUESTION OF THE THEORY OF THE RESPONSIBILITY OF THE STATE FOR CRIMES COMMITTED AGAINST A THIRD STATE

In the last group of the essays the authors examine the question of the degree of the responsibility of the state, which could be in fact the principal question, because of the expected process against Hungary, so in these resumé's one can see the forming the base of the legal defence of the Hungarian government.

In the first of the two memoirs Szent-Istvány declares that it means a great problem that the accurate definition of the notion of the acts committed against the legal personality and the security of the foreign state is missing: so the notion remains elastic.²⁵ Therefore the rules concerning those kinds of acts are in the different national criminal codes, and most of the cases they don't contain any rules referring to this crime: the states don't defend the legal personality of a foreign state.

Despite the general rule of the traditional approach, there are some new initiations which contain a few articles concerning the cited case.

The solution of the European states can be divided into three groups, in accordance with the degree of rigour of the rules to be adapted. The author considers the new German plan as the most progressive, which would penalize the acts committed in Germany against a foreign state if the act committed against Germany accomplished the case of treachery, on condition of mutuality.

²³ For instance the accord between Austria-Hungary and Uruguay (1887). – 1896/XXX. tc.

²⁴ In the Hungarian-Jugoslavian accord as well. – 1930/XXIII. tc.

²⁵ SZENT-ISTVÁNY, BÉLA: *Az állam nemzetközi felelőssége a külállamok biztonsága ellen magánosok által saját területén elkövetett cselekményekért.* (The responsibility of the state for acts committed by private persons in its own territory against a security of as third state).

The French and Belgian codes have a moderate solution, which prescribe the examination of the effects of the act, namely these punish the act only in the case, in which the act can cause a danger of war or other reprisal against the own state. These rules in fact defend the interests of the own state in an indirect way, so the defence of the foreign state is connected with the examination of the political situation of the own state.

Most of the states don't penalize the crimes committed against a foreign state, though a few states, like Austria, Czechoslovakia, Greece and Switzerland initiated changes in relation with the criminal rules concerning those acts. The expert mentions the Yugoslavian code, as an exception, which orders to punish the acts committed in a foreign state by foreigners.

The measures against these acts are in the international treaties, which contain reference to these cases, for instance the treaty concluded by the states of Latin-America on 7 February 1923, in which the parties agreed with one another for the repression of the movements against the the governments of the parties, which is similar to the treaties concluded between the Soviet Union and the neighbouring states.²⁶

He poses the question, whether there is a general international obligation to penalize the acts committed against the legal personality or security of a foreign state by the national legislation, and gives the answer at once: that this obligation couldn't be based on international accords, despite the cited articles of the national legislations the unwritten law do not oblige the states to defend the interests of the foreign states with their national criminal law in a wider way.

The author refers to the tentatives of the solutions of this problem during the disarmament-conference and by the League of Nations, namely in the disarmament-conference was taken the plan which contained some points of criminalizing the actions committed against the security of a foreign state. This plan was a part of the title „désarmement moral” of the conference, which contained mostly the draft of the Romanian delegation, namely the plan of Vespasian Pella, the famous professor of international law. The plan contained the rules, that the contractant parties would be obliged to repress the acts and the preparations, which could harm the security of a foreign state. This solution was supported by the argumentation which refers to the obligation determined in the Pact of League of Nations, which prescribed that the member states are obliged to mutually respect, and maintain their territorial integrity and political independence against all external attack. In connection with the new efforts of renewing a part of the international law, the expert gives a short resumé of the forming of the legal position of the Hungarian government, which was influenced by direct political reasons. So that was the explanation for the strategy of the Hungarian delegate, Szent-Istvány, who considered the cited solution as an exception and referred to the fact, that the proposed rules exist only in a few European criminal codes, and the generalization of it wouldn't be reasonable.²⁷ The last question examined by the author was the problem of the measure of responsibility of the state concerning the acts committed against a foreign state. He divides

²⁶ For instance in 11 August 1920 with Lettonia, in 2 February 1920 with Estonia, in 18 March 1921 with Poland and in 1 Juni 1922 with Finland.

²⁷ On interdepartmental conference held on 22 June 1933 the main lines of the Hungarian strategy for the negotiations concerning the „désarmement moral” were elaborated, and on it was given the argument, that the defence of the interests of a foreign states wasn't adopted in general in the European crime codes. The conference gave the instruction to the deputation, that it must accept only a recommendation about the question (which is does not oblige the states), and it must adhere to the mutuality in the application.

these acts into two groups. In the first case the state gives direct support for the commission of the crime. Therefore this is not possible in our case, because it would effect the case of a crime of the state. The second one accomplishes the negligence, so that is the case, which can be the subject of the forming case.

The last essay was written by Szondy²⁸, who already made some papers in this affair. To begin with, he declares that the international law doesn't know any general rule, which could confirm the responsibility of the state because of an act committed by natural person in its territory, and only the general rule exists, that the defence of the criminal law must exist in the same base concerning the nationals and the foreigners. It can emerge therefore only in a particular case that the legal personality of a foreign state, its territorial integrity, or constitution is to defend by the crime code of another state. The expert refers also to the Italian „codice penale” from 1930, which doesn't punish the acts against the head of state committed abroad, even though the criminal is an Italian subject, with the argumentation, that in these kinds of cases the responsibility is taken by the host state. As against the Italian solution the German criminal code penalizes the acts committed abroad by German subjects as well, so the location of the committal counts in crimes committed by foreigners. Consequently the case in which a state is responsible for the acts committed abroad by foreigners is excluded even if the criminals left the state for the committal of the crime. The main question: what is the situation, if the foreigners make an alliance in the territory of the state to commit a crime abroad, and to this alliance preparatory acts are added. There is no general obligation for the persecution of these preparatory acts, and that was the cause of making international treaties against the traffic with human beings, namely with children and women, because these kinds of crimes start typically in one state and accomplish in another state, so as to assure the punishment of the crimes it was necessary to elaborate the fundamental principles.

Referring to the Hungarian crime code, the expert resumes, that one point of the cited law gives the possibility of criminalization and persecution of an alliance formed to assassinate a head of state, even if only the plot was formed in the territory of the state and the assassination was committed abroad, if a preparatory act was attached to the plot. About the question of the responsibility of the state he refers to the efforts of the states of entente to make the cases of the responsibility of the states wider: so the possibility for some acts - as crime in international law - the state should will be responsible. France expects from the strengthening of this trend political advantages as well, namely the assurance of the international post-war system founded in Paris. The author collected several cases which could prove his statement, that this kind of solution was applied mostly in non-equal cases in which one of the states was politically or economically subjected. He also enumerated the case of the assassination of the archduke Franz Ferdinand in Sarajevo in 1914, in the case the government of Austria-Hungary posed the relation between the crime and the Serbian government in his ultimatum, and the case of occupation of Oudja in Morocco in 1923, which was based on the attack against the French subjects, committed by the indigenious.

This expert reinforces the statement, that the security of a foreign head of state must be assured by the host state, therefore the responsibility must be assumed by this state as well. He

²⁸ SZONDY, VIKTOR: *Az államok felelőssége saját területükön elkövetett vagy ott előkészített bűncselekményekért.* (The responsibility of the state for the acts committed or prepared in its own territory).

refers to the elaborations of the international codification in this subject, namely to the plan accomplished by the Institut de Droit International in 1927, in which it was defined that the state is responsible for the acts committed by private persons and not its own authorities only in the case in which the state omitted to effect the rules which generally should have been effected to prevent or to repress the crime. This is the solution which echoes in the plan of the conference of the Hague in 1930, so we have already two plans from which the rejection of the statement of the Hungarian responsibility could be deduced in this case.

Epilogue

The Hungarian position was rather embarrassing after the assassination. Despite the expectable Italian support the dénouement of the quite complicated affair wasn't clear enough. As the Hungarian diplomacy couldn't influence the movement of the great policy in fact, the policy of drift remained the only way and the preparation for the expected events. Although Hungary was involved in this affair by the support given to the Croatian refugees, it wasn't Hungary at all the most important state in the events.

As the culpability of the Great Powers wasn't stable, it was Hungary alone, which could play the role given in return of the consequences of no importance.²⁹

Contact – email

bpalvolgyi@yahoo.com

²⁹ GERGELY, JENŐ: *Gömbös Gyula. Politikai pályakép*. Vince, Budapest, 2001., 280. (Gömbös Gyula. Political career.)

FINANČNÍ STRÁŽ V ROCE 1918

PAVEL SALÁK JR.

Právnická fakulta Masarykovy univerzity, Česká Republika

Abstrakt v rodném jazyce

Finanční stráž vznikla v r. 1843 sloučením pohraniční stráže a tzv. důchodkové stráže jako uniformovaný vojensky organizovaný sbor chránící celní hranici. Zatímco pohraniční stráž střežila celní hranici, důchodková stráž měla na starosti dozor nad státními monopoly a nepřímými daněmi ve vnitrozemí. Obě dvě služby však kladly rozdílné nároky – ve vnitrozemí bylo třeba k výkonu služby kvalitnějšího vzdělání, na hranicích pak fyzické síly a kondice. Tyto rozdílné nároky vedly po vzniku samostatného státu k opětovnému rozdělení obou sborů na přelomu let 1919 a 1920, kdy pohraniční finanční stráž si ponechala svůj „vojenský“ ráz, vnitrostátní důchodková kontrola již tento ráz postrádala.

Klíčová slova v rodném jazyce

Finanční stráž, Pohraniční stráž, Důchodková kontrola, 1918, Celní zákon z r. 1927, Stráž obrany státu.

Abstract

The Financial Guard originated by integrating the Frontier Guard with so called the Revenue Guard into uniformed, military organized corps in the year 1843 to protect the customs frontier. The Frontier Guard watched the customs frontier, and the Revenue Guard was in charge of the supervision of the state monopolies and indirect taxation inland. However, both services imposed different requirements on their personnel. A better and higher education was needed for the inland service, a physical strength and fitness was essential on frontiers (borders). These quite different requirements caused that the unified guards split again in two separate corps after formation of the independent Czechoslovakia between years 1919 and 1920. The reestablished Frontier Financial Guard retained its "military" character but the inland Revenue Control missed again this character.

Key words

Financial Guard, Frontiers Guard, Revenue Control, 1918, Tariff Act from Year 1927, State's Defence Guard.

1. ÚVODEM

Clo, tedy poplatek který stát vybírá ze zboží odcházející z jeho území, či na jeho území přicházející, je jedním z velmi dobrých zdrojů příjmů pro stát. Výběr cel byl proto ve středověku panovníkovým regálem, kterého se jen velmi zřídka vzdával. Pro obchodníky to samozřejmě znamenalo výdaje navíc, což pochopitelně zboží prodražovalo. A tak ruku v ruce s ochranou a výběrem cel, šla i snaha celnice obházet. V pohraničních oblastech se tak často stávalo dobrým zdrojem příjmu podloudnictví. Někdy dokonce do takové míry, že do pašování byla zapojeni i s vědomím své vrchnosti vrchnostensští úředníci. Zde je příkladem situace na Česko-Slezské hranici v 18. stol., kdy vysoká cla na zboží uložená Rakouskem jako odvěta za ztrátu Slezska /celní sazebník z r. 1752/ vedla k přerušení dosavadních obchodních vztahů, jež byly životně důležité pro oba regiony. Pašeráctví zde skutečně fungovalo ve

velkém a vyžádalo si nasazení dvou pluků vojska.¹ I pro boj s pašeráky proto bylo potřeba vytvořit nové speciální složky, když se ukazovalo, že úředníci celníci a jejich strážníci nestačí.

1.1 VÝVOJ FINANČNÍ STRÁŽE

Roku 1667 byl na pomezí Uher, Polska a Moravy vytvořen speciální sbor, tzv. portáši, který měl dohlížet na to, aby nedocházelo k pašování levné soli z Polska. Tento původně asi čtyřiceti členný sbor byl od počátku 18. stol. vojensky organizován a doplňován z vysloužilých vojáků.² Během 18. stol. rostl počet osob, který se na ochraně hranic proti pašování podílel. Šlo především o vojáky a vysloužilé vojáky, také o příslušníky bankální stráže. Tyto bezpečnostní jednotky se označovaly jako kordony, jejichž působení se rozšířilo především na hranice s Pruskem, Bavorskem a Saskem.³ Personální složení těchto kordónů bylo však jejich slabinou. Základem těchto kordónů byli vysloužilí vojáci. Ti byli často ngramotní a jako vysloužilci již také nebyli fyzicky dostatečně zdatní. K tomu bylo třeba připočítat špatné vybavení. Zároveň nedostatečné finanční ohodnocení vedlo k jejich úplatnosti.

Potřebu změny vyvolala i politická situace přelomu 18. a 19. stol., zejména po Velké francouzské revoluci a následujících napoleonských válkách. Metternichovský absolutismus vyžadoval chránit nejen celní hranici, tedy převoz zboží, ale také zabránit šíření liberalistických myšlenek do Rakouských zemí a naopak odchodu osob ze státního území bez povolení státní správy. Ve dvacátých letech 19. stol. tak vznikla pohraniční stráž */Grenzwache, též Grenzjäger/*, která měla nahradit původní kordon. Příslušníci pohraniční stráže se výrazně odlišovali od původních kordonistů. Byly stanoveny přísné podmínky, takže příslušník pohraniční stráže musel být star 22 až 30 let. Musel být gramotný – umět číst, psát a počítat - a kromě němčiny ovládat ještě jazyk obvyklý v zemi, kde působil. Služba měla trvat pět let a pokud se osvědčil, mohl žádat o prodloužení na dalších pět let.⁴ Roku 1835 byla vytvořena ještě tzv. důchodková stráž */Gefällenwache/*⁵, sbor určený k podobným účelům, který působil na mostech a při vstupech do měst. Pojmem důchodky se přitom rozuměl systém dávek a daní, jako např. potravinová daň, kolková daň z hracích karet, tabáková daň atp.⁶

Roku 1843 byly oba tyto sbory sloučeny do nového sboru - finanční stráže */Finanzwache/*.⁷ Její funkcí byla strážní služba na hranicích a některých celnicích, dohlížela na dodržování předpisů o výběru spotřebních poplatků /víno, maso,../, důchodkové daně a měla sledovat podomní obchod. Finanční stráž byla ozbrojeným a uniformovaným sborem organizovaným

¹ Klíma, A., Manufakturní období v Čechách. Praha: Nakladatelství československé akademie věd, 1955, s. 265.

² Kol., Celnictví v Československu. Praha: Naše vojsko, 1982, s. 41.

³ Macek, P., Uhlíř, L., Dějiny policie a četnictva I. díl Habsburská monarchie /1526-1918/. Praha: Themis, 1997, ISBN 80-85821-52-4, s.87an., též Kol., Celnictví v Československu. Praha: Naše vojsko, 1982, s. 84 an.

⁴ Kol., Celnictví v Československu. Praha: Naše vojsko, 1982, s. 89 an.

⁵ Bližší informace k pojmu viz Slovník veřejného práva československého I. sv., Praha: Eurolex Boheima /reprint/, 2000, ISBN 80-902752-4-9, s. 501 an.

⁶ Beneš, J., Finanční stráž československá 1918-1938. Dvůr Králové nad Labem: ing. Jan Škoda – Fortprint, 2005, , ISBN: 80- 86011-29-1, s. 8.

⁷ Stalo se tak na základě císařského rozhodnutí 22. prosince 1842. Beneš, J., Finanční stráž československá 1918-1938. Dvůr Králové nad Labem: ing. Jan Škoda – Fortprint, 2005, ISBN: 80- 86011-29-1, s. 8.

po vzoru armády a četnictva.⁸ Jediné, co zmírňovalo tento vojenský charakter byla skutečnost, že byla podřízena „civilnímu“ ministerstvu financí a její příslušníci tak podléhali civilní jurisdikci. V Uhrách byla ochrana celní hranice svěřena původně tzv. třicátkové stráž, od padesátých let 19. stol. zde pak byla finanční stráž organizována podobně jako v Předlitavsku.⁹

K dalším změnám u finanční stráže došlo v padesátých letech, přičemž zde šlo především o úpravy uniforem, výzbroje atp.¹⁰ Podobně pak ještě v osmdesátých letech. Na sklonku 19. stol. došlo také k vytváření zájmových organizací a začal být vydáván vlastní tisk – Zájmy finanční stráže.¹¹ Na počátku 20. stol. byl vydán Rakouským ministerstvem financí výnos č. 21134 z 19. března 1907 – služební předpis finanční stráže, který nabyt účinnosti 1. dubna téhož roku. Tento předpis platil v zásadě, i přes snahy jej nahradit, až do r. 1949, kdy byla finanční stráž zrušena.¹² Služební řád definoval činnosti finanční stráže následovně:

- odkrývání podloudnictví a jiných přestupků důchodkových
- odkrývání nesprávného počínání úřadů a zřízenců
- napomáhání výkonným úřadům při výkonu jejich činnosti
- zabránění přístupu podezřelých osob do země
- zabraňovat vojenským zběhům v útěku do ciziny
- pomáhat v provádění opatření k ochraně veřejné bezpečnosti
- konat šetření a úřední jednání jí uložená
- spolupůsobení při vojenské ochraně hranice dle zvláštních předpisů

2. SITUACE R. 1918

Nově vzniklý Československý stát převzal předpisem 11/1918 Sb. z. a n. dosavadní rakouský systém ochrany státní hranice. Její ochrana byla svěřena finanční stráž, která podobně, jako v Rakousko-Uhersku, spadala pod ministerstvo financí.

Rok 1918, respektive vznik samostatného státu 28. října 1918, však postavil do zcela nové situace i finanční stráž. Situace byla velmi tíživá. Je třeba si uvědomit, že zatímní celní hranice na území Čech, Moravy a Slezska činila 1062 km. Na Slovensku a Podkarpatské Rusy

⁸ Základní informace k finanční stráž, její stručná historie viz Slovník veřejného práva československého I. sv., Praha: Eurolex Boheima /reprint/, 2000, s. 624an.

⁹ Slovník veřejného práva československého I. sv., Praha: Eurolex Boheima /reprint/, 2000, ISBN 80-902752-4-9, s. 624

¹⁰ V této době však také bylo přijato nařízení /1855/, podle kterého vojáci, kteří byly propuštěni na dovolenku za účelem služby u finanční stráže, podléhali jak vojenské, tak civilní jurisdikci a to v závislosti na závažnosti provinění. Kol., Celnictví v Československu. Praha: Naše vojsko, 1982, s. 135.

¹¹ Zájmy finanční stráže byly vydávány od r. 1897 a redigovány Bohdanem Kadlecem. Kol., Celnictví v Československu. Praha: Naše vojsko, 1982, s. 163.

¹² Beneš, J., Finanční stráž československá 1918-1938. Dvůr Králové nad Labem: ing. Jan Škoda – Fortprint, 2005, ISBN: 80-86011-29-1, s. 8.

celní hranice prakticky vznikla až vyhlášením samostatného státu. Navíc, a opět zejména v oblasti Slovenska a Podkarpatské Rusy, trvalo poněkud delší dobu, než se státní hranice stabilizovala, což bylo ovlivněno boji s Maďary a posléze likvidací Slovenské republiky rad.¹³ Po stabilizaci hranice její délka ustálila na 4104 km, oproti původní celní hranici to znamenalo prodloužení o 2626 km.¹⁴ Jakkoliv ještě nebyly zcela stanoveny státní hranice¹⁵, jednotné československé celní území bylo vyhlášeno dne 20.2. 1919 /zákon č. 97/1919 Sb. z. a n., o celním území a vybírání cla/. Na Podkarpatské Rusy se však hranice začala střežit až říjnu 1919 a vlaková až o tři měsíce později. Navíc zde až do srpna 1920 pomáhalo polní četnictvo.¹⁶

Prodloužení hranice s sebou automaticky neslo nedostatek pracovníků.¹⁷ Ten se opět projevil zejména na Slovensku a Podkarpatské Rusy. Zde, s ohledem na politiku Maďarského státu tvořili úřednický kádr jen výlučně Maďaři, kteří nebyli novému státu příliš nakloněni. Příkladem může být dopis respicienta finanční stráže Velínského, který byl vyslán do Zlatých Moravců /*Aramyos Marat*/. Ten uvádí, že přijetí od zdejších kolegů bylo chladné a až večer jim víno rozvázalo jazyk. Ti mu posléze doporučili, aby se vrátil. Když jim oponoval s tím, že odejít naopak budou muset oni, pokud nebudou chtít sloužit novému státu, tak ho požádali o tři dny na rozmyšlenou. Po uplynutí této doby odešli, než aby československé republice sloužili.¹⁸ Vysílání úředníků z českých zemí však vyvolávalo další problémy. Předně ani všichni příslušníci finanční stráže na území Čech a Moravy nebyli „národnostně spolehliví“, slovy odpovědi ministra financí na poslaneckou interpelaci týkající se právě neutěšených poměrů finanční stráže na Podkarpatské Rusy.¹⁹ Ostatně na Moravě bylo ze čtyř set členů finanční stráže asi 70% německé národnosti. Např. v Brněnském okrese byly obsazeny Čechy jen dva dozorcí okresy a z 20 oddělení jen čtyři.²⁰ Bylo proto třeba bedlivě vybírat, kdo může být na Slovensko poslán a kdo nikoliv. Samozřejmě to pak vedlo k různým obviněním z protekce atp. Situaci nepomohlo patrně i drobet chaotické umístování jednotlivých příslušníků, jak vyplývá z řady článků v *Zájmech finanční stráže*.²¹ Svou roli zde však sehrál spíše kontrast přeci jen ekonomicky vyspělých českých zemí s relativně dobrou silniční a železniční sítí a situace na Slovensku a Podkarpatské Rusy, kde se úředník mohl octnout mezi samými Maďary a 50km od nejbližší železniční stanice.²² Svízelná byla i ekonomická

¹³ K obsazení hranic nově vznikajícího Československa viz např. příslušné kapitoly v Kol., *Vojenské dějiny Československa. III. díl /1918-1939/*. Praha: Naše Vojsko, 1986.

¹⁴ Kol., *Deset let ČSR, II. svazek*, Praha: Státní tiskárna, 1928, s. 77.

¹⁵ Definitivně byly hranice stanoveny až r. 1924, kdy bylo rozhodnuto o sporných územích na Oravě a Javorině. Ke stanovení státní hranice viz Kol., *Deset let ČSR, I. svazek*, Praha: Státní tiskárna, 1928, s. 56.

¹⁶ Beneš, J., *Finanční stráž československá 1918-1938*. Dvůr Králové nad Labem: ing. Jan Škoda – Fortprint, 2005, ISBN: 80- 86011-29-1, s. 10.

¹⁷ Dle organizačního statusu finanční stráže bylo v r. 1911 bylo v obvodu pražského finančního ředitelství 2434 zřízenců a úředníků, z nichž asi dvě třetiny sloužili na hranici, na Moravě pak měla finanční stráž 483 a ve Slezsku 426 zřízenců. Kol., *Celnictví v Československu*. Praha: Naše vojsko, 1982, s. 186.

¹⁸ *Zájmy finanční stráže* z 16. března 1919, roč. XXIII, č. 6, s. 77, 78.

¹⁹ Odpověď ministra financí na dotaz člena Národního shromáždění Josefa Kouši a soudruhů (č. tisku 1254) o neutěšených poměrech finanční stráže na Slovensku. *Tisk 1513* z 31. srpna 1919.

²⁰ Zlatuš, M., *Poměry u finanční stráže*. *Zájmy finanční stráže* 16. února 1919, roč. XXIII, č. 4, s. 55.

²¹ Příčiny všeobecné nespokojenosti na Slovensku. *Zájmy finanční stráže* ze 16. dubna 1919, ročník XXIII, č. 8., s.106-108.

²² Příčiny všeobecné nespokojenosti na Slovensku. *Zájmy finanční stráže* ze 16. dubna 1919, ročník XXIII, č. 8., s.107.

situace finanční stráže, která se zlepšila až v létě 1919 a rovněž skutečnost, že řada příslušníků finanční stráže vyslaných na Slovensko v rámci bojů s Maďarskými jednotkami přišla při ústupu o svůj majetek, který si s sebou přivezla. Situace tak vedla až k interpelaci několika poslanců.²³

Dalším problémem, se kterým se finančníci potýkali byla skutečnost, že neměli žádné informace o tom, jaká cla vlastně na Slovensku platí – finanční ředitelství v Bratislavě je totiž nedokázalo včas přeložit.²⁴ Jazyková překážka však nebyl problémem jen na Slovensku či Podkarpatské Rusy – jakkoliv příslušníci finanční stráže ovládali spisovnou němčinu, místní dialekty jí byly často na hony vzdálené.²⁵ Důležitým krokem, které ministerstvo financí udělalo byla alespoň skutečnost, že nařízením vlády č. 380/1919 Sb. z. a n. se finanční stráž na Slovensku a Podkarpatské Rusy měla rovněž řídit služebním řádem z r. 1907 /7. července 1919/.²⁶

Problémem byla i absence celnic na nově vzniklých hranicích. V rychlosti proto byly na hlavních cestách u hranic budovány tzv. strážní stanice a podobná kontrolní stanoviště vznikla i na železničních tazích. Nedostatečné bylo i vybavení a především výzbroj, kdy šlo o zastaralé jednoranné (!) pušky typu Wrendl²⁷, které byly až r. 1922 nahrazeny puškami typu Mannlicher vz. 1895. I v tomto případě však šlo o vysloužilé armádní pušky z 1. světové války, které byly pouze zkráceny na délku karabiny /rok předtím byla provedena stejná úprava pro pušky četnictva/. Diskuze o výzbroji finanční stráže rovněž několikrát zazněly na půdě parlamentu.²⁸

Situace byla složitá i z hlediska úkolů. Jedním z nejdůležitějších kroků na počátku samostatného státu byla měnová odluka od Rakousko-Uherska. K úspěšnému provedení měnové odluky, která začala okolkováním bankovek dne 25. února 1919, bylo v následujících dnech hermetické uzavření celní hranice. Přes hranici československého státu tak nesměl ve dnech 26. února až 9. března 1919 překročit žádný člověk. Finanční stráž zde musela být posílena vojskem, aby se tento úkol zdařil.²⁹ Nicméně obsazení hranic armádou bylo možné jen krátkodobě, jako provizorium, nikoliv jako trvalý způsob řešení. Všeobecná poválečná

²³ Dotaz člena Národního shromáždění Josefa Kouši a soudruhů na pana ministra financí o neutěšených poměrech finanční stráže na Slovensku. Sněmovní tisk 1254 z 25. června 1919.

²⁴ K tomu srovnej Dotaz člena Národního shromáždění Josefa Kouši a soudruhů na pana ministra financí o neutěšených poměrech finanční stráže na Slovensku. Sněmovní tisk 1254 z 25. června 1919. Též odpověď ministra financí na dotaz člena Národního shromáždění Josefa Kouši a soudruhů (č. tisku 1254) o neutěšených poměrech finanční stráže na Slovensku. Tisk 1513 z 31. srpna 1919.

²⁵ Příklad dialektů viz Marek, J., Smrt v celním pásmu. Historické reportáže o ostraze čs. hranic v letech 1918-1948. Cheb: Svět křidel, 2000, ISBN – 80-85280-67-1, s. 16.

²⁶ Téhož dne se nařízením č. 381/1919 Sb. z. a n. zvýšily i požitky příslušníků finanční stráže na Slovensku. Beneš, J., Finanční stráž československá 1918-1938. Dvůr Králové nad Labem: ing. Jan Škoda – Fortprint, 2005, ISBN: 80- 86011-29-1, s. 10.

²⁷ Tyto zbraně měla finanční stráž ve výzbroji od r. 1885, již tehdy byly považovány za zastaralé, nicméně ministerstvo financí odmítlo nabídku nových pušek typu Mannlicher s odůvodněním, že jsou málo elegantní, příliš dlouhé a mají moc účinný náboj. <http://exnermichal.sweb.cz/Werndl-zbran%C4%9B%20.htm> , 28. 10. 2008, 12hod.

²⁸ Dlužno dodat, že otázka výzbroje byla vyřešena až v polovině 30-tých let. Beneš, J., Finanční stráž československá 1918-1938. Dvůr Králové nad Labem: ing. Jan Škoda – Fortprint, 2005, ISBN: 80- 86011-29-1, s. 22.

²⁹ Blíže k měnové rozluce viz Kol., Deset let ČSR, II. svazek, Praha: Státní tiskárna, 1928, s. 18.

krize přímo nahrávala černému trhu a podloudnictví. Vedle „podloudníků z povolání“ se totiž podloudnictví stalo možností pro přivýdělek. Situace těsně po vzniku československého státu vedla k masivnímu vyvážení surovin a potravin do okolních zemí, především do Německa či Rakouska. Nejčastěji se pašoval margarín, lín, cukrín, ale také maso či tabák.³⁰ Finanční stráž se podílela i na zvýšené ostraze hranice v souvislosti s pokusem excísaře Karla I. o puč v Maďarsku v říjnu 1921.³¹

3. REORGANIZACE

3.1 JEDNÁNÍ O REORGANIZACI

Jakkoli bylo převzato původní rakouské uspořádání finanční stráže, od počátku byly snahy provést reformy. Již 22. prosince 1918 byl ministerstvu financí předložen Spolkem finanční stráže v zemi české a Spolkem orgánů finanční stráže na Moravě návrh na reorganizaci finanční stráže.³² Podle něj mělo dojít k rozdělení finanční a důchodkové stráž. Toto rozdělení bylo motivováno rozdílnými nároky na finanční a důchodkovou stráž. Zatímco činnost důchodkové stráže spočívala především v kontrolní činnosti, finanční stráž jako taková vedle kontrolní činnosti konala i služby strážní. Kontrolní služba byla náročná především na vzdělání, tak služba strážní kladla vyšší nároky zejména na fyzickou stránku, neboť byla vykonávána ve velmi náročném terénu. V souladu s celkovým odporem ke všemu rakouskému – konec konců i sám zákon 11/1918. Sb. z. a n. zdůrazňuje, že pouze dočasně mají být předpisy Rakousko-Uherska zachovány v platnosti – a zároveň, jako výraz bližší skutečnosti, měl být také změněn název důchodkové stráže na důchodkovou kontrolu. Rovněž služba u ní měla postrádat vojenského charakteru, sloužit se mělo v civilním oděvu a příslušnost prokazovat jen průkazem. Z dalších požadavků je pak třeba zmínit požadavky sociálního charakteru. Úředníci finanční stráže požadovali, aby jejich denní pracovní doba odpovídala pracovní době ostatních úředníků a rovněž aby došlo ke zlepšení jejich finančních poměrů. Podobného charakteru byl i požadavek, aby do důchodu odešli ti úředníci, kteří dosáhli šedesáti let věku.³³ Zde byla důvodem skutečnost, že řada zřízenců sice složila potřebné zkoušky, nicméně nemohla být na vyšší, úřednický post jmenována právě proto, že zde řada úředníků přesluhovala.³⁴

Tento návrh nebyl ničím novým, neboť podobné návrhy zaznívaly již od počátku 20. stol., nicméně válečný konflikt všechny přípravné práce na rozdělení finanční stráže a důchodkové kontroly zastavil.³⁵ Vznik nového státu tak znamenal opět příležitost pro uskutečnění těchto

³⁰ Beneš, J., Finanční stráž československá 1918-1938. Dvůr Králové nad Labem: ing. Jan Škoda – Fortprint, 2005, ISBN: 80- 86011-29-1, s. 23.

³¹ Beneš, J., Finanční stráž československá 1918-1938. Dvůr Králové nad Labem: ing. Jan Škoda – Fortprint, 2005, ISBN: 80- 86011-29-1, s.15,16.

³² Text návrhu viz SÚA Praha, fond Ministerstvo financí, kart. 143, 4170/1919, popř. Zájmy finanční stráže z 1. února 1919, roč. XXIII, č. 3, s. 29-31 a Zájmy finanční stráže z 16. února 1919, roč. XXIII, č. 4, s. 48-49. Tento návrh však zazněl z úst Vrchního komisaře Hájka již 10. listopadu 1918 na schůzi členů finanční stráže v Praze – zde také bylo rozhodnuto, že bude předložen právě Spolku finanční stráže v Čechách. Zájmy finanční stráže z 1. prosince 1918, ročník XXII, č. 23, s. 285.

³³ Zájmy finanční stráže z 1. února 1919, roč. XXIII, č. 3, s. 30-31.

³⁴ K našim neutěšeným postupovým poměrům. Zájmy finanční stráže z 16. října 1918, roč. XXII, č.20, s. 246-247.

³⁵ Jako důvody, proč nebyl tento plán uskutečněn již za Rakousko-Uherska jsou uváděny skutečnosti, že důchodková kontrola působila nejvíce v Čechách a v ostatních zemí pak pro to nebyla logicky příliš podpora,

změn. S tímto návrhem vyjádřila souhlas i příslušná finanční ředitelství /Praha, Brno, Opava, Bratislava/, nicméně ještě v polovině roku 1919 k žádným změnám nedošlo.

Na podporu tohoto návrhu, doplněného ještě dodatkem z 20. února, se proto konala 17. května 1919 schůze úředníků a mužstva finanční stráže v Besedním domě v Brně a následně v restauraci u Bucků v Praze dne 8. června 1919. Ministerstvo zde bylo vyzváno do čtrnácti dnů svolat anketu, kde by zájmy finanční stráže zastupovalo osm delegátů, kteří byli na tomto shromáždění zvoleni.³⁶

Zároveň byla organizací finanční stráže vypracována osnova zákona o reorganizaci finanční stráže. Cílem bylo jednak odstranit nespravedlnosti v postupech, zároveň však odrážela výše zmiňované rozdílné nároky na strážní a kontrolní službu. Pohraniční finanční stráž si měla udržet svůj vojenský a uniformovaný charakter. Rozhodujícím kritériem měla být především fyzická zdatnost, zatímco vyšší vzdělání nebylo pro službu potřeba. Tím také mělo být umožněno masovější přijímání legionářů ke službě v pohraniční finanční stráži, přičemž legionáři měli být před ostatními žadateli upřednostňováni.

Jejich snaha slavila úspěch a tak již v r. 1919 putoval do sněmovny vládní návrh zákona na reorganizaci finanční stráže. Pro zajímavost se sluší ocitovat část důvodové zprávy tohoto zákona:

„Vojenská povaha sboru bylo příčinou, že k finanční stráži v první řadě přijímáni byli žadatelé, kteří odbyli vojenskou presenční službu. Vedle certifikatistů měli přednost poddůstojníci stálého vojska nebo zemské obrany prokázavší nejméně 6letou vojenskou aktivní službu. Za tím cílem žádalo se k přijetí do sboru finanční stráže pouze obecněškolské vzdělání. Všelike pokusy, úroveň základního vzdělání zvýšiti ztroskotaly následkem odboje rakouských vojenských kruhů, které stráž finanční měly za zaopatřovací ústav pro vysloužilé vojáky.

Celý sbor tvořil tak jednotné, těžkopádné těleso, které pro různé a od sebe naprosto odlišné služební výkony bylo ve svém vývoji zdržováno a svému úkolu oddalováno. Překážkou byla zejména finanční stráž v zemích bývalého Rakouska kulturně i hospodářsky zaostalých, které neměla a také nepotřebovala toho vzdělání jako finanční stráž v zemích koruny české. Mimo to i centralizační vládní systém hrál tu svoji pověstnou smutnou úlohu.

Zrušením dosavadní finanční stráže a nahrazením této důchodkovou kontrolou a pohraniční stráží zjednoduší se organizace obou sborů, upevní se jejich služební i existenční postavení (odpadnou zejména přesázky z vnitrozemí na hranice a naopak) a usnadní se jejich úkol a vývoj.

Utvořením důchodkové kontroly a zařazením její do stavu úřednického, jakož i úplným odloučením od pohraniční stráže bude vyhověno nejen zájmu státu, nýbrž i dávným oprávněným stavovským požadavkům sboru a pozvedne se jeho výkonnost.

.... Vnitrozemská stráž měla by nésti název »důchodková kontrola«, poněvadž ve vnitrozemí nemá ráz a povahu »stráže« opatřené zbraní a stejnokrojem, nýbrž jest povahy ryze kontrolní,

zároveň pak proto, že nejen mužstvo na hranici, ale i ve vnitrozemí, bylo součástí domobrany. Zájmy finanční stráže z 1. února 1919, roč. XXIII, č. 3, s. 29.

³⁶ Kol., Celnictví v Československu. Praha: Naše vojsko, 1982, s. 187.

jako jest kontrola technická, živnostenská atd. Titul druhého sboru »Pohraniční stráž finanční« vyplývá ovšem z jeho strážní služby vykonávané na hranicích celních.»³⁷

Je příznačné, že iniciativa vyšla od odborových organizací finanční stráže a doba byla nakloněná tomu, aby jí bylo dopřáno značného sluchu. Odborům nahrávala jednak určitá averze vůči všemu, co bylo spojeno s Rakousko-Uherskem, jednak i složitá sociální situace státu a státní moci, která tak byla přístupnější k jednání.³⁸ Na druhou stranu i samo ministerstvo mělo na tomto oddělení zájem – jak již bylo řečeno, snahy zde byly již za Rakousko-Uherska, navíc jako oficiální důvod se uváděla velmi složitá a specifická důchodková agenda, která nabyl právě v letech po konci světové války nového významu, a proto si vyžádala potřebu nového samostatného sboru.³⁹

3.2 ZÁKON O REORGANIZACI FINANČNÍ STRÁŽE

Jak bylo již řečeno, snaha odborových organizací finanční stráže se odrazila ve vládním návrhu a korunována byla v prosinci, kdy byl tento zákon přijat jako zákon č. 28/1920 Sb. z. a n. /z 12. prosince 1919/, o reorganizaci finanční stráže. Tento zákon, který byl účinný již od 1. září 1919, upravoval pouze důchodkovou kontrolu, což je příznačné, neboť snaha po změně vycházela především právě od příslušníků vnitrozemské finanční stráže. Bližší detaily pak ustanovovala nařízení č. 157 a č. 351/1920 Sb. z. a n.

Problematika finanční strážní služby na hranicích byla upravena až ve vládním nařízení ze 17. ledna 1920 č. 40/1920 Sb. z. a n., o zřízení a služebních poměrech pohraniční finanční stráže. Rovněž toto nařízení nabývalo účinnosti zpětně k 1. září 1919.

Vedle obecných požadavků byla vyžadována fyzická zdatnost, věk nejméně dvacet let a svobodný stav. Z hlediska vzdělání postačovalo k přijetí k pohraniční finanční stráži absolvování trojtřídní měšťanské školy, nebo vzdělání tomu obdobné. Legionářům bylo možné učinit výjimku ve věku, vzdělání i stavu.

Sbor Pohraniční finanční stráže /PFS/ byl tvořen jednak úředníky, jednak zřízenci na pozici podúředníků. Podúředníci byli děleni na dozorce PFS /čekatel/, strážmistr PFS a vrchní strážmistr PFS. Úředníci měli tituly obvodní inspektor PFS v X. hodnostní třídě, okresní inspektor PFS v IX. hodnostní třídě a vrchní inspektor PFS v VIII. hodnostní třídě. K přechodu z podúřednické do úřednické třídy se vyžadovalo celkem 16 let služby, složení odborné zkoušky a dobrá kvalifikace. Služební léta mohla být prominuta, pokud výsledky zkoušky byly velmi dobré a ve službě byli „*zvlášť výborní a zasloužilí*“⁴⁰. Ke strážní službě byli určeni především podúředníci, z úředníků pak ti, kteří nestáli v čele úřadu. V mimořádných situacích ji vykonávali i tito úředníci. Struktura Pohraniční finanční stráže

³⁷ Důvodová zpráva k vládnímu návrhu zákona o reorganizaci finanční stráže, tisk 1870. Jde o text u §1 navrhovaného zákona.

³⁸ Poněkud rozdílná už byla situace v letech 1926-1927, kdy byla řada požadavků odborových organizací zastupujících zájmy finanční stráže odmítnuta – konec konců i sám požadavek na znovu sjednocení sboru.

³⁹ Kol., Deset let ČSR, II. svazek, Praha: Státní tiskárna, 1928, s. 77.

⁴⁰ § 3 zákona č. 40/1920 Sb. z. a n.

byla tvořena odděleními, ta se pak sdružovala v inspektoráty a několik inspektorátů tvořilo dohromady vrchní inspektorát. Služba se konala se zbraní a v uniformě.⁴¹

Tato reorganizace měla pro finanční stráž dalekosáhlé následky. Většina kvalitního personálu totiž přešla k důchodkové kontrole. Můžeme si to uvést na příkladu Čech, kde z celkového počtu 2434 zřízenců v r. 1911 jich mělo vysokoškolské vzdělání jen 12, asi pět set jich mělo nižší a vyšší stupeň střední školy, naopak pouze obecnou školu mělo 1045 zaměstnanců a asi osm set jiné vzdělání.⁴² Jelikož strážní službu konaly asi dvě třetiny z tohoto počtu, je jisté, že příslušníci s vyšším stupněm vzdělání zcela naplnili stavy oddělené důchodkové kontroly. Finanční stráž tak nejen že poklesl počet jejích členů, ale zároveň ubylo i příslušníků se vzděláním a zkušenostmi. Přitom právě počátek dvacátých let byl asi tím nejtěžším obdobím. Zatímco ekonomická situace Československého státu se postupně začala zlepšovat⁴³, sousední Rakousko a především Německo se potácely v ekonomické krizi. Nejhorší byla patrně situace v letech 1920-1923.

Jakkoliv na jaře 1919 došlo k přeměně nejdůležitějších strážních stanic na stálé celnice a během léta byly zprovozněny celní úřady na československo-rakouské hranici, k obsazení hranice však došlo až v r. 1920.

Přesto si ještě na konci roku 1921 ministerstvo financí stěžovalo, že celnice nejsou dostatečně vybaveny, ani personálem, ani pomůckami, někdy dokonce chybělo i vybavení patřičnými objekty. Po personální stránce chybělo cca pět set osob. Rozdělení obou dvou sborů a s tím spojený odliv zkušených pracovníků k důchodkové kontrole způsobil nejen nedostatek pracovníků. Chybějící pracovníky měli nahradit především legionáři,⁴⁴ a proto pro ně byly zavedeny školící kurzy. Zkušené úředníky však nemohli tito mladí a krátce vyškolení muži plnohodnotně nahradit, neboť jim chyběli dostatečné zkušenosti. Na druhou stranu tímto krokem se podařilo získat alespoň minimální počet mužstva na zabezpečení státní hranice a mohlo tak být odvoláno vojsko.⁴⁵ Léta 1921-1923 patřila k nejtěžším v historii pohraniční finanční stráže a četné přestřelky s pašeráky přinesli řadu obětí v jejích řadách. Přesná statistika neexistuje, nicméně podle jedněch údajů bylo v letech 1919-1926 z celkové počtu asi 5000 mužů usmrceno 47 příslušníků pohraniční finanční stráže a další téměř stovka zemřela předčasně na následky namáhavé služby na hranici. Podle jiné statistiky, uvedené v důvodové zprávě celního zákona, která však rovněž byla neoficiální, zahynulo v letech 1920-1929 36 mužů a zraněno bylo 124.⁴⁶ Krom toho jich řada zemřela na následky onemocnění, která často přecházeli. Nemocnost u finanční stráže byla až o 300 % větší, než

⁴¹ Uniformy finanční stráže byly upraveny nařízením č. 530/1920 Sb. z. a n. z 7. 7. 1920., částečně později upraveném nařízením č. 201/1923 Sb. z. a n.

⁴² Kol., *Celnictví v Československu*. Praha: Naše vojsko, 1982, s. 186.

⁴³ Ekonomiku se podařilo stabilizovat v polovině roku 1922, od r. 1924 pak docházelo k ekonomickému růstu, který vrcholil v letech 1927-1929. Kol., *Celnictví v Československu*. Praha: Naše vojsko, 1982, s. 175.

⁴⁴ V prvních letech státu tak byla finanční stráž tvořena z bývalých legionářů v Čechách a na Moravě asi z 50%, na Slovensku až z 80%. Marek, J., *Smrt v celním pásmu. Historické reportáže o ostraze čs. hranic v letech 1918-1948*. Cheb: Svět křídla, 2000, ISBN – 80-85280-67-1, s. 24.

⁴⁵ Kol., *Deset let ČSR, II. svazek*, Praha: Státní tiskárna, 1928, s. 77an.

⁴⁶ Marek, J Marek, J., *Smrt v celním pásmu. Historické reportáže o ostraze čs. hranic v letech 1918-1948*. Cheb: Svět křídla, 2000, ISBN – 80-85280-67-1, s. 22. Tabulka s jednotlivými roky viz Beneš, J., *Finanční stráž československá 1918-1938*. Dvůr Králové nad Labem: ing. Jan Škoda – Fortprint, 2005, ISBN: 80- 86011-29-1, s. 29.

u četnictva.⁴⁷ Těžká situace a zejména odloučení od blízkých vedlo pak řadu příslušníků pohraniční finanční stráže k sebevraždě, což platilo zejména na Slovensku a Podkarpatské Rusy.⁴⁸

Vládním nařízením č. 201/1923 Sb. z. a n. byly nově upraveny poměry pohraniční finanční stráže. Šlo přitom o definici jejích úkolů. Postavení podúředníků a úředníků však zůstalo nezměněno v duchu předpisu z r. 1907 a nařízení vlády č. 40/1920 Sb. z. a n. Došlo pouze ke změně hodnotí u podúředníků, kde místo původních tří byly stanoveny čtyři: dozorce, naddozorce, respicient a vrchní respicient.⁴⁹ Finanční poměry se zlepšily fakticky až zákonem č. 103/1926 Sb. z. a n. /tzv. platový zákon/, kterým byly příslušníci finanční stráže zařazeni mezi státní zaměstnance – do té doby se na ně ustanovení o úřednících uplatňovala pouze analogií.⁵⁰

Jakkoliv se od r. 1922 situace u pohraniční finanční stráže postupně konsolidovala, což bylo způsobeno především nárůstem zaměstnanců, který konečně umožnil dodržovat měsíční strážní limit, už od počátku dvacátých let se začaly ukazovat nevýhody nového systému. Strážní služba v někdy téměř neprostupném hraničním terénu byla velmi fyzicky náročná. Nelze se proto divit, že mohla zanechávat následky na zdraví příslušníků pohraniční finanční stráže, což vedlo logicky ke snížení jejich fyzických sil. V tomto okamžiku se ukázala výhodnost propojení finanční a důchodkové stráže. Za situace, kdy oba dva sbory byly spojené, zaměstnanec, který již pro svůj fyzický stav nebyl s to vykonávat službu na hranici, mohl přejít k důchodkové kontrole. Ta, jak již bylo výše řečeno, jelikož působila ve vnitrozemí, neměla takové nároky na fyzickou zdatnost. Na druhou stranu, ten, kdo odcházel z hranic často nebyl nezkušený nováček, ale již osoba znající a ovládající systém, kterou by samozřejmě byla hloupost jen tak propustit. Rozdělení obou služeb však vedlo k tomu, že bylo potřeba řešit odliv takovýchto příslušníků jiným způsobem, přičemž ne vždy zcela adekvátním /různé kancelářské práce atp./.

To si také velmi záhy uvědomili i ti, kteří jen před pár lety vyvolali tuto změnu – příslušníci finanční stráže samotné. Proto sjezd delegátů sboru Slovenska a Podkarpatské Rusy, který se konal 15. srpna roku 1926 v Kremnici, označil rozhodnutí o rozdělení sboru v roce 1919 za unáhlené. Na tomto sjezdu pak byla přijata rezoluce požadující opětovné spojení finanční stráže a důchodkové kontroly.

⁴⁷ To bylo často způsobeno i skutečností, že k onemocnění finančníka bylo potřeba potvrzení okresního lékaře – většinou vzdáleného několik desítek kilometrů. Marek, J., Smrt v celním pásmu. Historické reportáže o ostraze čs. hranic v letech 1918-1948. Cheb: Svět křídel, 2000, ISBN – 80-85280-67-1, s. 12, 23.

⁴⁸ Interpelace senátora R. Pánka z r. 1928 /senátní tisk 564/7, odpověď ministra financí tisk 728/5/ uvádí následující čísla: roku 1924 6 případů, roku 1925 4 případy, následujícího roku 3, v roce 1927 pak osm případů. Tato zpráva je citována ve všech knihách týkajících se finanční stráže, viz např. Beneš, J., Finanční stráž československá 1918-1938. Dvůr Králové nad Labem: ing. Jan Škoda – Fortprint, 2005, ISBN: 80- 86011-29-1, s. 29. též Marek, J., Smrt v celním pásmu. Historické reportáže o ostraze čs. hranic v letech 1918-1948. Cheb: Svět křídel, 2000, ISBN – 80-85280-67-1, s. 23.

⁴⁹ Blíže srovnej též Beneš, J., Finanční stráž československá 1918-1938. Dvůr Králové nad Labem: ing. Jan Škoda – Fortprint, 2005, ISBN: 80- 86011-29-1, s. 23an.

⁵⁰ Beneš, J., Finanční stráž československá 1918-1938. Dvůr Králové nad Labem: ing. Jan Škoda – Fortprint, 2005, ISBN: 80- 86011-29-1, s. 26.

Tento názor potvrdzoval i Jan Venclávek, viceprezident Generálního ředitelství v Bratislavě, který platil za jednoho z největších odborníků v dané problematice.⁵¹ Doba, kdy tento sjezd probíhal nebyla náhodná, neboť od poloviny 20. let. byly vedeny diskuse o novém celním zákoně a tak i odborové organizace finanční stráže se snažily prosadit své požadavky.⁵²

4. CELNÍ ZÁKON Č. 114/1927 SB. Z. A N.

Nový celní zákon byl přijat pod č. 114/1927 a spolu s prováděcími předpisy vstoupil v platnost dne 1. 1. 1928. Tento zákon byl velmi významný, neboť jím byl odstraněn dualismus právní úpravy v českých zemích a na Slovensku a Podkarpatské Rusy, který vznikl převzetím právního řádu Rakousko-Uherska zákonem č. 11/1918 Sb. z. a n.

Tento zákon opětovně zavedl název finanční stráž. Stalo se tak §12, který ji definoval jako : *„.....ozbrojený a stejnokrojem opatřený sbor, jehož kázeň jest přízpůsobena kázní vojenské a jenž jest určen k tomu, aby střežil celní hranici, vykonával celní dozor na přechod osob a přestup zboží na celní hranici a hraničních vodách, aby zabráňoval celním přestupkům a je objevoval, i aby konal pomocné služby u celních úřadů.“* /§12 odst. 1, zákona č. 114/1927 Sb. z. a n./ Jejím účelem tedy bylo střežit státní hranici a dozírat na pohraniční styk osoba pohyb zboží, dohlížet na zboží na celníštích, pomáhat při celním projednávání /zde se však nemyslí „práce hmotné“, tedy skládka zboží, jeho vážení, vybalování a podobně. Zároveň konala strážní službu i v otázce potravinové daně /akcíz/ nebo např. v cukrovarech. Finanční stráž byla svěřena i celní úřady silniční, celní odbočky a hlídky.

Zbraň mohla stráž použít jen v případě nutné obrany, popř. v situaci, kdy nebylo možno jinak překonat odpor vedoucí ke zmaření úředního výkonu.⁵³

Jakkoliv o to bylo ze strany příslušníků finanční stráže usilováno a to i skrze interpelace poslanců, nepodařilo se již oba sbory – tedy finanční stráž a důchodkovou kontrolu sloučit. Výsledkem těchto snah však byla skutečnost, že do příslušných prováděcích předpisů bylo zahrnuto ustanovení, že při vybírání zaměstnanců do důchodkové kontroly, popř. do jiných úřednických funkcí v resortu ministerstva financí mají být přednostně přijímáni příslušníci finanční stráže.

5. DALŠÍ OSUDY

Situace ve třicátých letech se více méně stabilizovala, finanční stráž dostala také nové, kvalitnější vybavení. Na druhou stranu jí přibyla řada nových úkolů s ohledem na přiostrující se politickou situaci. Od r. 1936 tak byla finanční stráž jednou z hlavních složek jednotek

⁵¹ Pan Venclávek původně působil jako inspektor v Uherském Hradišti, který měl posléze na starosti obsazování finančních úřadů na Slovensku. Právě na jeho hlavu se přitom snášela největší vlna kritiky v r. 1919. Je si však třeba uvědomit všeobecnou tíživou situaci. Příčiny všeobecné nespokojenosti na Slovensku. Zájmy finanční stráže ze 16. dubna 1919, ročník XXIII, č. 8., s. 106-108.

⁵² Další požadavky finanční stráže byly především na jejich službu. Předně mělo dojít k zařazení stráže do první platové třídy, měla být zrušena tajná kvalifikace a zavedena kvalifikace podobná jako u jiných státních zaměstnanců, minimální doba dovolené byla stanovena na čtrnáct dnů, služba měla místo 280-320 hodin činit maximálně 240 hodin měsíčně. Požadavků bylo celkem 32, nicméně anketa, na které se o tom mělo jednat nebyla svolána. Ministerstvo argumentovalo tím, že požadavky jsou především politickým bojem stran o hlasy příslušníků finanční stráže.

⁵³ Beneš, J., Finanční stráž československá 1918-1938. Dvůr Králové nad Labem: ing. Jan Škoda – Fortprint, 2005, ISBN: 80- 86011-29-1, s. 32, 33.

Stráž obrany státu /SOS/⁵⁴ a jako taková také nesla značnou tíhu záříjových bojů v našem pohraničí.⁵⁵ Podobně i na jaře r. 1939 se příslušníci finanční stráže zapojili po boku československé armády do boje proti maďarské armádě na Slovensku a Podkarpatské Rusy. Následující události a postavení protektorátu v třetí říši způsobily, že finanční stráž zanikla. Po r. 1945 sice byla obnovena, nicméně zde již šlo pouze o labutí píseň.

Model zabezpečení celní hranice, který byl de facto převzat pro prvorepublikovou finanční stráž z Rakousko-Uherska do značné míry způsobil i její zánik. Finanční stáž, jež byla podřízena ministerstvu financí, byla totiž v poválečném období jediným ozbrojeným sborem, který tak byl uchráněn vlivu V. Noska.⁵⁶ Již v letech 1945 až 1948 se pokusily komunisté dostat i finanční stráž pod svou kontrolu, což se jim nepodařilo především díky národním socialistům.⁵⁷ Na druhou stranu již po r. 1945 jednotky finanční stráže nedostaly žádnou mladou krev, která by posílila jejich řady.⁵⁸ Svou propagandou tak alespoň prezentovali příslušníky finanční stráže jako důvěřivé „strejce“, kteří se nechají snadno ošálit. Tak tomu bylo např. ve filmu *Uloupená hranice*.⁵⁹ Proto také, jakmile se dostali komunisté v únoru 1948 k moci, byla zde snaha tento pro ně politicky nespolehlivý sbor zlikvidovat a podobně jako četnictvo nahradit komunistům do značné míry loajální nově vytvořenými jednotkami Sboru národní bezpečnosti.⁶⁰ Ihned po převratu bylo vyhozeno 125 příslušníků, členů Čs. strany národně socialistické a dvacítká jich raději odešla do exilu.⁶¹

Finanční stráž byla zrušena na základě zákona č. 275/1948 Sb., o přenesení působnosti finanční stráže v celním pohraničním pásmu na Sbor národní bezpečnosti. K 1. lednu 1949 tedy byla finanční stráž zrušena a ve službě ji zcela nahradily právě jednotky Národní

⁵⁴ K jednotkám SOS podrobněji Kára, P., *Stráž obrany státu*. Diplomová práce, Západočeské univerzity v Plzni, Právnická fakulta, Katedra dějin státu a práva., Plzeň: Západočeská univerzita, 2004. Též Beneš, J., *Stráž obrany státu 1936-1939*. Dvůr Králové nad Labem: ing. Jan Škoda – Fortprint, 2007.

⁵⁵ V období od léta 1938 do jara 1939 bylo zabito či zemřelo v souvislosti s záříjovými událostmi 43 příslušníci finanční stráže. Podrobný seznam viz. Marek, J., *Smrt v celním pásmu*. Historické reportáže o ostraze čs. hranic v letech 1918-1948. Cheb: Svět křídél, 2000., ISBN – 80-85280-67-1, s. 193-195.

⁵⁶ Všechny ostatní bezpečnostní složky podléhaly ministerstvu národní bezpečnosti, v jehož čele byl právě komunist V. Nosek. Díky své pozici tak systematicky nahrazoval četnictvo a policii do značné míry loajální prvorepublikové tradici Sbohem národní bezpečnosti. Jakkoliv v čele ministerstva financí byl v letech 1946-1948 J. Dolanský, rovněž komunist, Finanční stráž se komunistická ideologie moc nedotkla. Svou roli zde však patrně hrála i skutečnost, že její sbor nebyl doplňován mladými příslušníky, z jejichž řad se většinou verbovali komunisté u SNB.

⁵⁷ Holub, O., *Stůj! Finanční stráž!* Praha: Naše Vojsko, 1987, s. 230-235.

⁵⁸ Marek, J., *Smrt v celním pásmu*. Historické reportáže o ostraze čs. hranic v letech 1918-1948. Cheb: Svět křídél, 2000, ISBN – 80-85280-67-1, s. 188-189.

⁵⁹ Poněkud tragikomická postava příslušníka finanční stráže, kterou zosobnil Saša Rašilov st. , obdobně je na tom i jeho kolega spodobněný K. Effou, naopak hlavním hrdinou je četař-komunist. Podobně vyznívá i postava respicienta finanční stráže Berana, v podání J. Marvana, ve filmu *král Šumavy /1959/*, který se odehrává právě v r. 1948. viz též Marek, J., *Smrt v celním pásmu*. Historické reportáže o ostraze čs. hranic v letech 1918-1948. Cheb: Svět křídél, 2000, ISBN – 80-85280-67-1.

⁶⁰ O výstavbě nových bezpečnostních orgánů bylo rozhodnuto na 4. plenární schůzi vlády dne 17. dubna 1945, přičemž národní bezpečnost na Slovensku naradila četnictvo a policii již v únoru 1945. V Čechách a na Moravě se tak stalo až v létě téhož roku. Dne 30. června vydalo ministerstvo vnitra výnos, jímž bylo zrušeno četnictvo, uniformované státní policie a výkonné policie. Holub, O., *Stůj! Finanční stráž!* Praha: Naše Vojsko, 1987, s. 10.

⁶¹ Marek, J., *Smrt v celním pásmu*. Historické reportáže o ostraze čs. hranic v letech 1918-1948. Cheb: Svět křídél, 2000, s. 189.

bezpečnosti.⁶² Původní plán převzít všechny zaměstnance finanční stráže do věku 45-ti let v odpovídajících hodnostech se nesetkal u SNB s kladným ohlasem. Od finanční stráže pak přestoupilo k jednotkám SNB asi jen dva tisíce jejich příslušníků. Dlužno však říci, že i tito byli záhy posláni do vnitrozemí a z valné části ze SNB následně propuštěni.⁶³ Finanční stráž nadále působila jen při plnění pomocné služby u celních úřadů. O rok později byly vytvořeny jednotky Pohraniční stráže, jejichž úkol však již byl značně odlišný od původních úkolů stráže finanční.

6. ZÁVĚREM

Nově vzniklý samostatný československý stát převzal na základě tzv. recepční normy i organizaci ochrany celní hranice v podobě finanční stráže. Převzetí právní řádu bylo v r. 1918 chápáno jako provizorium a de facto nutnost z hlediska zachování právní kontinuity. Na druhou stranu v řadě oblastí se projevoval odpor vůči všemu, co bylo nějakým způsobem spojeno se starým mocnářstvím. I z tohoto důvodu využily odborové organizace finanční stráže v Čechách a na Moravě situaci a iniciovaly změnu. Požadovaly, aby do té doby spojená finanční stráž a důchodková stráž byly rozděleny. Tyto požadavky pak byly opakovány několikrát během prvního pololetí roku 1919 a na sklonku téhož a počátku příštího roku skutečně byly vydány nové předpisy, kterými, s účinností od 1. září 1919, byly tyto dva sbory rozděleny. Jako jeden z důvodů rozdělení byly uváděny rozdílné nároky na službu – zatímco služba na hranici vyžadovala spíše fyzické síly, vnitrozemská stráž vyžadovala vyšší úroveň vzdělání. Dalším důvodem byl odpor vůči vojenskému charakteru, který se ve vnitrozemí zdál zbytečný – proto také došlo ke změně z důchodkové stráže na neuniformovanou důchodkovou kontrolu.

Již v průběhu dvacátých let se však ukázaly slabiny této nové organizace, nicméně v novém celním zákoně, účinném od r. 1928, se již nepočítalo se sloučením obou sborů a to i přes četné požadavky z řad finanční stráže a i přes interpelace některých poslanců. Sluší se ještě dodat, že v sousedním Rakousku zůstal sbor finanční stráže v podobě nezměněné od jeho podoby z dob Rakousko-Uherska.⁶⁴

Literatura:

- Beneš, J., Finanční stráž československá 1918-1938. Dvůr Králové nad Labem: ing. Jan Škoda – Fortprint, 2005, 186 stran, ISBN: 80- 86011-29-1.
- Holub, O., Stůj! Finanční stráž! Praha: Naše Vojsko, 1987, 226 stran.
- Kára, P., Stráž obrany státu. Diplomová práce, Západočeské univerzity v Plzni, Právnická fakulta, Katedra dějin státu a práva,. Plzeň: Západočeská univerzita, 2004, 94 stran.
- Klíma, A., Manufakturní období v Čechách. Praha: Nakladatelství československé akademie věd, 1955, 523 stran.

⁶² Konkrétně šlo o Pohraniční útvar SNB 9600. Holub, O., Stůj! Finanční stráž! Praha: Naše Vojsko, 1987, s. 11-12, 259.

⁶³ Marek, J., Smrt v celním pásmu. Historické reportáže o ostraze čs. hranic v letech 1918-1948. Cheb: Svět křídél, 2000, ISBN – 80-85280-67-1, s. 190-191.

⁶⁴ Marek, J., Smrt v celním pásmu. Historické reportáže o ostraze čs. hranic v letech 1918-1948. Cheb: Svět křídél, 2000, ISBN – 80-85280-67-1, s. 20.

- Kol., Celnictví v Československu. Praha: Naše vojsko, 1982, 360 stran.
- Kol., Deset let ČSR, I. a II. svazek, Praha: Státní tiskárna, 1928.
- Kol., Vojenské dějiny Československa. III. díl /1918-1939/. Praha: Naše Vojsko, 1986, 583 stran.
- Macek, P., Uhlíř, L., Dějiny policie a četnictva I. díl Habsburská monarchie /1526-1918/. Praha: Themis, 1997, 178 stran, ISBN 80-85821-52-4.
- Marek, J., Smrt v celním pásmu. Historické reportáže o ostraze čs. hranic v letech 1918-1948. Cheb: Svět křídel, 2000., 221 stran, ISBN – 80-85280-67-1.
- Slovník veřejného práva československého I. sv., Praha: Eurolex Boheima /reprint/, 2000, 871 stran, ISBN 80-902752-4-9.
- Zájmy finanční stráže, ročníky XXII a XXIII /1918 a 1919/.

Kontaktní údaje na autora – email:

pavel.salak@email.cz

K NĚKTERÝM OTÁZKÁM PRÁVNÍ ÚPRAVY JAZYKOVÉHO PRÁVA V PRVNÍ ČSR Z NĚMECKÉHO POHLEDU

JAROMÍR TAUCHEN

Právnická fakulta Masarykovy univerzity, Česká republika

Abstrakt v rodném jazyce

Tento příspěvek zprostředkovává českému čtenáři německý pohled na některé vybrané problémy spojené s právní úpravou jazykového práva v první Československé republice. Autor se zde věnuje jak vnitrostátním, tak i mezinárodním pramenům jazykového práva, z nichž nejdůležitější náležel jazykový zákon z roku 1920. Nedílnou součástí tohoto pojednání tvoří příklady z aplikační praxe tak, aby si tak čtenář mohl korigovat svou možnou představu, že k porušení práv národnostních menšin v praxi v první ČSR nikdy nedošlo.

Klíčová slova v rodném jazyce

Jazykové právo, ochrana menšin, první ČSR, sudetští Němci, Saint Germainská smlouva.

Abstract

This contribution arranges for a Czech reader the German point of view at particular problems allied to legal regulations regarding the language rights, in the first Czechoslovakia. The author focuses on both the domestic and international sources of languages rights. One of the most important sources is the Language Act from 1920. There are lots of examples from every-day practise included in this article so the reader is able to revise his or her possible belief, that there was no such thing as breach of rights of minorities in the first Czechoslovakia.

Key words

Language right, protection of minorities, first Czechoslovakia, Sudeten Germans, Treaty of Saint Germain.

1. ÚVODEM

Cílem tohoto příspěvku je zprostředkovat českému čtenáři německý pohled na některé vybrané problémy spojené s právní úpravou jazykového práva v první Československé republice, neboť na řadu otázek nahlíží česká a německá historiografie různými očima a z různých úhlů pohledu.¹

Při zpracovávání tohoto pojednání se bylo nutno vyrovnat s jedním zásadním problémem. Německé monografie, které se zabývají právní úpravou jazykového práva a právním postavením německé menšiny v první ČSR vůbec, mají různou vypovídající hodnotu a ne vždy se jedná o seriózní práce právních historiků nebo historiků obecně. Existuje celá řada nejrozumnějších publikací, jejichž účelem je plnit politické cíle určitých zájmových skupin. Ale znát stanovisko „z druhé strany hranice Šumavy“ nám napomůže uvědomit si, že pohled na

¹ Podrobně se obrazu první ČSR ve světle německé historiografie věnuje Ferdinand Seibt v: Seibt, F. *Deutsche, Tschechen, Sudetendeutsche. Analysen und Stellungnahmen zu Geschichte und Gegenwart aus fünf Jahrzehnten*. München : R. Oldenbourg, 2002, s. 519-527.

řešení národnostních problémů v Československu nesmí být pouze jednostranný, protože tato otázka je nepoměrně složitější.

V tomto příspěvku se nevěnuji pouze zákonným ustanovením regulující jazykové právo v meziválečném Československu, nýbrž uvádím i příklady z praxe převzaté z prací pocházejících z dvacátých a třicátých let minulého století tak, aby si tak čtenář mohl korigovat svou možnou představu, že k porušení práv národnostních menšin v praxi v první ČSR nikdy nedošlo.

Jako hlavní úkol tohoto pojednání jsem si předsevzal zprostředkovat vybraná ustanovení z německé historiografie tak, aby si český čtenář udělal představu o tom, s čím v současnosti je nebo ve své době byl konfrontován jeho německý protějšek. Hodnocení pravdivosti těchto pramenů se dotýkám pouze okrajově.²

2. VYBRANÉ PRAMENY JAZYKOVÉHO PRÁVA V PRVNÍ ČSR

Po vzniku československého státu byly tzv. recepční normou převzaty rakouské právní předpisy včetně úpravy práva jazykového. Prozatímní ústava (z. 37/1918 Sb.) se této otázky nedotýkala. Až do vydání nové právní úpravy zůstal tedy v platnosti čl. 19 z. 142/1867 ř. z. (základní zákon státní o občanských právech občanů státních). Stejně tak jako práva národnostních menšin, tak i právo jazykové bylo v Československé republice založeno na pramenech mezinárodní a vnitrostátní povahy. Nejvýznamnější pramen mezinárodního práva upravující jazykové právo tvořila Smlouva mezi čelnými mocnostmi spojenými i sdruženými a Československem, podepsaná v Saint-Germain-en-Laye dne 10. září 1919 (publikována pod č. 508/1921 Sb.), která bývá v německých pramenech označována jako smlouva k ochraně menšin. O právu jazykovém se zmiňuje v hlavě šesté Ústavní listiny Československé republiky z 29. února 1920 (z. 121/1920 Sb.). Zásady jazykového práva v první ČSR stanovil zákon č. 122/1920 Sb. z 29. února 1920 (jazykový zákon), který tvořil součást Ústavní listiny. Ten byl poté v letech následujících ještě proveden několika nařízeními vlády.³

Právo na používání jazyka národnostní menšiny ve styku se státními úřady bylo možno v Československé republice dovodit pouze z jazykového zákona, nikoliv však přímo z St. Germainské smlouvy (rozs. NSS z 29. 3. 1921, č.j. 13.297/20, uveřejněno pod č. 786/1921).⁴

² Podrobněji k jazykovému právu a k postavení německé národnostní menšiny z německého pohledu blíže: Tauchen, J. K některým otázkám právního postavení německého obyvatelstva v první ČSR z německého pohledu in: Schelle, K., Vojáček, L. a kol.: Československo a Evropa. Vyjde v r. 2008.

³ Glaser označuje jazykový zákon za jeden z drastických zákonů, který schválilo revoluční shromáždění bez jakékoliv demokratické legitimace a který značně zatížil nečeské národnostní menšiny v Československu. Blíže: Glaser, K. *Die Tschechoslowakei. Politische Geschichte eines neuzeitlichen Nationalitätenstaates*. Frankfurt am Main: Athenäum Verlag, 1964, s. 44.

⁴ Podle Slapnický splnilo Československo své mezinárodněprávní závazky vyplývající ze St. Germainské smlouvy pouze nedostatečným způsobem. Dotčená ustanovení této smlouvy Československo do svého právního řádu nepřevzalo ve stejném znění, nýbrž některá modifikovalo a některá vypustilo úplně, což považuje za porušení mezinárodněprávních závazků Československem. Blíže: Slapnicka, H. *Recht und Verfassung der Tschechoslowakei 1918 – 1938 in: Bosl, K. Aktuelle Forschungsprobleme um die Erste Tschechoslowakische Republik*. München, Wien: R. Oldenbourg, 1969, s. 99.

2.1 PAŘÍŽSKÁ MÍROVÁ KONFERENCE A SAINT GERMAINSKÁ SMLOUVA

S otázkou uznání práva na sebeurčení národů, jazykového práva a postavení příslušníků německé národnostní skupiny jsou bezprostředně spojeny výsledky Pařížské mírové konference a uzavření Versailleské a Saint Germainské mírové smlouvy.

Německá strana ostře kritizovala memoranda, která zástupci ČSR na mírové konferenci předložili, neboť jak se ukázalo, obsahovala nepravdivé a zavádějící údaje, na základě kterých uznaly západní mocnosti oprávněnost českých nároků.⁵ Memorandum č. 3 s názvem „Problém Němců v Čechách“ je pro svou klamavost německými historiky velmi ostře napadáno (a na tomto místě je nutno dodat že i po právu). Toto memorandum totiž zamlčovalo více než jeden milion Němců žijících v českých zemích a označovalo Němci obývaná území za nesouvislá. Na přiložené mapce bylo území mezi Teplicemi a Chomutovem vyznačeno jako plně osídlené českým obyvatelstvem. Připojení německých území k Německu bylo označeno z hospodářských, politických a strategických důvodů za nemožné. Československo se zavázalo k ochraně národnostních menšin s tím, že se němčina stane druhým jazykem v zemi a německá menšina nebude vystavena žádné formě národnostního útlaku.

Toto memorandum obsahovalo rovněž legendární formulaci, ve které se Československo zavázalo, že vytvoří podobný režim, jaký je ve Švýcarsku. Jak další vývoj ukázal, první ČSR se nikdy nestala druhým Švýcarskem, a proto se z německé strany stále ozývají hlasy, že ČSR nesplnila svůj slib, který dala západním mocnostem na Pařížské mírové konferenci.⁶ Memorandum č. 3 bylo zakončeno konstatováním, že Němci v Čechách netvoří žádný vhodný organizovaný celek, nedisponují žádnými politickými vůdci, kteří by měli u německého obyvatelstva důvěru, a naopak se nacházejí mezi českými Němci takoví, kteří z hospodářských důvodů upřednostňují československý stát před Německou říší.⁷ Němečtí autoři si často ve svých dílech pokládají otázku, zda by jednání Pařížské mírové konference odvíjela jiným způsobem, kdyby československá vláda uvedla o německé menšině správné údaje.⁸ Především by se však jednalo o změnu postoje americké delegace. Často bývají uváděny výroky zvláštního amerického velvyslance při mírové delegaci prof. Archibalda C. Coolidge, který byl proti připojení sudetoněmeckých území k Československu.⁹ Jako příklad budiž uveden jeden, ve kterém varuje před společnou česko-německou budoucností v ČSR, který byl pronesen po potlačení německých demonstrací 4. března 1919: „Byla-li přítomna v uplynulém listopadu v německých kruzích ochota z hospodářských důvodů vstoupit

⁵ Ohlbaum k tomu uvádí: „Beneš uvedením nesprávných čísel a map klamal při mírových jednáních Spojence o skutečné národnostní situaci v nově založené Československé republice. Československo bylo stejně jako rozbité Rakousko mnohonárodnostní stát. Beneš a jeho političtí přátelé ho chtěli přetvořit v československý, ve skutečnosti v český národní stát.“ Ohlbaum, R. *Das Genocid an der sudetendeutschen Volksgruppe in: Eibicht, R.-J. 50 Jahre Vertreibung*. Tübingen: Hohenrain-Verlag, 1995, s. 43.; k tomu dále např.: Birke, E. *Der Erste Weltkrieg und die Gründung der Tschechoslowakei 1914-1919 in: Bosl, K. Handbuch der Geschichte der böhmischen Länder*. Stuttgart: Anton Hiersemann, 1968, s. 415-438.

⁶ Např. Hoensch, J. *Geschichte Böhmens. Von der slavischen Landnahme bis zur Gegenwart*. München : C. H. Beck, 1997, s. 423.

⁷ Goldmann, R. *Die sudetendeutsche Frage auf der Pariser Friedenskonferenz*. München: Fides-Verlagsgesellschaft, 1971, s. 76.

⁸ Např. Rabl, K. *Das Ringen um das deutsche Selbstbestimmungsrecht 1918/19*. München : Verlag Robert Lerche, 1958.

⁹ Rill označuje prof. Coolidge za „advokáta“ sudetoněmeckého práva na sebeurčení. Blíže: Rill, B. *Böhmen und Mähren. Geschichte im Herzen Mitteleuropas*. Svazek 2. Gernsbach: Casimir Catz Verlag, 2006, s. 799.

společně s Čechy do určitého politického společenství, tak tato ochota nyní naprosto pominula... dnes panuje mezi těmito dvěma národy hluboké nepřátelství a nelze očekávat, že toto nepřátelství bude v blízké budoucnosti překonáno. Krev, která tekla 4. března, když čeští vojáci stříleli do masy německých demonstrujících (ačkoliv je to pouze kapka v porovnání s tím, čeho jsme byli v letech minulých svědky), bude jen těžko zapomenuta.“¹⁰

V této souvislosti se je nutno upozornit, že se předmětem kritiky z německé strany i další vojenské zásahy proti německému obyvatelstvu, např. nepokoje v Jihlavě 23. března 1920 či v Kraslicích 23. června 1921.¹¹

2.2 JAZYKOVÝ ZÁKON

Jazykový zákon, jehož vydáním mělo splnit Československo svůj závazek stanovený v St. Germainské smlouvě, vycházel z československého jazyka jako jazyka státního - oficiálního, ve kterém jednají soudy, úřady, ústavy, podniky a orgány republiky.¹² Jazykový zákon prohlásil z politických důvodů československý jazyk za jazyk státní, ačkoliv ve skutečnosti vůbec neexistoval. Měl však vyjádřit politickou jednotu Čechů a Slováků. Československý zákonodárce však v průběhu dvacátých let nepoužíval označení státního jazyka jednotně a měl-li být odlišen jazyk český od slovenského, byl použit místo slova „jazyk“ výraz „znění“. Ojedinele se lze v textech právních předpisů setkat i s výrazem „český jazyk“.¹³ Profesor na pražské německé univerzitě Fritz Sander ve své učebnici ústavního práva přebírá kritiku užívanou i v jiných německých pramenech ohledně neexistence „československého jazyka“ a týkající se rovněž povýšení slovenštiny na státní jazyk a tím jejího zvýhodnění oproti němčině.¹⁴

Podle jazykového zákona měl být v jazyce československém uveden rovněž hlavní text státovek a bankovek, ale v úvahu přicházela i úřední razítka, poštovní ceniny a všechny výsostné znaky státu (standarta prezidenta republiky apod.). Československý jazyk měla užívat branná moc jako jazyka služebního a při velení. Plné zrovnoprávnění českého jazyka se

¹⁰ Seibt, F. *Deutschland und die Tschechen. Geschichte einer Nachbarschaft in der Mitte Europas*. München: List Verlag, 1974, s. 210.

¹¹ K těmto zásahům armády blíže Salák, P., *Nebojová činnost armády /pol. 19. stol-1989/*. Disertační práce. Brno: Katedra dějin státu a práva, Právnická fakulta MU, 2007, s. 69, 70 a 80.

¹² Německé komentáře k jazykovému zákonu shodně upozorňují na skutečnost, že St. Germainská smlouva nezná jazyk československý a za oficiální jazyk považuje pouze jazyk český. Schranil, R., Janka, F. *Tschechoslowakische Gesetze. Das öffentliche Recht der Tschechoslowakischen Republik. Teil I. Die Verfassungsgesetze*. Prag: Rolandverlag, 1934, s. 402; Epstein, L. *Studien-Ausgabe der Verfassungsgesetze der Tschechoslowakischen Republik*. Reichenberg: Verlag Gebrüder Stiepel, 1932, s. 825; Epstein, L. *Das Sprachenrecht der Tschechoslowakischen Republik*. Reichenberg: Gebrüder Stiepel, 1927, s. 51.

Schranil zároveň kritizuje, že se tímto slovenský národ „nedosahující ani polovinu počtu Němců žijících v Československu“ stal národem většinovým. Zároveň poukazuje na fakt, že v jazykovém zákoně použité označení „státní, oficiální jazyk“ ne zcela odpovídá čl. 7 St. Germainské smlouvy, která uvádí jen „jazyk oficiální“. Podle jeho názoru „byl boj českého národa o státní jazyk v předválečné době zakořeněn v jeho paměti tak silně, že by se cítil ošizen o jeho nejsvětější nárok, kdyby nebyl český jazyk prohlášen jazykem státním“ (Schranil, R., *Tschechoslowakische Gesetze.*, s. 403).

¹³ Např. Nařízení vlády, jímž se uvádí v prozatímní platnost obchodní plavební smlouva mezi republikou Československou a královstvím Italským (č. 4/1922 Sb.); Nařízení vlády o nových úředních blanketech směnečných a o výměně starých úředních blanketů směnečných (č. 264/1921 Sb.).

¹⁴ To, že byl ze slovenského menšinového jazyka uměle učiněn jazyk většinový, mělo sloužit ke zvýhodnění slovanských jazyků oproti menšinovým jazykům němčině a maďarštině. Blíže: Sander, F. *Grundriss des Tschechoslowakischen Verfassungsrechts*. Reichenberg: Gebrüder Stiepel, 1938, s. 134-135.

slovenským bylo vyjádřeno tím, že slovenské podání mohlo být vyřízeno v jazyce českém a naopak.

Při aplikaci práva jazykového došlo k uplatnění dvou principů: principu personality a principu teritoriality. Princip personality platil pro jazyk státní, tedy československý, zatímco princip teritoriality platil pro jazyky národnostních menšin. Jazyková práva národnostních menšin tedy nebylo možno uplatnit na celém území ČSR, nýbrž pouze v soudních okresech, ve kterých podle posledního soupisu lidu bydlelo alespoň 20 procent státních občanů téhož, však jiného jazyka než československého. Soudy, úřady a orgány republiky v tomto soudním okrese byly povinny přijímat od příslušníků jazyka této menšiny podání v témž jazyku a vyřídit tato podání nejen v československém jazyce, nýbrž i v jazyce podání. Stejně pravidlo se uplatnilo i v případě obžaloby, kdy veřejný žalobce byl povinen vznést trestní žalobu proti obviněnému jiného než československého jazyka i v tomto jazyku. Zevní označení a vyhlášky státních soudů, úřadů a orgánů musely být v dotčených soudních okresech vyhotoveny také v jazyce příslušné národnostní menšiny. Naopak veškeré samosprávné úřady, zastupitelské sbory a veškeré veřejné korporace v celé ČSR (a to i ve všech obcích, kde nežili žádní občané české národnosti) byly povinny přijímat ústní i písemná podání učiněná v jazyku československém a v tomto jazyce je vyřizovat. V polovině třicátých let bylo v ČSR celkem 185 národnostně smíšených soudních okresů, které splňovaly hranici 20 % stanovenou jazykových zákonem. Z tohoto počtu náležela jazyková práva německé národnostní skupině ve 146 okresech.¹⁵

2.3 PROVÁDĚCÍ NAŘÍZENÍ K JAZYKOVÉMU ZÁKONU A SOUDNÍ JUDIKATURA

Jazykový zákon byl ústavním zákonem obsahujícím pouze základní zásady, jimiž se jazykové právo v první ČSR řídilo. Prováděcí ustanovení, bez kterých by samotný jazykový zákon byl nic neříkajícím právním předpisem, tak byla přenechána československé vládě. První prováděcí nařízení vydala vláda však až po pěti letech od okamžiku, kdy jazykový zákon vstoupil v platnost.¹⁶ Ve svých 101 paragrafech dávalo toto nařízení zásadám stanoveným v jazykovém zákoně konkrétní podobu.

Do jazykového práva v první ČSR zasáhla rovněž moc soudní prostřednictvím judikatury Nejvyššího správního soudu a Nejvyššího soudu, která ve svých rozhodnutích dále upřesnila a konkretizovala právo na užívání menšinového jazyka.¹⁷

¹⁵ Glück ve své práci zpochybňuje sčítání obyvatel provedené v roce 1930. Podle něj se část obyvatel obávala přihlásit se k německé národnosti z důvodu možné diskriminace ze strany státu. Tyto osoby se měly přihlásit k dvojjazyčnosti nebo uvedly státní řeč jako svou řeč mateřskou. Rovněž uvádí jako jeden z možných důvodů pro nesprávný výsledek sčítání návod pro vyplnění sčítacích dotazníků a nasazení sčítacích komisařů do německých okresů, kteří ovládali pouze státní jazyk. K ovlivnění statistik mělo také sloužit provedení přesunu vojenských jednotek bezprostředně před dnem, ve kterém mělo dojít ke sčítání obyvatelstva. Skutečný počet německého obyvatelstva v Československu dosahoval podle Glücka 3 450 000 osob, což je přibližně o 200 000 tisíc více, než uvádí oficiální československá statistika k 1. prosinci 1931. Výsledkem tohoto sčítání byly dotčeny tři soudní okresy s 50 000 československých občanů německé národnosti, kteří již nebyli oprávněni používat ve styku se státními úřady svého mateřského jazyka. Blíže: Glück, W. *Sprachenrecht*, s. 28-29.

¹⁶ Vládní nařízení ze dne 3. února 1926, jímž se provádí ústavní zákon jazykový pro obor ministerstev vnitra, spravedlnosti, financí, průmyslu, obchodu a živností, veřejných prací a veřejného zdravotnictví a tělesné výchovy, pro veřejné korporace, podléhající těmto ministerstvům v republice Československé, jakož i pro úřady místní samosprávy (č.17/1926 Sb.).

¹⁷ Obsáhlý výběr judikatury k jazykovému právu je zveřejněn v: Epstein, L. *Das Sprachenrecht der Tschechoslowakischen Republik*. Reichenberg: Gebrüder Stiepel, 1927.

Právo na užívání jazyka národnostní menšiny bylo čistě osobním právem příslušníka této menšiny. Učinil-li podání za tuto osobu advokát jako její právní zástupce či obhájce, určovala se přípustnost použití jazyka národnostní menšiny podle osoby zastoupené.¹⁸ Rovněž advokátovi, který vystupoval před soudem jako zmocněnec třeba již i zemřelé osoby, nepřislušelo vlastní jazykové právo.¹⁹ Pravidlo, že o aplikaci jazykového práva národnostní menšiny rozhodoval právní status zastoupeného, se prosadilo v průběhu dvacátých let také např. u soudem ustanoveného opatrovníka či u správce konkurzní podstaty.²⁰ Toto pravidlo bylo v praxi pro občany německé národnosti diskriminující, neboť pokud by např. chtěl Němec svojí českou manželku zastupovat v soudním řízení týkající se urážky na cti (v příslušném soudním okrese s 20 % německou menšinou), musel by používat státní jazyk. Samozřejmě největší význam mělo toto pravidlo pro advokáty, protože je také znevýhodňovalo v jednání oproti jejich českým kolegům. Příkladem může být německý advokát v německém jazykovém okrese, který ve sporu zastupuje např. francouzskou či anglickou stranu. Tomuto advokátu není umožněno používat před soudem německého jazyka a je zákonem donucen užít československý jazyk. Stejně tak by musel použít státní jazyk, když by před soudem obhajoval říšského Němce nebo by vyhotovil žalobu rakouské obchodní společnosti.²¹ Tento přístup vedl k tomu, že němečtí advokáti byli hospodářsky znevýhodněni, protože výše uvedené subjekty daly přednost jejich českým kolegům. Paradoxní se z dnešního pohledu může zdát skutečnost, proč nebylo umožněno jednat zástupcům zastoupených osob v jejich mateřském jazyce, když v některých západočeských soudních okresech žilo přes 90 % německého obyvatelstva a soudy by tak s přijetím podání a jeho vyřízením v německém jazyce neměly sebemenší problém?

Jak je patrné z následujících rozhodnutí, soudní moc v otázkách jazykového práva nerozhodovala jednotně. Podle rozhodnutí NSS z roku 1923 náleželo právo na užívání menšinového jazyka občanovi cizího státu, pokud tento občan náležel k národnostní menšině, která se vyskytovala na území Československé republiky.²² Naproti tomu Nejvyšší soud v roce 1930 rozhodl, že cizinci nepožívají privilegií jazykových menšin, a to i přes skutečnost, že jim v jiných záležitostech správní orgán právo na používání jazyka národnostní menšiny přiznal.²³

Jazyková práva národnostních menšin nenáležela v první ČSR jenom fyzickým osobám, nýbrž i osobám právnickým a jim podobným právním subjektům (např. veřejné obchodní společnosti), samosprávným úřadům, zastupitelským sborům, církevním úřadům a jiným korporacím. Při písemném styku se zpravidla posuzovalo podání podle toho, v jakém jazyce bylo sepsáno. Vznikla-li však pochybnost o tom, zda strana podávající návrh je příslušníkem menšinového jazyka, v němž bylo učiněno podání, vyžádal si soud nebo úřad ústní či písemné prohlášení strany. Učinila-li strana o jazykové příslušnosti a znalosti nepravdivé udání, mohla jí být na základě nařízení provádějící jazykový zákon uložena pořádková pokuta do 1000

¹⁸ Rozsudek NSS z 29. 3. 1921, č.j. 13.297/20, uveřejněno pod č. 786/1921.

¹⁹ Rozsudek NSS z 13. 6. 1922, č.j. 8024, uveřejněno pod č. 1416/1922.

²⁰ Rozsudek NSS z 10. 10. 1927, č.j. 21.260/26, uveřejněno pod č. 6783/1927 a rozsudek NSS z 15. 1. 1929, č.j. 29.648/28, uveřejněno pod č. 7687/1929.

²¹ Tyto příklady dokládající znevýhodnění advokátů německé národnosti převzaty z: Glück, W. *Sprachenrecht*, s. 32.

²² Rozsudek NSS z 14. 2. 1923, č.j. 2607, uveřejněno pod č. 1968/1923.

²³ Rozsudek NS z 25. 4. 1930, č.j. Co 8/30, uveřejněno pod č. 9854/1930.

Kč.²⁴ U právnických osob se při stanovení jednacího jazyka přihlíželo k tomu, v jakém jazyce byly tyto osoby zapsány ve veřejném rejstříku, anebo jaký měly jednací jazyk podle stanov, jednacího řádu, nebo jiných vnitřních předpisů.

3. JAZYKOVÉ PRÁVO NĚMECKÉ MENŠINY V OSOBNÍM A OBCHODNÍM STYKU

Československá státní moc byla při úpravě jazykového práva vázána ustanovením čl. 7 odst. 3 St. Germainské smlouvy (z. 508/1921 Sb.), podle kterého nebude ukládat československým státním občanům žádná omezení, pokud jde o volné užívání jakéhokoli jazyka ať již ve stycích soukromých nebo obchodních či ve věcech týkajících se náboženství, tisku a veřejných projevů jakéhokoli druhu nebo při veřejných shromážděních. Do vnitrostátního práva však toto ustanovení St. Germainské smlouvy nebylo převzato ve stejném znění, nýbrž výhrada byla implementována do čl. 128 odst. 4 Ústavní listiny (z. 121/1920 Sb.), podle kterého byly státní orgány oprávněny z důvodů veřejného pořádku a bezpečnosti státu i účinného dozoru výše uvedená práva omezit. Stejně jako již ve výše uvedených případech se stalo neúplné převzetí St. Germainské smlouvy do československého právního řádu a z toho vyplývající porušení zásady rovnosti před zákonem předmětem kritiky německé odborné literatury.

Prováděcí nařízení k jazykovému zákonu z roku 1926 obsahovalo rovněž výhradu veřejného pořádku ve vztahu k používání menšinového jazyka. Žádal-li to veřejný zájem, aby byl použit státní jazyk Československé republiky, mohl politický úřad tam, kde korporace nebo jiné osoby oznamují něco veřejnými vyhláškami nebo označují nápisy pro potřebu obecnosti nemovitosti nebo jiné předměty, určené k veřejnému užívání, uložit, aby vyhláška nebo označení bylo vyhotoveno i ve státním jazyce, a ustanovit při tom úpravu a umístění textu ve státním jazyce. Tak např. na základě rozhodnutí živnostenských úřadů opírající se o toto ustanovení a s odvoláním se na § 54 odst.2 živnostenského řádu (z. 227/1859 ř.z.) byli provozovatelé hostinské živnosti povinni v německých jazykových soudních okresech používat označení živnosti ve státním jazyce a vést v něm rovněž jídelní lístek.²⁵ Z německé strany byla kritizována skutečnost, že naopak nebyla vydávána rozhodnutí, která by uložila povinnost českým provozovatelům hostinských živností v německých oblastech vést jídelní lístek a označení podniku rovněž v němčině. Poukazováno však bylo především na zřejmé porušení čl. 128 odst. 3 Ústavní listiny, kdy bylo pražským Němcům zakazováno uvádění nápisů v německém jazyce a v kavárnách a restauracích nebylo možno vést jídelní lístek v němčině. Až od konce dvacátých let se situace v tomto ohledu zlepšila.²⁶

²⁴ Glück ve svém pojednání o československém jazykovém právu kritizuje právě toto ustanovení s odkazem na skutečnost, že znalost jazyka je vždy relativní. „Československý občan německé národnosti může hovořit českým jazykem, přesto nemusí být schopen v tomto jazyce sepsat podání. Kdo z vrozené skromnosti udá jen částečnou znalost českého jazyka, zatímco úřad je přesvědčen o opaku, bude mu uložena pokuta. Pokud bude tato osoba pod hrozbou sankce donucena vypovídat před soudem ve státním jazyce, ztratí tímto schopnost pohotově reagovat, čímž bude v jednání značně znevýhodněna.“ Uložení sankce považuje Glück za protiprávní. Blíže Glück, W. *Sprachenrecht*, s. 31.

²⁵ Glück dále uvádí, že němečtí hostinští byli nuceni zaměstnávat osobu, která byla schopna komunikovat v československém jazyce. Povinnost k označení ve státním jazyce se netýkala pouze vnějších ploch živnosti, nýbrž i jednotlivých místností, jako např. jídelna, spolková místnost, toalety či místnosti pro hraní biliardu. Blíže Glück, W. *Sprachenrecht*, s. 41-42.

²⁶ Schranil, R. *Tschechoslowakische Gesetze.*, s. 359.

Obdobná povinnost jako u provozovatelů hostinské činnosti stíhala i provozovatele kin a divadel. Všechny nápisy v těchto podnicích i označení divadla samotného bylo nutno na prvním místě uvádět ve státním jazyce. Stejně pravidlo se vztahovalo i na plakáty propagující program kin a divadel a německé, maďarské a polské filmy musely být opatřeny českými titulky, aby český návštěvník mohl sledovat průběh jednání.²⁷ Často se v německé literatuře popisující úpravu jazykového práva v určité oblasti objevují statistiky počtu československých občanů německé národnosti, jejichž účelem bylo poukázat na zanedbatelné množství žijících česky hovořících občanů v dané oblasti a z toho plynoucí porušení práv německé menšiny. Příkladem může být zákon o lázeňských místech (č. 38/1868 čes. z. z.) podle kterého lázeňská města Karlovy Vary, Mariánské Lázně, Františkovy Lázně a Teplice-Šanov musela na svých lázeňských zařízeních uvádět na prvním místě označení ve státním jazyce, dále v tomto jazyce vést lázeňské seznamy, programy lázeňské hudby a českým hostům vyhotovit potvrzení o lázeňském poplatku v českém jazyce. V této souvislosti je uvedeno sčítání obyvatel z roku 1930 v těchto čtyřech městech, z něhož je patrné, že českoslovenští občané německé národnosti tvořili přes 90 % obyvatelstva.²⁸

Odkaz na veřejný zájem a s tím spojená povinnost označování státním jazykem byl prosazen např. u lékáren, veřejných i soukromých nemocnic, sanatorií, hřbitovů a krematorií.²⁹

4. JAZYKOVÁ ZPŮSOBILOST STÁTNÍCH ZAMĚSTNANCŮ

Požadavek znalosti československého jazyka státních zaměstnanců v první Československé republice patřil a nadále patří v německé literatuře mezi jedny z nejuváděnějších opatření, které značně poškodily postavení některých československých občanů německé národnosti.³⁰ Na základě § 1 jazykového zákona z roku 1920 měly být vydány podrobnější předpisy o obligatorní znalosti československého jazyka u úředníků a státních zřízenců, jakož i u úředníků a zřízenců státních ústavů a státních podniků. K vydání prováděcího nařízení došlo až za šest let v roce 1926. V hlavě šesté byly uvedeny požadavky týkající se jazykové

²⁷ Provozovat kino bylo možné pouze na základě získání licence (nař. z 19. září 1912, č. 192/1912 ř.z.) a její udělení náleží pouze volnému uvážení příslušného úřadu. NSS v roce 1934 rozhodl, že se nejedná o porušení jazykového práva, když úřad v souvislosti s udělením licence uloží určité podmínky, týkající se používání státního jazyka (Rozsudek NSS z 9. 3. 1924, uveřejněno pod č. 4853/1934).

²⁸ Blíže Glück, W. *Sprachenrecht*, s. 44.

²⁹ Němečtí autoři i představitelé německé politické reprezentace v Československu vehementně kritizovali postup českých orgánů, týkající se jazykových práv národnostních menšin v oblasti pohřebnictví. Příkladem může být parlamentní interpelace poslance Dr. Fritze Köllnera z 12. května 1937, týkající se nedodržování jazykových práv německé menšiny v Praze. Pražský primátor Dr. Baxa měl v r. 1933 vydat nařízení, podle kterého urny v pražském krematoriu nesměly na sobě nést německé nápisy, a to ani slova na rozloučenou „*Ruhe sanft*“ (Spi sladce). V tomto nařízení města Prahy viděli němečtí představitelé zásah do lidských a ústavních práv, týkající se svobodného používání jazyka německé národnostní menšiny v osobním a obchodním styku a porušení závazků ČSR vyplývajících ze St. Germainské smlouvy. (Interpelace otištěna v: Glück, W. *Sprachenrecht*, s. 178).

Na stejnou věc upozornil v Poslanecké sněmovně i poslanec Hans Krebs, který situaci na poli jazykového práva v Československu přirovnával dokonce k době předbřeznové. Podle případu jím uváděným vydala policie příkaz, podle kterého musel být ze hřbitova v městečku Trmice odstraněn náhrobní kámen nesoucí nápis: „*Ruhe sanft in deutscher Erde*“ (Spi sladce v německé zemi). Tento nápis měl mít podle mínění policejního úřadu v Ústí nad Labem provokující charakter a byl nepřátelsky namířen proti státu, proto policie vyzvala pozůstalé pod pohrůžkou uložení policejní pokuty, aby tento německý nápis z náhrobku odstranili (viz. příloha k těsnopisecké zprávě k 196. schůzi Poslanecké sněmovny NS z 21. června 1932).

³⁰ K tomu např. Adamovich, L. *Grundriss des tschechoslowakischen Staatsrechtes*. Wien: Österreichische Staatsdruckerei, 1929, s. 86.

způsobilosti státních zaměstnanců a orgánů, které spadaly pod ministerstva uvedená v názvu tohoto nařízení.

K jakékoliv službě (definitivní, zatímní, přípravné, výpomocné, smluvní) mohl být u všech soudů, úřadů a ústavů³¹ nově ustanoven, připuštěn nebo jmenován jen ten, kdo plně ovládal státní jazyk tak, že byl schopen samostatně vykonávat svůj úřad a jednat se stranami. Tato podmínka se rovněž vztahovala na jmenování odborných soudců (laiků) a na přísedící u soudu. Jak německá literatura upozorňuje, mělo toto ustanovení za následek, že jako soudci z lidu byly jmenovány osoby české národnosti, což u německé národnostní skupiny neposilovalo důvěru v nezávislost československé soudní moci.

Paragraf 60 prováděcího nařízení k jazykovému zákonu sice nestanovil požadavek znalosti československého jazyka pro státní ústavy a podniky, ale na základě § 12 byly povinny úřadovat a vydávat vyhlášky v československém jazyce. Z tohoto důvodu byla požadována znalost státního jazyka rovněž po vyšších vedoucích úřednících těchto podniků. Po dělnících státních podniků (např. státních dolů) se samozřejmě znalost československého jazyka nevyžadovala. Toto prováděcí nařízení se však nevztahovalo na dva nejdůležitější podniky v první ČSR, a to na státní dráhy a poštu, protože tyto podniky nespádaly do působnosti ministerstev, na které se toto nařízení vztahovalo. Vedení státních drah tak ustanovilo v roce 1923 svým výnosem československý jazyk jazykem služebním, obdobně požadovalo ministerstvo pošt interním pokynem pro poštovní úředníky znalost státního jazyka. Jak uvádí Glück, důsledkem těchto opatření byl úbytek německých úředníků vykonávajících službu u drah a pošt o 50 %.³² Zároveň na příkladech z tisku dokládá, že zaměstnávání českých úředníků u pošt a železnice bez základní znalosti němčiny v ryze německých soudních okresech, kde jejich podíl německého obyvatelstva činil přes 90 %, vyvolávalo značnou nelibost u československých občanů německé národnosti, protože se na poště či na nádraží nebyli schopni dorozumět.³³ Jiní autoři považují přeložení českých úředníků do německých

³¹ Toto ustanovení se vztahovalo pouze na úřady podřízené ministrům vnitra, spravedlnosti, financí, průmyslu, obchodu a živností, veřejných prací a veřejného zdravotnictví a tělesné výchovy Československé republiky.

³² Podle uvedených statistik bylo v roce 1921 zaměstnáno u železnice 26 460 německých úředníků, v roce 1930 již jen 14 016. V roce 1921 bylo u poštovních úřadů zaměstnáno 10 022 osob, v roce 1930 již jen 5897. Správa železnic zaměstnávala 12,4 % Němců, pošta 13,1 % Němců, což neodpovídalo národnostnímu podílu německé národnostní menšiny, která činila 22,32 %. Blíže: Glück, W. *Sprachenrecht*, s. 189-190.

³³ Pro ilustraci budiž uvedeny zprávy z dobového tisku:

„V Březové u Svitav, jejíž okolí je z 85 % německé, není možné na tamějším poštovním úřadě, který je obsazen jen českými úředníky, obdržet informaci v německém jazyce“. (Die Zeit, 14. ledna 1937)

„Dopis podaný v Sokolově a určený německé adresátce do Písku byl vrácen zpět odesílateli. Oslovení ‚Frau‘ v adrese bylo přeškrtnuto a nahrazeno slovem ‚paní‘ a u příjmení byla doplněna koncovka –ová. Obálka byla opatřena poznámkou: ‚piště českou adresu‘.“ (Die Zeit, 15. července 1937)

„Z města Hansdorf byl odeslán dopis do Otice s uvedením přesné poštovní adresy příjemce. Když se dopis dostal na poštovní úřad v Oticích, bylo německé označení ‚Ottendorf‘ škrtnuto, nahrazeno českým názvem ‚Otice‘ a opatřeno otazníkem. Dopis byl vrácen odesílateli jako nedoručitelný“. (Die Zeit, 27. července 1937)

„Ve Štědré ve Žlutickém okrese prodává jízdenky žena, která neovládá německý jazyk. Není výjimkou, když tato žena musí vyhledat třetí osobu, která rozumí oběma jazykům, aby se mohla s cestujícím vůbec dorozumět. Přitom leží Štědrá v ryze německé oblasti a 98 % cestujících ze Štědré jsou německé národní příslušnosti.“ (Die Zeit, 18. listopadu 1936)

Tyto případy byly uveřejněny v: Glück, W. *Sprachenrecht*, s. 106-115.

okresů za „předvoj úmyslné ‚čechizace‘ tohoto území a prosazení rychlé ‚degermanizace‘“, kterou Masaryk v roce 1919 vyhlásil.³⁴

Uchazeč o úřednické místo ve státní správě byl povinen prokázat znalost státního jazyka buď vysvědčením z veřejného učiliště s vyučovacím československým jazykem, nebo vysvědčením, že vykonal některou praktickou zkoušku pro svůj služební obor zcela nebo částečně ve státním jazyku, případně vysvědčením o zkoušce vykonané před zvláštní zkušební komisí. Soudci, úředníci, čekatelé a jiní zaměstnanci byli povinni prokázat podle čl. 62 prováděcího nařízení k jazykovému zákonu do šesti měsíců od nabytí jeho účinnosti (tj. do 4. srpna 1926), že znají státní jazyk. Pokud výše uvedené osoby v ustanovené lhůtě neprokázaly náležitě znalosti státního jazyka, nemohly zastávat samostatné či vedoucí místo, ani být jmenovány do vyšší hodnostní třídy. Neznalost státního jazyka byla pokládána za důvod, aby byl soudce, úředník nebo jiný zaměstnanec považován za trvale nezpůsobilého dále zastávat své služební místo a aby byl přeložen na trvalý odpočinek. U smluvních zaměstnanců bez znalosti státního jazyka ukládalo prováděcí nařízení povinnost služební poměr s takovými osobami rozvázat. Pokud soudce odpíral vykonat jazykovou zkoušku ve stanovené lhůtě nebo jinak vykázat znalost státního jazyka, představovalo toto jednání důvod, aby jej kárný soud dal do výslužby pro nezpůsobilost úřadovat.

Naproti tomu v soudních okresech s více než 20 procenty státních občanů téhož, však jiného jazyka nežli československého, jakož i u sborových soudů a úřadů nadřízených soudům a úřadům v oněch okresech, měli být podle prováděcího nařízení k jazykovému zákonu ustanoveni podle potřeby soudci, úředníci a jiní zaměstnanci, kteří by byli způsobilí úřadovat a jednat se stranami také v jazyce této jazykové menšiny. Tento český úředník však nebyl povinen skládat žádnou obligatorní jazykovou zkoušku před komisí, pouze dostáčovalo, že znalost jazyka národnostní skupiny prokázal předložením vysvědčením dokládající jazykovou znalost. Neexistence právního předpisu, který by ukládal povinnost, aby čeští úředníci sloužící v německých okresech dostatečně ovládali i německý jazyk, vedla v praxi k nemožnosti prosazení práva národnostních skupin, vyplývající z § 2 jazykového zákona (přijetí a vyřízení podání v jazyce národnostní skupiny). Německá literatura opět uvádí konkrétní případy z denního života, na kterých demonstruje jazykové schopnosti úřednictva v okresech obývaných německou národnostní skupinou a z nich dovozuje neefektivní ochranu jazykových práv německé menšiny.³⁵

³⁴ Schickel uvádí, že se počet zaměstnanců německé národnosti u pošt snížil mezi léty 1921 – 1930 o 41,2 %, u drah o 40,2 %, u všeobecné zprávy o 49 % a konečně u důstojníků z povolání o 70,4 %. Podíl českého obyvatelstva narostl oproti tomu mezi léty 1910 – 1930 v Karlových Varech z 0,3 na 4,3 % a v ústí nad Labem z 5,6 na 20 %. Blíže: Schickel, A. *Deutsch-slawische Nachbarschaft im 20. Jahrhundert in: Eibicht, R.-J. 50 Jahre Vertreibung*. Tübingen: Hohenrain-Verlag, 1995, s. 80.

³⁵ „Nedostatečná znalost německého jazyka karlovarských policistů se prokázala v těchto dnech před soudem, kde dotčení policisté byli přizváni jako svědci. Policista L. pod přísahou prohlásil, že žije více jak rok v Karlových Varech a němčině rozumí jen velmi málo a zde používanému dialektu nerozumí vůbec. Totéž vypověděl i jeho kolega J. L. Policejní inspektor K., který slouží v Karlových Varech již několik let, odůvodnil chybnou protokolaci jeho výpovědi s tím, že rozumí jen velmi špatně německy.“ („Die Zeit“ 12. června 1936 – článek: „fakta žalují“)

„K .S. byl ustanoven daňovým exekutorem v Plané (soud. okres s více jak 90 % Němců), ačkoliv neovládal německý jazyk. Aby byl tento nedostatek alespoň částečně odstraněn, napsal mu jeho nadřízený nejběžnější výrazy s tím, že je jeho úkolem se je naučit nazpaměť. On však přesto nebyl schopen v rozhovoru s daňovými poplatníky vytvořit jednoduchou německou větu.“ („Die Zeit“ 26. srpna 1936, článek: „Když daňový exekutor neovládá němčinu“)

Tyto případy byly uveřejněny v: Glück, W. *Sprachenrecht*, s. 192-193.

Právní ustanovení týkající se požadavků na jazykovou znalost státního jazyka, která neměla oporu v jazykovém zákoně, obsahoval zákon o dopravě motorovými vozidly a jich zdanění (č. 77/1935 Sb.) a prováděcí nařízení k tomuto zákonu (č. 153/1935 Sb.). V podnicích provozujících hromadnou dopravu osob musel být personál, který přicházel do styku s cestujícími, pro tento služební styk přiměřeně znalý státního jazyka. Kdo byl do podniku k této službě přijat již před 31. prosincem 1932, musel znalost státního jazyka doložit dodatečně do 31. prosince 1935. Na opačné straně měl být personál v okresech s jazykovou menšinou ve služebním styku s příslušníky dotčeného menšinového jazyka přiměřeně znalý tohoto jazyka. Rozdíl byl však v tom, že příslušný úřad byl oprávněn přezkoumat jazykovou znalost pouze československého jazyka, ne již však jazyka dotčené národnostní menšiny, v čemž opět bylo možno spatřovat nedostatečnou ochranu jazykových práv menšin žijících na území Československé republiky.

5. ZÁVĚREM

Skutečná situace v ČSR byla taková, že českoslovenští občané německé národnosti nebyli ani bez práv, ani pronásledováni, aby je musel zachránit jen zásah Německé říše a na straně druhé nechránila ČSR práva národnostních menšin tak důsledně, jak se o tom světovou veřejnost snažila sama přesvědčit.

Československé ústavní právo i správně právní předpisy regulující oblast ochrany národnostních menšin byly standardními právními normami té doby. Jejich nedostatkem bylo, že ponechávaly velký prostor pro rozhodování jednotlivým státním úřadům nebo orgánům územních samospráv, jejichž představitelé záměrně jazyková práva německé národnostní skupiny porušovali, což je možné doložit na základě celé řady individuálních právních aktů. Samy právní normy nemohly kazuisticky do detailů regulovat všechny situace, ke kterým mohlo v každodenní realitě dojít. Bez ochoty a vůle ke společnému soužití se všechny právní předpisy mýjely účinkem.

Literatura:

- Adamovich, L. Grundriss des tschechoslowakischen Staatsrechtes. Wien: Österreichische Staatsdruckerei, 1929, 517 s.
- Bosl, K. Aktuelle Forschungsprobleme um die Erste Tschechoslowakische Republik. München, Wien: R. Oldenbourg, 1969, 210 s.
- Eibicht, R.-J. 50 Jahre Vertreibung. Tübingen: Hohenrain-Verlag, 1995, 509 s., ISBN 3-89180-041-X.
- Epstein, L. Studien-Ausgabe der Verfassungsgesetze der Tschechoslowakischen Republik. Reichenberg: Verlag Gebrüder Stiepel, 1932, 936 s.
- Epstein, L. Das Sprachenrecht der Tschechoslowakischen Republik. Reichenberg: Gebrüder Stiepel, 1927, 353 s.
- Glaser, K. Die Tschechoslowakei. Politische Geschichte eines neuzeitlichen Nationalitätenstaates. Frankfurt am Main: Athenäum Verlag, 1964, 305 s.

- Glück, W. Sprachenrecht und Sprachenpraxis in der Tschechoslowakischen Republik. Halle: Max Niemeyer Verlag, 1939, 382 s.
- Goldmann, R. Die sudetendeutsche Frage auf der Pariser Friedenskonferenz. München: Fides-Verlagsgesellschaft, 1971, 140 s.
- Hoensch, J. Geschichte Böhmens. Von der slawischen Landnahme bis zur Gegenwart. München : C. H. Beck, 1997, 581 s., ISBN 3406416942.
- Rabl, K. Das Ringen um das deutsche Selbstbestimmungsrecht 1918/19. München : Verlag Robert Lerche, 1958, 228 s.
- Rill, B. Böhmen und Mähren. Geschichte im Herzen Mitteleuropas. Svazek 2. Gernsbach: Casimir Catz Verlag, 2006, 1224 s., ISBN 3-938047-21-6.
- Sander, F. Grundriss des Tschechoslowakischen Verfassungsrechts. Reichenberg: Gebrüder Stiepel, 1938, 504 s.
- Seibt, F. Deutsche, Tschechen, Sudetendeutsche. Analysen und Stellungnahmen zu Geschichte und Gegenwart aus fünf Jahrzehnten. München: R. Oldenbourg, 2002, 570 s., ISBN 3-486-56675-X.
- Schranil, R., Janka, F. Tschechoslowakische Gesetze. Das öffentliche Recht der Tschechoslowakischen Republik. Teil I. Die Verfassungsgesetze. Prag: Rolandverlag, 1934, 587 s.

Kontaktní údaje na autora – email:

tauchen@mail.muni.cz

VZNIK ČESKOSLOVENSKÉ REPUBLIKY A NOVELIZACE RODINNÉHO PRÁVA

RENATA VESELÁ

Právnická Fakulta Masarykovy univerzity, Česká republika

Abstrakt v rodném jazyce

Práce se zabývá vznikem první Československé republiky a jednou z prvních právních norem, která novelizovala rodinné právo. Zákon č. 320/1919 Sb. z. a n. o obřadnostech smlouvy manželské, o rozluce a o překážkách manželských přinesl zásadní změny zejména ve formě uzavírání manželství a možnostech jeho ukončení. Zákon však nepřinesl unifikaci práva pro celé území republiky, nadále i v oblasti rodinného přetrvával právní dualismus mezi českou a slovenskou částí státu.

Klíčová slova v rodném jazyce

První československá republika, rodinné právo, novelizace rodinného práva, rozvod.

Abstract

The contribution deals with the establishment of the first Czechoslovak Republic and with one of the first rule of law which amended the family law. The Act Nr. 320/1919 Collection of Law dealing with the form of contracting of marriage and the ways of the expiration of marriage changed czechoslovak family law nevertheless it did not unify family law at the Czech and Slovak part of the Czechoslovak Republic at all.

Key words

First Czechoslovak Republic, family law, amendment of family law, divorce.

Ukončení 1. světové války znamenalo rozpad rakousko-uherské monarchie a vznik Československé republiky. Změny, které nastaly v rovině uspořádání státu, však bezprostředně neznamenaly zásadní proměnu v právním systému nového společenského útvaru. Ba právě naopak. Tzv. recepční norma (zákon č. 11/1918 Sb. z. a n.) převzala existující právní řád starého mocnářství, což mělo na jedné straně zajistit v rovině práva jistou kontinuitu, na straně druhé však došlo k nepříjemnému efektu. Na dlouhou dobu, vlastně na celou dobu existence první republiky byl pro oblast občanského a rodinného práva zafixován přinejmenším právní dualismus. Jestliže se v recepční normě konstatovalo, že právní normy zůstávají „prozatím“ v platnosti, znamenalo to, že právní normy, které převzala tato proklamace z Rakouska nebo z Uher, platí jen z autority této proklamace. A tak platil i bývalý rakouský občanský zákoník (resp. bývalé uherské občanské právo), ovšem od 28. října 1918 (čl. 4 recepční normy) jako „československý obecný zákoník občanský“ (resp. „československé občanské právo. Slovem zákony v článku 2 recepční normy bylo nutno rozumět právní normy vůbec (ať psané, ať obyčejové právo). A konstatovalo-li se, že „prozatím“ zůstávají v platnosti, je nutné to chápat tak, že zákonodárce již měl na mysli jejich nutnou změnu, a to zejména nutnou proto, že jejich autentický text nebyl ve všech případech československý, nýbrž německý nebo maďarský, i to, že hledíc k obsahové duplicitě právního řádu (k rozdílnosti mezi právem platným na Slovensku a v Podkarpatské Rusi a právem platným na ostatním území ČSR) bude zapotřebí unifikace. Tímto úkolem, pokud jde o občanské právo, bylo pověřeno ministerstvo spravedlnosti společně s ministerstvem pro

sjednocení zákonů a organizaci správy (ministerstvo unifikací), viz zákon ze dne 22. července 1919, č. 431 Sb. z. a n. , a k tomu §§ 2 a 5 vládního nařízení ze dne 29. prosince 1921, č. 501 Sb. z. a n.¹

Zatímco tedy česká a moravskoslezská část republiky recipovala právo rakouské, pro Slovensko a Podkarpatskou Rus nadále převážně platilo právo uherské. Pro charakteristiku vývoje rodinného práva je tedy nutné sledovat dvě linie: jednak výchozí stav, jednak tendence a procesy směřující k unifikaci právního řádu, včetně práva občanského a rodinného, které bylo podle tehdejší klasifikace řazeno do občanského zákoníku.

Na území dříve rakouském byla tato právní odvětví regulována všeobecným zákoníkem občanským (ABGB), který byl vyhlášen císařským patentem č. 946 Sb. z. s. dne 1. června 1811 s působností 1. ledna 1812 pro všechny země, které v té době tvořily císařství rakouské s výjimkou země koruny uherské. Tato základní soukromoprávní úprava byla v oblasti rodinného práva pozměněna a doplněna zejména tzv. válečnými novelami z let 1914 až 1916. Pro území Slovenska a Podkarpatské Rusi byla právní regulace občanského a rodinného práva tvořena jednak právem obyčejovým, jednak uherským zákonným článkem XXXI. z roku 1894 o právu manželském.²

Pro oblast rodinného práva je nepochybně zajímavé, že jako první tisk na zasedání Národního shromáždění Československého dne 19. listopadu 1918 byl podán návrh dr. Boučka a dalších poslanců., aby byl vydán zákon, kterým se mění některá ustanovení zákona občanského o právu manželském.³ Předložený návrh představoval první nástin změny dosavadní úpravy manželského práva, která, jak se později ukázalo, byla to pro celé období vývoje rodinného práva za první republiky novelou nejvýznamnější. Tisk označený číslem 1 obsahoval pouhých šest paragrafů: V prvním z nich bylo manželství označeno za občanskou smlouvu a ponechávalo se na vůli manželů, jakou formou uzavřou manželství. Na roveň tedy byl postaven sňatek občanský i církevní. Druhý paragraf návrhu rušil náboženské překážky manželství. Manželství mělo být podle uvedené předlohy rozlučitelné a důvody rozluky měly být zásadně stejné pro příslušníky všech náboženství. Manželství rozvedená do dne vyhlášení navrhovaného zákona měla být k návrhu některého z manželů soudně rozloučena, přičemž majetková ujednání učiněná při rozvodu měla zůstat v platnosti. Takto navržený zákon ovšem předpokládal, že se nebude vztahovat na Slovensko. Případným provedením zákona měla být pověřena vláda. Návrh zákona byl následně přikázán ústavní komisi.

Výsledkem legislativního procesu ve vztahu k návrhu doktora Boučka byla nakonec zpráva právního výboru o návrhu zákona na reformu manželského práva spolu s resolučním návrhem dr. Rolíčka, která získala podobu tisku Poslanecké sněmovny č. 298.⁴ V něm právní výbor navrhl osnovu zákona, kterým se mění ustanovení občanského práva o obřadnostech smlouvy

¹ Rouček, F. - Sedláček, J. a kol.: Komentář k československému obecnému zákoníku občanskému a občanské právo platné na Slovensku a Podkarpatské Rusi. Díl první. Praha 1935, s. 28.

² K tomu blíže např.: Rouček, F. - Sedláček, J. a kol.: Komentář k Československému obecnému zákoníku občanskému a občanské právoplatné na Slovensku a v Podkarpatské Rusi. Praha 1935, díl první, s. 58 a násl., Fajnor, V. - Záturecký, A.: Nástin súkromého práva platného na Slovensku a v Podkarpatskej Rusi. Bratislava 1924, s. 365 a násl., Gerlich, K. Rozvod, rozluka, alimenty. Praha 1934, s. 328 a násl.

³ Národní Shromáždění československé 1918-1920, tisk 1. Společná česko-slovenská digitální parlamentní knihovna. Přístupno: http://www.psp.cz/eknih/1918/ps/tisky/t0001_00.htm.

⁴ Společná česko-slovenská digitální parlamentní knihovna. Národní shromáždění československé 1918 – 1920 – tisky. Přístupno: http://www.psp.cz/cknih/1918ns/ps/tisky/t0298_01.htm.

manželské, o rozluce a o překážkách manželství. Osnova nového zákona včetně podrobné důvodové zprávy byla datována 28. prosincem 1918 a byla přijata na zasedání Národního shromáždění československého dne 22. května 1919 jakožto zákon, kterým se mění ustanovení občanského práva o obřadnostech smlouvy manželské, o rozluce a o překážkách manželských. Zákon, pro nějž se podle jeho stěžejní části vžil název „rozlukový zákon“ nebo též „manželská novela“, byl zveřejněn ve sbírce zákonů a nařízení pod číslem 320.

Oproti původnímu velmi jednoduchému návrhu doktora Boučka, byl návrh, resp. text rozlukového zákona poměrně precizně propracovaný a dostatečně odůvodněný. Podle důvodové zprávy právní výbor předložil Národnímu shromáždění ke schválení návrh, který vyšel z osnovy zákona o základních právech státních občanů, který zpravodaj podal svého času Národnímu Výboru. Vláda z této osnovy vyňala článek o zrušení šlechtictví, jenž se mezitím stal zákonem. Článek o manželství předsednictvo Národního Výboru dalo tzv. ministerské komisi, aby podle jeho zásad vypracovala zákon o manželském právu. Když v plné schůzi Národního výboru na jeho projednání nedošlo, zpravodaj podal uvedený článek jako zvláštní návrh národnímu shromáždění. Právnímu výboru pak předložil podrobnější osnovu, jejíž některé části byly založeny na práci ministerské komise. Zvláštní návrh zákona o manželském sňatku pak podal člen národního shromáždění doktor Jaroslav Stránský. Osnova manželské novely v podobě z prosince 1918 byla výsledkem podrobných porad, kterých se účastnili přední tehdejší odborníci ve svých oborech – profesori dr. Jan Krčmář, dr. Václav Hora, dr. Emil Svoboda, dr. Antonín Heveroch.

K základním ustanovením rozlukového zákona můžeme řadit následující:

Prvních sedm paragrafů zákona č. 320/1919 Sb. z. a n. bylo věnováno tzv. vyhláškám, t.j. veřejným oznámením o budoucím manželství, a to buď formou občanskou nebo církevní. Již díky § 1 zákona tak naznačuje stěžejní změnu v úpravě vzniku manželství, a to zavedení fakultativního sňatku buď občanského, nebo církevního. Ustanovením §§ 8 a 12 rozlukového zákona totiž došlo zásadní proměně ohledně uzavírání manželství oproti stávající úpravě podle ABGB. Všeobecný občanský zákoník totiž sice definoval manželství jakožto smlouvu⁵ a do jisté míry tím stavěl tuto civilní smlouvu do protikladu k sakrálnímu pojetí manželství. Zákonodárce však učinil určitý kompromis v ABGB tím, že ponechal církevní formu pro manželský konsens, a tak se stalo, že bylo několik různých předpisů o sňatcích podle toho, k jakému náboženství se hlásili snoubenci. Podle občanského zákoníku mohli sňatek uzavírat pouze osoby, které náležely k nějaké státem uznané církvi, poněvadž jinak zde nebyl orgán, který by mohl celebrovat sňatek osob bez vyznání, t.j. osob nenáležících žádné státem uznané církvi. Tento stav zůstal v jádře zachován až do roku 1868. Teprve zákonem ze dne 25. května 1868 čís. 47 ř. z., bylo zavedeno tzv. civilní manželství, t.j. byla zavedena nová forma k uzavření manželství před civilním úřadem správním. Tato forma byla zavedena pro ten případ, že duchovní státem uznané církve nechtěl celebrovat sňatek z důvodů, které o. z. o. neuznává. Snoubenci se mohli v tomto případě obrátit na politický úřad první instance, který sňatek celebroid. Zákonem ze dne 9. dubna 1870, č. 51 ř. z. byl pak zaveden civilní sňatek také pro osoby, které nenáležely k žádné církvi státem uznané.

Až do převratu byla tedy civilní forma sňatku pouze doplňující formou. Panující ovšem zůstala forma církevního sňatku. Toto ustanovení bylo z hlediska evropských států zcela výjimečné, poněvadž jinak byly předpisy v evropských státech, že jedinou zákonem

⁵ Blíže viz: Rouček, F. - Sedláček, J.a kol.: Komentář k Československému zákoníku občanskému a občanské právo platné na Slovensku a v Podkarpatské Rusi. Praha 1935, díl první, s. 369-370.

uznávanou formou sňatku je civilní forma sňatku.⁶ Obligatorně civilní forma sňatku existovala před přijetím rozlukového zákona také na Slovensku a Podkarpatské Rusi, neboť byla přejata recepční normou pro slovenskou část republiky. Rozhodující tam byl v §§ 28 – 40 zákonný článek XXXI/1894 upravující výlučně civilní formu uzavření manželství před státním matrikářem.

Z hlediska formy uzavírání manželství tedy manželská novela přes zjevnou snahu zákonodárce o kompromis (zejména ve vztahu k církvi) vnesla do právní úpravy manželství jisté problémy. Původní Boučkova osnova chtěla pro českou a moravskoslezskou zemi zavést obligatorní občanský sňatek s následnou možností absolvovat církevní obřad. Paragraf 5 první předlohy navíc respektoval situaci na Slovensku, když výslovně konstatoval, že „zákon tento nabývá účinnosti dnem vyhlášení a nevztahuje se na Slovensko“.⁷ Jaká by tedy nastala situace? V českých zemích by se právní stav změnil požadavkem obligatorního civilního sňatku, na Slovensku by situace zůstala prakticky stejná, protože tam již povinný civilní sňatek existoval. Tato původní představa navrhovatele však nebyla – zejména v církevních kruzích - akceptovatelná. Proto se výsledkem legislativního procesu v tomto případě stal fakultativní občanský nebo církevní sňatek, který měl být podle zákona realizován stejným způsobem jak v Čechách, tak na Slovensku. O vzájemném poměru obou forem uzavírání manželství dostatečně přesně vypovídají již zmíněné §§ 8 a 12 rozlukového zákona. Podle manželské novely bylo snoubencům výslovně dovoleno, aby uzavřeli církevní sňatek za předpokladu, že již uzavřeli sňatek civilní. Otázku, zda existuje opačná možnost (tedy uzavřít sňatek civilní až po obřadu církevním) tento zákon neřešil. Právní věda k této otázce zaujala následující právní názor: Byl-li uzavřen civilní sňatek, byl dán průchod smluvní stránce manželství a následný církevní obřad má již jen povahu sakrální. Byl-li jako první vykonán obřad církevní, nese s sebou zároveň také prvek smluvní a není třeba jej „opakovat“ v podobě světské.⁸

Druhá změna oproti původní představě zákonodárce, že zákon nebude platit na Slovensku, nebyla také naplněna. Právní režim existence a fungování manželství nejenže nebyl sjednocen, ale naopak došlo k další disproporcii. Pro Slovensko a Podkarpatskou Rus platila podle § 30 rozlukového zákona pouze ustanovení §§1 – 12 zákona a dále pak § 25 odst. 1 týkající se zrušení § 25, XXXI. zákonného článku uherského z roku 1894, jakož i § 26⁹ a § 29 a § 30.

Další kardinální otázkou, kterou zákon č. 320/1919 Sb. řešil a podle níž byl také běžně nazýván, byla problematika rozluky. Důvodová zpráva k zákonu obšírně vysvětluje, proč trvalé rozvázání manželství s následnou možností uzavřít manželství umožnit. Výslovně se v něm uvádí: „Navrhujeme-li, aby rozlučitelnost, zákonem občanským zásadně připuštěná, rozšířena byla i na manželství katolická, činíme tak z důvodů nejzávažnějších. Vede nás

⁶ Rouček, F. - Sedláček, J. a kol.: Komentář k Československému obecnému zákoníku občanskému a občanské právo platné na Slovensku a v Podkarpatské Rusi. Praha 1935, díl první, s. 594.

⁷ Národní shromáždění československé 191801920, tisk 1. Společná česko-slovenská digitální parlamentní knihovna. http://www.psp.cz/eknih/1918ns/ps/tisky/t0001_00.htm.

⁸ Rouček, F. - Sedláček, J. a kol.: Komentář k Československému obecnému zákoníku občanskému a občanské právo platné na Slovensku, Praha 1935, díl první, s. 595.

⁹ Paragraf 30 zák. 320/1919 Sb. z. a n. byl novelizován zákonem č. 113/1924 Sb. z. a n. ze dne 14. dubna 1924 tak, že do jeho znění byl pro Slovensko zahrnut také paragraf 26 manželské novely, původně platný pouze pro českou část československé republiky.

k tomu přesvědčení, že uzákonění předlohy poslouží veřejné mravnosti, že vyhoví oprávněným požadavkům desetitisíců nešťastných spoluobčanů a že uchrání tisíce nevinných dětí, hrozící jim zkázy. Osudu těchto dotkl bych se nejdříve, neboť trpí beze své viny a jsou prvními oběťmi rodinného rozvratu. Mnohých slov netřeba. Denní svár, vyvrcholující často v nadávky a konečně i v násilnosti, musí zničit mravní povahu dítěte. Otec, který opilý přichází pozdě v noci a ohrožuje pak ženu i děti, matka, která za zády mužovými přivádí si milence domů – rodiče tohoto druhu vychovávají mohou jen zločince a prostitutky. Od viníka děti oddáliti je jednou z nejpřednějších povinností státu. Také významu rozluky pro manžely samy netřeba obšírně doličovat. Stačí poukaz k tomu, Co Ungrem bylo o věci pověděno. Rozvod je toliko paliativním prostředkem, při tom na mnoze záludným. Přirovnal bych jej k lékům, které sice nemoc vyléčí, ale organism přes to poškozují. Mladý muž nebo mladá žena, jejichž manželství záhy ztroskotalo, pouhým rozvodem odsouzeni jsou k celibátu, který nesnadno bývá dodržován. Muže vhání v náruč nevěstkám, s příšernými důsledky, a žena, dojde-li na těhotenství mimomanželské, sahá k opatřením ničícím potomstvo a ohrožujícím její vlastní život. Jediným východiskem je rozluka, umožňující nový sňatek“.¹⁰

Otázka rozluky byla řešena v paragrafu 13 manželské novely, v němž bylo taxativně uvedeno celkem devět důvodů, pro něž mohlo být manželství rozloučeno. Motivy, které vedly právní výbor k taxativnímu výčtu důvodů rozluky, se dle stanoviska výboru opíraly o hlubokou a vážnou zákonodárnou úvahu, opatřenou teoretickými zkušenostmi i bohatou látkou praxe. Rozluka se od účinnosti manželské novely připouštěla pro všechna trávající manželství, tedy i pro manželství, která byla uzavřena podle dřívější právní úpravy.¹¹ Za důvody případně vedoucí k rozluce manželství, jako definitivnímu právnímu zániku manželství označil zákonodárce následující: cizoložství; právoplatné odsouzení manžela do žaláře na tři léta, nebo na dobu kratší, avšak pro trestný čin vyšlý z pohnutek, nebo spáchaný za okolností svědčících o zvrhlé povaze; opustil-li svého manžela zlomyslně a nevrátil-li se na soudní vyzvání do šesti měsíců, nebyl-li jeho pobyt znám, měla být soudní výzva učiněna veřejně; nakládal-li jím vícekrát zle, ubližoval-li mu těžce, neb opětovně ho na cti urážel; vedl-li zhýralý život; pro trvale nebo periodicky probíhající duševní chorobu, která trvala tři léta; pro těžkou vrozenou nebo získanou duševní degeneraci, v níž byla zahrnuta těžká hysterie, pijáctví nebo navyklé nadužívání nervových jedů trávající dva roky; padoucnici trávající alespoň rok s nejméně šesti záchvaty v roce nebo s přidruženou duševní poruchou; nastal-li tak hluboký rozvrat manželství, že na manželích nelze spravedlivě požadovat, aby setrvali v manželském společenství, přičemž v tomto případě nebylo možno rozluku vyslovit k žalobě manžela, který byl rozvratem převážně vinen a konečně pro tzv. nepřekonatelný odpor. V tomto případě bylo možno žalobě o rozluku manželství vyhovět jen tehdy, připojil-li se k žalobě o rozluce také druhý manžel. V tomto případě ovšem nebylo třeba ihned povolit rozluku, ale zákon umožnil nejprve – a to třeba opakovaně – uznat jen rozvod od stolu a lože. Ve sporech o rozluku manželství mělo být postupováno podle předpisů upravujících neplatnost manželství.¹²

¹⁰Národní shromáždění československé 1918 -1920, tisk 298, část č. 1. Společná česko-slovenská digitální parlamentní knihovna. Přístupno: http://www.psp.cz/eknih/1918ns/ps/tisky/t0298_01.htm.

¹¹ Dřívější právo (recipovaný ABGB do vydání manželské novely) totiž připouštělo možnost rozluky pouze nekatolíkům.

¹² Pokud šlo o cizoložství jako důvod rozluky, akceptoval zákonodárce s odvoláním na judikát č. 224 z roku 1916 jako dostačující v civilním řízení prokázané cizoložství, nepožadoval se tedy rozsudek trestní.

Druhý důvod rozluky modifikoval OZO o pojem „trestný čin vyšlý z pohnutek nebo spáchaný za okolností svědčících o zvrhlé povaze“, přičemž v tomto případě nebyla rozhodující lhůta trestu.

Paragraf 14 novely se zabýval promlčecími lhůtami pro podání žaloby na rozluky manželství.

Následující ustanovení byla věnována otázkám přeměny rozvodu v rozluky, přičemž z důvodové zprávy vyplývá, že vedoucí myšlenkou §§ 15 – 17 bylo: jednak zamezit, aby oklikou dobrovolného rozvodu nebyla lehkovážně zaváděna rozluka dohodou manželů, jednak ušetřit stranám dvojí trapné probírání nejintimnějších rodinných záležitostí a dále uchránit je dvojích soudních nákladů a konečně zamezit přílišnému přetížení soudů.¹³

Zákon umožnil přeměnu rozvodu v rozluky za předpokladu, že manželství již bylo soudně rozvedeno. Podle § 15 zákona mohl každý z rozvedených manželů žádat o rozluky pro nepřekonatelný odpor, přičemž byla stanovena lhůta, která musela být dodržena od nastalého rozvodu. Pro manželství uzavřená před novelou činila šest měsíců, pro manželství uzavřená až po novele trvala 1 rok.

Pro účely přeměny rozvodu v rozluky rozeznával zákon tři skupiny manželství: První tvořila manželství rozvedená před vydáním manželské novely, u nichž nebylo obav, že by dobrovolného rozvodu mohlo být zneužito k obcházení zákona, neboť za dosavadního práva dojista nikdo se nerozváděl s úmyslem, aby se vyhnul předpisům budoucího nějakého zákona. Zde měl zákonodárce na mysli zejména unáhlené válečné sňatky, které byly často uzavřené pod tlakem vyvolaným nadcházejícím odchodem ženicha do války. Druhou skupinu manželství, u nichž bylo možné přeměnit rozvod v rozluky, byla dobrovolně rozvedená manželství. Zde nezáleželo na tom, zda bylo manželství uzavřeno před, anebo po účinnosti manželské novely. Třetí skupinu představovala manželství rozvedená podle paragrafů 107 – 109 obecného občanského zákoníku (tzv. rozvod bez srozumění) a pro tuto skupinu bylo možno jednoznačně použít § 17 manželské novely. Přeměna rozvodu v rozluky se prováděla podle zásad nesporného řízení, ovládaného zásadou vyhledávací jako řádné řízení o rozluky a soudci byly přístupny tytéž prameny jako v řízení rozvodovém. V řízení o žádostech o přeměnu rozvodu v rozluky mohlo být také v případě potřeby nařízeno neveřejné ústní jednání. Došel-li ovšem soudce k názoru, že skutečnosti zjištěné v řízení o rozvod by dostatečně postačovaly také v řízení o rozluce, rozhodl o rozluce usnesením. Novum tohoto řízení však spočívalo v tom, strany k němu nemusely přizvat obhájce. O přeměně rozvodu v rozluky rozhodoval senát soudu první stolice. Předcházela-li žádost o rozluky již žádost o rozvod, řízením byl pověřen místně příslušný senát soudu, jenž rozhodoval ve předešlém řízení o rozvod.

Zlomyslné opuštění manžela, již dříve platný důvod rozluky, byl modifikován obligatorní soudní výzvou manželovi, který zlomyslně opustil podle vzoru uherského práva.

Paragraf 13. d oproti OZO pouze vypustil slovo „nebezpečně“, naopak § 13 e byl doplněn o těžké ubližování nebo opětovné urážení na cti.

Novinkou se také stal další důvod rozluky dosavadní termín „nepořádný život“ dle § 109 OZO byl nahrazen termínem „zhýralý“ život“.

Na formulaci odstavce g § 13 manželské novely se podílel významný český psychiatr dr. Antonín Heverech.

Paragraf 13 pís. h byl konstruován podle důvodové zprávy k rozlukovému zákonu dle švýcarského vzoru, podle názoru prof. J. Sedláčka v Komentáři k čs. Obecnému občanskému zákoníku, díl I. na s. 638 dle práva platného na Slovensku.

Poslední důvod rozluky – nepřekonatelný odpor byl převzat z dosavadní právní úpravy, t.j. § 115 všeobecného zákoníku občanského.

¹³ Národní shromáždění československé 1918 – 1920, tisk 298, část č. 1. Společná česko-slovenská digitální parlamentní knihovna. Přístupno: http://www.psp.cz/eknih/1918ns/ps/tisky/t0298_01.htm.

V paragrafu 25 rozlukového zákona nacházíme derogační ustanovení, kterým byly zrušeny některé překážky manželství. Šlo například o zrušení překážky vyššího svěcení a řeholních slibů, překážku zákazu sňatku mezi křesťany a nekřesťany nebo zákazu sňatku kvůli cizoložství. Následující paragraf 26 zákona ponechal ovšem v platnosti myšlenku dosavadní platné právní úpravy v podobě možnosti dispensu ve vztahu k některým manželským překážkám, a to relativně pružně.¹⁴ Jako logický důsledek některých dalších ustanovení všeobecného občanského zákona se pak objevila derogace dalších ustanovení pocházejících z období monarchie. Změna nastala také ohledně smírčích pokusů při rozvodu manželství. Ty byly následkem laicizace rodinného práva přeneseny před soud, nikoliv před církevního hodnostáře.

Pokud jde o dopad manželské novely na rodinně právní vztahy na Slovensku a Podkarpatské Rusi, je třeba na tomto místě připomenout, že manželská novela se na ně vztahovala pouze částečně.¹⁵ Zásadní odlišností bylo za prvé to, že až do doby, než vstoupil v platnost československý manželský zákon č. 320/1919 Sb. z. a n., platil na Slovensku obligatorní civilní sňatek. Teprve tímto zákonem byl uznán za platný také sňatek církevní. Proto bylo tedy nutno doplnit podle uvedeného zákona do hlavy III. zákonného článku XXXI. z roku 1894 o právu manželském do hlavy II. § 30 ustanovení o tom, že vedle občanského úředníka je nutné uvést také matrikáře nebo duchovního správce.¹⁶

Další disproporcí mezi českou a slovenskou částí republiky v manželském právu v tomto období bylo to, že rozluka ve smyslu manželské novely se pro Slovensko a Podkarpatskou Rus nezaváděla. Pro zánik manželství ve východní části republiky tedy nadále platila ustanovení zákonného článku XXXI. z roku 1894. Podle jeho § 34 manželství zanikalo buď úmrtím jednoho z manželů, soudním rozloučením (rozlukou), soudním prohlášením manželství za rozloučené (podle § 745 zákonného článku I. z roku 1911). Poměry tedy zůstávaly v tomto ohledu manželskou novelou nedotčeny. Stejně jako v období Rakouska-Uherska zůstaly na Slovensku také tzv. manželské překážky, i když je třeba podotknout, že principiální rozdíly tady nenacházíme.

Zákon č. 320/1919 Sb. byl nepochybně nejvýznamnějším zásahem do vývoje rodinného práva na našem území v období předmnichovské republiky. Přestože měl být, a jak se ve skutečnosti potvrdilo, také byl prvním právním předpisem, který směřoval k mírné, ale přece jen laicizaci rodinného práva, přinesl s sebou náznak budoucích úskalí, která se zákonodárcům nepodařilo za celou dobu existence první republiky překonat. To v konečném důsledku způsobilo celkový neúspěch dvacetiletého kodifikačního úsilí na poli občanského práva. Negativa, která se v této souvislosti projevila, jsou evidentní: místo pokusu o unifikaci práva pro celou republiku se opět fixoval dvojitý právní režim.

Měsíc po schválení rozlukového bylo k jeho provedení vydáno dne 27. června 1919 nařízení vlády republiky Československé, jímž se provádí zákon ze 22. května 1919, č. 320/1919 Sb. z. a n., o změnách ustanovení občanského práva o manželském právu. Celkem pět článků nařízení v zásadě precizovalo následující skutečnosti: První článek podrobně upravoval § 13

¹⁴ Slovy důvodové zprávy: „*Hledíme-li k dispensační praxi 19. a 20. století seznáváme, jak vhodné je pružné ustanovení, které se dovede přizpůsobiti soudobým myšlenkovým a sociálním potřebám*“. Národní shromáždění československé 1918 – 1920, tisk 298, číst č. 1. Společná česko-slovenská digitální parlamentní knihovna. Přístupno: http://www.psp.cz/eknih/1918/ps/tisky/t0298_01.htm.

¹⁵ § 30 zák. 320/1919 Sb. z. a n.

¹⁶ Gerlich, K.: Rozvod, rozluka, alimenty. Praha 1934, s. 334.

pís. c rozlukového zákona, který se týkal rozluky, o niž mohl jeden z manželů žalovat v případě, že jej druhý z manželů zlomyslně opustil a nevrátil se na soudní výzvu ani po šesti měsících. V prováděcím nařízení se upřesňovalo, kdo je oprávněn učinit návrh na výzvu k návratu (manžel nebo zákonný zástupce), důvody návrhu, způsob zveřejnění výzvy k návratu nebylo-li možné výzvu doručit (soudní deska vyzývajícího soudu, soudní deska soudu, v němž měl vyzývaný manžel své poslední bydliště, případně na náklad vyzývajícího v novinách, určených pro veřejné vyhlášky).

Dále vládní nařízení stanovilo soudní orgán, před nímž se toto řízení mělo konat. Příslušný měl být v tomto případě sborový soud první stolice v nesporném řízení, který měl rozhodnout usnesením.

Vládní nařízení také upřesňovalo způsob rozluky již shora zmíněných tří skupin manželství, která již byla rozvedena a měla být následně rozloučena. Šlo o manželství rozvedená před vydáním novely; manželství, která byla rozvedena po vyhlášení zákona; manželství, která byla soudem prohlášená za rozvedená právoplatným rozsudkem podle §§ 107 až 109 obecného zákoníku občanského. V prvním případě bylo možno žádat rozlukou po uplynutí šesti měsíců od provedení soudního rozvodu a to bez ohledu, šlo-li o rozvod na základě žaloby nebo o rozvod dobrovolný. V tomto případě soud pouze zjišťoval souhlas obou manželů s rozlukou. V úvahu přicházela i možnost, že manželství bude rozloučeno bez souhlasu jednoho z manželů za situace, že se na soud nedostavil přesto, že mu soudní obsílka byla řádně doručena. Jestliže uplynula od rozvodu lhůta delší než 3 roky, nebylo třeba souhlas druhého manžela s rozlukou vyžadovat. Pro jiný důvod než nepřekonatelný odpor nebylo možno rozlukou žádat a tedy i zde měl soud odkázat žadatele na pořad práva, jestliže tvrdili jiný důvod pro rozlukou, pokud šlo jen o dobrovolný rozvod nikoliv o rozvod vyslovený zákonem podle §§ 107 – 109 občanského zákoníku.

Manželství, která byla rozvedena po vyhlášení rozlukového zákona, mohla být také rozloučena z důvodu nepřekonatelného odporu bez rozdílu, zda šlo o rozvod vyslovený rozsudkem, anebo dobrovolný rozvod. Žádost o rozlukou bylo ovšem možno podat až po uplynutí alespoň jednoho roku od provedení soudního rozvodu a manželé neobnovili manželské společenství. Aby byla rozluka povolena, bylo zapotřebí k žádosti o rozlukou souhlasu druhého manžela projeveného buď výslovně, anebo mlčky tím, že se ač řádně obeslán, nedostavil k soudu a soud nabyl přesvědčení, že zde skutečně existuje nepřekonatelný odpor. Obdobně jako v případě manželství rozvedených před novelou, i zde, šlo-li o dobrovolný rozvod, a druhý manžel nesouhlasil nebo žadatel tvrdil jiný důvod než nepřekonatelný odpor, odkázal soud na pořad práva.

Třetí skupina manželství, manželství rozvedená rozsudkem podle §§ 107 – 109 občanského zákoníku (a to bez ohledu, zda byla rozvedená před nebo po vyhlášení novely) a to z některého důvodu uvedeného v § 13 manželské novely mohla být na základě žádosti rozloučena buď pro nepřekonatelný odpor (§ 13 pís. i novely), který nebyl důvodem rozvodu podle §§ 107 – 109 občanského zákona nebo na základě již provedení sporu o rozvod. V prvním případě platila ustanovení § 17 manželské novely, v druhém případě ustanovení §§ 15 a 16 novely (tedy první a druhá skupina manželství – viz shora).

V řízení podle § 17 rozlukového zákona postačovala jednostranná žádost, nebylo třeba souhlasu druhého manžela, ani aby uplynula určitá lhůta od provedení rozvodu. Soud měl podle vládního nařízení pečlivě zkoumat, opět nesporným řízením, zda skutečnosti zjištěné ve sporu o rozvod by byly již tehdy postačovaly k tomu, aby byla povolena rozluka, nikoli jen

pouhý rozvod, kdyby byl návrh směřoval k rozluce. Soud měl ovšem zároveň právo zkoumat, zda mezitím nedošlo ke změně poměrů.

To, že soud měl jednat v řízení nesporném, vyplývalo jednak, že byl povinen i z úřední povinnosti vyšetřit a zjistit všechny skutečnosti závažné pro rozhodnutí, jednak byly přípustné všechny opravné prostředky, které v nesporných řízeních mohly být podány za stanovených podmínek. Dále se ve vládním nařízení opětovně konstatovalo, že rozhodovat o věci bude nesporný senát.

Pro Slovensko ustanovení § 13 manželské novely neplatilo, tudíž poměry zůstaly nezměněny. Také další dřívější procesní ustanovení, která se dotýkala manželského práva, vládní nařízení ponechalo v platnosti. Vládní nařízení č. 362/1919 Sb. z. a n. nabylo platnosti a účinnosti ihned, tj. dnem vyhlášení, tedy dnem 5. července 1919. Bylo jím alespoň započato s prováděním manželské novely. Neobešlo se to ovšem bez těžkostí na Slovensku, neboť Šrobárovo ministerstvo sdělilo obsah novely župám teprve v září. Maďaronští matrikáři odmítali uznávat církevní sňatky podle nového zákona a ani církve neměla hned vybudovanou matriční službu, a teprve zákonem č. 113/1924 Sb. z. a n. došlo k reorganizaci uherského matrikářství. V Čechách se projevil nesnáze s praktikováním církevního sňatku u nové církve československé, která zpočátku neměla dostatek kněží, kteří by vyhovovali zákonným požadavkům kladeným na vzdělání duchovních, ale ti to nekvalifikovaní duchovní přesto požehnávali sňatky, které ovšem byly neplatné a jichž takto vzniklo asi 20 tisíc. Přišlo se na to až v roce 1925 a tato manželství musela být konvalidována zvláštním zákonem č. 219/1925.

Vzpomenutý zákon č. 113/1924 Sb. z. a n. musel také opravit § 30 manželské novely, jímž byl fakultativní sňatek vztahován jen na Slovensko, neboť se v chvatu prostě zapomnělo na Podkarpatskou Rus.¹⁷

Literatura:

- Fajnor, V. - Záturecký, A.: Nástin súkromého práva platného na Slovensku a v Podkarpatskej Rusi. Bratislava: Nákladom Právnickej jednoty na Slovensku, 1924, 499 s.
- Gerlich, K.: Rozvod, rozluka, alimenty. Praha: Právnické knihkupectví a nakladatelství V. Linhart, 1934, 430 s.
- Klabouch, J.: Manželství a rodina v minulosti. Praha: Orbis, 1962, 281 s.
- Rouček, F. - Sedláček, J. a kol.: Komentář k československému obecnému zákoníku občanskému a občanské právo platné na Slovensku a Podkarpatské Rusi. Díl první. Praha: Právnické knihkupectví a nakladatelství V. Linhart, 1935, 1192 s.

Kontaktní údaje na autora – email:

renata.vesela@law.muni.cz

¹⁷ Klabouch, J.: Manželství a rodina v minulosti. Praha 1962, s. 168 – 169.

BRNĚNSKÁ NOVOKANTOVSKÁ PRÁVNÍ ŠKOLA

LADISLAV VOJÁČEK

Právnická fakulta Masarykovy univerzity, Česká republika

Abstrakt v rodném jazyce

Autor dovozuje, že označení „brněnská právní škola“ se používá ve dvou významech. Jednak pro označení přívrženců normativní teorie, reprezentované v Brně především Františkem Weyrem, a jednak pro širší okruh (brněnských) právníků, kteří v přístupu k právu vycházeli z podobného filosofického základu. Toto širší pojetí, pro které doporučuje označení brněnská novokantovská právní škola, je podle něj pro dnešní dobu vhodnější. Zároveň upozorňuje, že na brněnské právnické fakultě působila řada profesorů se zcela odlišným přístupem k právu.

Klíčová slova v rodném jazyce

Vědecká škola, František Weyr, Karel Engliš, Jaroslav Kaplan.

Abstract

The author concludes that the term „Brno law school“ is used in two different ways. Firstly, for the group of those lawyers who followed the normative theory (in Brno mainly represented by František Weyr) and, secondly, for a wider group of lawyers whose attitude to law was based on a similar philosophical background. The author finds the second meaning of the mentioned term more appropriate from the current point of view and recommends to call it „new Kant's school“. At the same time, he draws the attention to the fact that there were many professors teaching at Law Faculty in Brno with a totally different attitude to law.

Key words

Law school, František Weyr, Karel Engliš, Jaroslav Kallab.

Vzhledem k limitovanému času jsem si za téma svého vystoupení zvolil drobné pojednání o označení „*brněnská právní škola*“, nebo, jak se Vám budu snažit vnutit, „*brněnská novokantovská právní škola*“. Toto téma na naši konferenci patří nejen s ohledem na místo, ale též z časového hlediska. Jednak se samotná brněnská novokantovská právní škola rodila a rozvíjela v podstatě souběžně s Československou republikou, jednak se právě před devadesáti lety takřkajíc začal vypisovat rodný list naší univerzity a fakulty. Bylo to totiž zrovna začátkem listopadu v roce 1918, kdy profesori brněnské techniky a zároveň budoucí členové „revolučního“ Národního shromáždění Karel Engliš a František Weyr vypracovali stručný návrh zákona „*na zřízení univerzity s českou řečí vyučovací v Brně*“¹, který pak členové národně demokratického poslaneckého klubu („*poslanci Al. Jirásek, dr. K. Engliš a soudruzi*“) 15. listopadu v nově ustaveném Národním shromáždění také podali.

Pojďme však k meritu věci. Jak tedy vypadala meziválečná právnická fakulta po pedagogické a vědecké stránce? Při příležitosti patnáctého výročí existence brněnské právnické fakulty napsal do Lidových novin z 1. května 1934 Zdeněk Neubauer slova, která jistě vyjadřovala nejen jeho osobní přesvědčení a která jsou aktuální i dnes: „*Nemá-li býti univerzita nebo*

¹ www.psp.cz/Digitální archív, Zasedání národního shromáždění 1918 – 1920, tisk T 17; text uveřejnil F. Weyr in Z dějin právnické fakulty Masarykovy univerzity (Vědecká ročenka právnické fakulty Masarykovy univerzity, I/1922, s. 169).

univerzitní fakulta pouhým učilištěm, vzdělávajícím dorost podle předepsaného učebního plánu v předepsaných oborech vědních, musí si vybudovati svůj směr, svoji individualitu a svoji tradici“. Tradici si brněnská právnická fakulta musela teprve budovat, ale rozhodně nebylo možné říci, že by od počátku neměla „svůj směr, svoji individualitu“, tedy svou tvář. A její tvář byla dokonce ještě zajímavější, než by se na první pohled mohlo zdát.

Pro brněnskou fakultu bylo podstatné, že přestože všichni první brněnští učitelé byli především odchovanci pražské právnické fakulty, mnozí z nich k právu přistupovali jinak než jejich učitelé. Ještě před vznikem fakulty nebo i po příchodu na ni se nechali ovlivnit právně filosofickými úvahami prvního brněnského děkana Františka Weyra a prvního rektora univerzity Karla Engliše. S jejich koncepcemi se vesměs seznámili v semináři na české technice, kde oba před vznikem fakulty působili. Z Weyrova semináře, který má v dějinách fakulty nezastupitelné místo, vzešli například budoucí profesori Jaromír Sedláček, Rudolf Dominik, Jaroslav Stránský a Jan Caha, který jako profesor přednášel právě na technice (a jako hostující profesor i na právnické fakultě). Před příchodem na univerzitu na technice působil i Jan Loevenstein.

Meziválečnou brněnskou právnickou fakultu právnická veřejnost, vyškolená v dějinách právní filozofie, proto spojuje především s osobností Františka Weyra a s rozvíjením normativní právní teorie (též ryzí nauky právní, v dobových textech i čiré nauky právní, čisté nauky právní nebo normologie). V Brně však působili i další výrazné osobnosti, a byla jich většina, jejichž pohled na právo se od Weyrova více či méně lišil. O některých platí, že jejich přístup k právu měl s Weyrovým normativismem mnoho společného, tedy přesněji, že vycházeli z podobného filosofického základu a o právu uvažovali podobně jako on, i když nakonec dospěli k jiným výsledkům. Dokonce při tom vznikaly až paradoxní situace. Například František Rouček se výslovně hlásil k Weyrovu učení s tím, že je dále rozvíjí a odstraňuje jeho dílčí nedostatky, avšak samotný František Weyr jeho konstrukce velmi ostře odmítal s tím, že jeho učení diskreditují. O jiných zase platí, že se opírali o zcela jiná filozofická východiska než brněnští právní normativisté, nebo že se filozofickým úvahám o povaze práva a způsobům jeho poznávání cíleně vyhýbali. Proto zcela neodpovídá tehdejší realitě v obecném povědomí stále rozšířené ztotožňování brněnské právní školy jen s čistou normativní teorií, v Brně systematicky pěstovanou Františkem Weyrem a některými jeho věrnými žáky. Toto povědomí je však stále silné. Dokládá to i skutečnost, že mu vyšli vstříc nejaktivnější šířitelé tradice brněnské normativní školy Ota WEINBERGER a Vladimír KUBEŠ jako editoři známé publikace *Brněnská škola právní teorie (normativní teorie)*, vydané podle původního německého originálu Univerzitou Karlovou v Praze v roce 2003. Nazvali ji, znovu opakují, Brněnská škola právní teorie (normativní teorie), a to přesto, že v ní pojednávali i o koncepcích těch brněnských učitelů, kteří se od normativní teorie zřetelně odchylovali. Jsem přesvědčen, že si byli nepřesnosti svého názvu vědomi a že jej zvolili především z komerčních důvodů, tedy s ohledem na – do jisté míry, ale ne detailně informované – potencionální čtenáře.

Jak se k označení brněnská právní škola stavěl její hlavní protagonista František Weyr? Můžeme říci, že normativní teorii a brněnskou právní školu rozlišoval, i když ne vždy to vyznívalo jednoznačně. Ukažme si to však konkrétněji.

František Weyr na jedné straně ve svých Pamětech² psal o „své“ škole, případně o „normativní teorii a její brněnské škole“. Ve vztahu ke „své“ škole pak například v článku

² WEYR, F.: *Paměti 2. Za republiky (1918 – 1938)*. Brno: Atlantis 2001, s. 80.

Pojem a podstata „vědecké školy“³ používal také označení „*normativní škola*“, případně „*česká normativní škola*“. Za její příslušníky považoval vedle sebe prakticky jen své bezprostřední žáky, vesměs pak působící na brněnské právnické fakultě, ale i mimo ni. Weyrovi citovanou formulaci „*normativní teorie a její brněnská škola*“ tu proto nemůžeme vnímat jako ztotožnění obou, tedy jako ztotožnění brněnské školy a normativní teorie, ale musíme ji číst jako „*brněnská škola normativní teorie*“, tj. jako označení, kterým Weyr chtěl odlišit své učení od škol normativní teorie rozvíjených na jiných fakultách. Uvedené spojení je tedy oprávněné potud, pokud vyjadřuje skutečnost, že normativní teorii (ryzí nauku právní) pěstovali a vlastním směrem rozvíjeli i jiní, především Hans Kelsen, obecně považovaný za jejího zakladatele, jeho blízký spolupracovník a vídeňský profesor správního práva Adolf Merkl nebo profesor mezinárodního práva Alfred Verdross, známý zejména jako hlavní redaktor časopisu *Österreichische Zeitschrift für öffentliches Recht (und Völkerrecht)*. Čili, ještě jinak řečeno, vyjadřuje skutečnost, že Weyr a jeho žáci v normativní teorii představovali jen jeden směr.

Na druhé straně Weyr o brněnské právní škole hovořil také v širším smyslu, když za jejího příslušníka (opatrně) označil například i Jaroslava Kallaba, s nímž byl prakticky v permanentním názorovém střetu a jehož rozhodně za příslušníka „*své*“ školy považovat nemohl. To ukazuje, že na brněnskou právní školu bylo možné již v době jejího rozvoje – a s odstupem je to ještě zřetelnější a vhodnější – nahlížet též jinak, šířeji, a nespojovat ji jen s „*ryzím*“ normativismem.

Proč jsem uvedl, že s odstupem je to ještě zřetelnější? Dobové polemiky o rozdílných přístupech a závěrech jednotlivých brněnských učitelů vyvolávaly na první pohled dojem hlubokých názorových rozdíků. Ovšem, a to je třeba říci, tam, kde skutečně šlo o zásadní rozdíly, zpravidla diskuse vůbec neprobíhala (podle F. Weyra byli „*z jiné planety*“⁴ a nemělo smysl s nimi polemizovat). V diskusích mezi osobnostmi svým uvažováním spřízněnými – jak řekl klasik – „*propukly vášně a zarputilost byla veliká*“⁵ spíše pro odlišnosti v podstatě marginální. Pod dojmem konfrontací někdy přecházejících až do osobní roviny pak snadno do pozadí ustoupily společné rysy v uvažování přívrženců normativní teorie a některých dalších učitelů fakulty. Dnes časový odstup a pohled zvenčí vnesly do vnímání jednotlivých názorů optimálnější proporce. Zvýraznily jejich shodné rysy, přehlížené v zápalu momentálních půtek, a jen znovu potvrdily to, že označení brněnská právní škola není vhodné vztahovat jen na „*ryzí*“ normativisty krácející důsledně ve Weyrových stopách, ale i na další osobnosti brněnské fakulty, které vycházely z podobného filosofického základu. Viktor Knapp ve svých vzpomínkách,⁵ domnívám se, že výstižně, použil pro brněnskou meziválečnou fakultu označení novokantovská. Tohoto označení se mi jeví jako optimální a proto zásadně píše a mluvím o brněnské novokantovské právní škole. Jejími protagonisty pak jsou vedle Weyra a jeho žáků, z nichž mnozí později hledali vlastní cesty (Vladimír Kubeš, Adolf Procházka, Jaroslav Stránský, Zdeněk Neubauer), i další brněnští učitelé, zejména Jaromír Sedláček (a jeho žáci, například K. Gerlich), Karel Engliš (a další národohospodáři J. Loevenstein, V. Vybral. V. Chytil), Jaroslav Kallab (a jeho žáci E. Olšar a J. Kepert) nebo František Rouček, i když se ve svých konstrukcích od Weyrova normativismu někdy poměrně výrazně odlišovali. Postupně se k ní přikláněli, respektive váhavě se k ní hlásili, i další brněnští učitelé

³ WEYR, F.: *Pojem a podstata „vědecké školy*. In: *Časopis pro právní a státní vědu*, roč. XVII/1946, s. 145 an.

⁴ WEYR, F.: *Paměti 2. Za republiky (1918 – 1938)*. Brno: Atlantis 2001, s. 62.

⁵ KNAPP, V.: *Proměny času. Vzpomínky nestora české právní vědy*. Praha: Prospektum 1998, s. 18.

jako Jaroslav Krejčí, Dobroslav Krejčí, Jaroslav Pošvář, František Vážný, ml. nebo Michail A. Zimmermann.

O brněnské novokantovské právní škole jsem v podstatě řekl vše, co jsem říci chtěl, ale kdybych teď skončil, nebyla by zmíněná tvář fakulty ještě úplně vykreslena. Jak jsem se toho dotkl již na začátku, v zaujetí pro filosofující právníky-novokantovce bychom neměli opomenout, že na brněnské fakultě působila řada učitelů, kteří se k novokantovskému směru nehlásili. A – pro mnohé možná překvapivě – je to poměrně dlouhá řada. Stáli v ní právní historici Bohumil Baxa, František Čáda a Rudolf Wierer, právní historik a kanonista Josef Vacek, romanista Jan Vážný, procesualista František Vážný, komercionalista Karel Kizlink nebo vlašný „odpadlík“⁶ profesor správní vědy a správního práva Rudolf Dominik (odpadlíkem jej nazval František Weyr, poté, co se odborně i lidsky zcela rozešli).

* * *

A na závěr jen stručné pozastavení nad významem brněnské novokantovské právní školy:

Na působení normativní teorie a jí blízkých směrů bylo cenné především důsledné oddělení formální právní vědy (vědy o právu) a právní praxe a v právní praxi pak vedení přesné dělící čáry mezi formálně právními úvahami a zvažováním jiných – etických, politických, ekonomických apod. – aspektů. Zajisté přispěla k uvědomění si specifika právnického uvažování, struktury právních norem a uspořádání právního řádu. Nic na tom nemění, že postupně ustoupila do pozadí, odklonili se od ní i někteří její původní protagonisté a jí používaná terminologie, včetně pojetí jednoho ze základních pojmů – právní normy, se vesměs přežila.

Zamýšlíme-li se nad jejím významem, nelze opomenout ještě jeden aspekt, aspekt možná v konečném důsledku nejdůležitější: její drzý a rasantní nástup rozčeřil dlouho poklidnou hladinu české právní vědy a přiměl většinu autorů pokoušejících se o vědeckou tvorbu v právní oblasti, aby lépe promýšleli teoretická východiska svých koncepcí a tříbili svého ducha proti filipikám někdy nesmlouvavých brněnských kritiků.

Literatura:

- Archív Masarykovy univerzity, osobní spisy a fondy učitelů PF MU
- Brněnská škola právní teorie (normativní teorie). Praha : Karolinum, 2003.- ISBN: 80-246-0689-5
- KNAPP, V.: Proměny času. Vzpomínky nestora české právní vědy. Praha: Prospektum 1998.- ISBN: 80-7175-063-8
- WEYR, F.: Paměti 2. Za republiky (1918 – 1938). Brno: Atlantis 2001.- ISBN: 80-7108-194-9
- WEYR, F.: Pojem a podstata „vědecké školy“. In: Časopis pro právní a státní vědu, roč. XVII/1946
- www.psp.cz/ Digitální repozitář

⁶ Tak profesora Dominika viděl František Weyr; k tomu WEYR, F.: *Paměti 2. Za republiky (1918 – 1938)*. Brno: Atlantis 2001, s. 60.

Kontaktní údaje na autora – email:
lav@mail.muni.cz

Sekce III.

Mezinárodní a evropské právo

*Mezinárodní a evropský rozměr práva
aplikovaného orgány ČR a jiných členských
států*

Section III.

International and European Law

*International and European Dimension of Law
Applied by Institutions of Member States*

RECENT ATTEMPTS OF SUPRANATIONALIZATION IN THE THIRD PILLAR OF THE EUROPEAN UNION

IGOR BLAHUŠIAK

Právnická fakulta Masarykovy univerzity, Česká republika

Abstrakt v rodném jazyce

Policijná a súdna spolupráca v trestných veciach, ktorá tvorí obsah tzv. tretieho piliera Európskej únie (EÚ) sa vyznačuje niekoľkými špecifikami voči ostatným pilierom EÚ postupy. Avšak, odhliadnuc od očakávaného zrušenia pilierovej štruktúry Lisabonskou zmluvou, ktorej osud nie je v čase spísania príspevku jednoznačný, aj v súčasnosti je vývoj v tomto pilieri z právneho hľadiska pozoruhodný. Existujú totiž legislatívne návrhy, ktoré upravujú danú problematiku, no zároveň znamenajú pomerne zásadný prielom do medzivládnej povahy tohto piliera. Sú nimi návrh smernice o cezhraničnom vymáhaní dopravných priestupkov a návrh smernice o trestnoprávnej ochrane životného prostredia.

Klíčová slova v rodném jazyce

Európska únia, Pilierová štruktúra, policijná a súdna spolupráca v trestných veciach, návrh smernice o trestnoprávnej ochrane životného prostredia, návrh smernice o cezhraničnom vymáhaní v oblasti cestnej bezpečnosti, supranacionalizácia, integračný proces.

Abstract

Police and Justice Cooperation in Criminal Matters, which forms nowadays the Third Pillar of the European Union has a specific nature, compared to the other pillars. Nevertheless, not mentioning the expected repeal of the pillar structure by the Lisbon Treaty, the future of which is to the date unclear, also in present days we can observe some very interesting developments in this pillar. There are legislative proposals on the subject matter falling within the remit of the Third pillar, but they also mean a very substantial interference to the intergovernmental character of this pillar; being it the Proposal for a Directive on the protection of the environment through criminal law and the Proposal for a Directive cross-boarder enforcement in the field of road safety.

Key words

European Union, Police and Justice Cooperation in Criminal Matters, Proposal for a Directive on the protection of the environment through criminal law, Proposal for a Directive on cross-boarder enforcement in the field of road safety, Supranationalization, Integration process.

1. INTRODUCTION

Police and Justice Cooperation in Criminal Matters, which forms nowadays the Third Pillar of the European Union has a specific nature, compared to the other pillars. Nevertheless, not mentioning the expected repeal of the pillar structure by the Lisbon Treaty,¹ the future of which is to the date unclear, also in present days we can observe some very interesting developments in this pillar. There are legislative proposals on the subject matter falling within the remit of the Third pillar, but they also mean a very substantial interference to the intergovernmental character of this pillar; being it the Proposal for a Directive on the

¹ OJ C 306 of 17 December 2007, p. 1.

protection of the environment through criminal law and the Proposal for a Directive facilitating cross-boarder enforcement in the field of road safety.

The outline of this article shall be following: After brief description of the development of the Third pillar of the EU, together with envisaged reform by the Lisbon Treaty. Then, the legislative process leading to the adoption of the Proposal for a Directive on the protection of the environment through criminal law will be analyzed in more detail. An analysis of another proposal, for Proposal for a Directive on the protection of the environment through criminal law will follow, with comparison of these two legislative proposals and also with short analysis of stance of the Czech Republic on them.

2. A BRIEF OVERVIEW OF THE POLICE AND JUSTICE COOPERATION IN THE EUROPEAN UNION.

The Police and Justice Cooperation in the Criminal Matters forms the so-called third pillar of the European Union, which was established by the Treaty on the European Union,² signed in 1992 in Maastricht.³ Police and judicial cooperation was established in the Title VI of the Treaty, in the Article K.1. The Third pillar has been constructed as an intergovernmental one, of a different nature from the Community Pillar, characterized primarily by:

- A range of different legal instruments was established – joint positions, joint actions and conventions were used instead of regulations, directives and decisions;
- A construction of different decision-making structures – Directorial Committees, Coordinating Committee⁴ with Justice and Home Affairs Council formed a new structure, leaving the Commission and particularly the European Parliament and the Court of Justice with significantly less competences as in the Community pillar;
- A possibility of „communitarization“ of some of the Third pillar subject matter.

Naturally, this is not the fully exhaustive list of the distinctive characteristics of the Third pillar under the Treaty on the European Union; it is only the selection of the most important components relevant to our interest.

Very important developments were enacted by the Treaty of Amsterdam,⁵ signed in 1997. Judicial cooperation in civil matters was transferred into the Community pillar and the Third pillar was shrunk to its present form encompassing police and judicial cooperation in criminal matters.⁶ The Third pillar was shaped into its present-day form, with only minor

² OJ C 191 of 29 July 1992, p. 1.

³ The author is fully aware of fact that European cooperation in police and justice matters, both civil and criminal, dates well back before 1992, with 1970s TREVI group, as well as the Schengen conventions. Nevertheless, since these developments are described in detail elsewhere, this article primarily focuses on the most recent developments.

⁴ Know also as „K.4 Committee“.

⁵ OJ C 340 of 10 November 1997, p. 1.

⁶ Although there were suggestions for the communitarization of the entire pillar. For a throughout reflection of the negotiations leading to the adoption of the Treaty of Amsterdam, see eg. Moravcsik, A., Nicolaidis, C.: Explaining the Treaty of Amsterdam: Interests, Influence, Institution, Journal of Common Market Studies, 1999, Vol. 37, Issue, 1, pp. 59-85, ISSN 1468-5965.

developments introduced by the Treaty of Nice⁷ concerning primarily the introduction of the European Judicial Cooperation Unit, known as Eurojust, as well as amendments to the provisions concerning enhanced cooperation among the Member States.

Under the Article 29 of the Treaty on the European Union amended by the Treaty of Nice, „the Union's objective shall be to provide citizens with a high level of safety within an area of freedom, security and justice by developing common action among the Member States in the fields of police and judicial cooperation in criminal matters.“ This objective is to be achieved by closer cooperation between competent police and justice authorities through the European Police Office (Europol) and Eurojust, as well as, by „approximation, where necessary, of rules on criminal matter in the Member States“.⁸

As we see, under these provisions, the approximation of criminal law shall be conducted under the provisions of the Title VI of The Treaty on the European Union amended by the Treaty of Nice. Article 31 provides for more details, stipulating that common action shall include inter alia ensuring compatibility in rules applicable in the Member States, as well as progressive adoption of „measures establishing minimum rules relating to the constituent elements of criminal acts and to penalties.“⁹ But, what is important, this progressive adoption of aforementioned rules shall be, if we interpret wording of the Article 31 as *numerus clausus*, limited to the fields of organized crime, terrorism and illicit drug trafficking.

After the reform by the Treaty of Amsterdam, the Council, acting solely and without direct engagement of the other institutions of the EU, may adopt measures in the form of common positions, framework decisions, decisions and conventions, to achieve aforementioned aims. And if a Member State makes a declaration under the Article 35 of the Treaty on the European Union amended by the Treaty of Nice, the Court of Justice shall have jurisdiction „to give preliminary rulings on the validity and interpretation of framework decisions and decisions, on the interpretation of conventions“ and „on the validity and interpretation of the measures implementing them“.¹⁰

As we see, under the provisions of the Treaty on the European Union amended by the Treaty of Nice interpreted in the purely legal point of view, the field of criminal law is to remain largely intact by the law of the EU. Only some precisely defined and specific areas of it shall fall under the remit of the EU, with primarily only the Council of ministers acting to adopt the EU-wide measures. But, the reality of the integration process, as we were able to observe many times before, is somewhat different. Next section will explore it to the further detail, but before it, a few words on the Lisbon Treaty.

The Lisbon Treaty will bring, if coming into the force, a substantial reform of the Third pillar, as it abolishes completely the pillar structure of the EU. This means extension of the

⁷ OJ C 80 of 10 March 2001, p. 1.

⁸ Art. 29 of the Treaty on the European Union, amended by the Treaty of Nice. OJ C 321 E of 29 December 2006, p. 1.

⁹ Art. 31 of the Treaty on the European Union, amended by the Treaty of Nice. OJ C 321 E of 29 December 2006, p. 1.

¹⁰ Art. 35 of the Treaty on the European Union, amended by the Treaty of Nice. OJ C 321 E of 29 December 2006, p. 1.

procedures¹¹ and review mechanisms of the present-day Community pillar also to the police and justice cooperation in criminal matters. The respective provisions are laid down in the Title V (Area of Freedom, Security and Justice), in the Chapter 4 (Justice Cooperation in Criminal Matters) and Chapter 5 (Police Cooperation) of the Lisbon Treaty. The reform of primary law also envisages for the possibility of establishment of minimal rules concerning definitions and sanctions for criminal offences¹² by the directives of Parliament and the Council, enacted by the ordinary legislative procedure.¹³ Also, if there is a need for harmonization of criminal laws for effective implementation of a Union policy, directives can set minimal rules for definition of offences and sanctions.¹⁴

3. PROPOSAL FOR PROTECTION OF ENVIRONMENT THROUGH CRIMINAL LAW

3.1 LEGAL BASE AND EARLY ACTIONS

According to the aforementioned provisions of the EU primary law, it would be expectable for a proposal on criminal protection of the environment if it even would be adopted at all, to be in a form of the Third pillar act. As a practical example of a Proposal for a directive of the European Parliament and of the Council on the protection of the environment through criminal law (COM(2007)51 final)¹⁵ shows us, reality of the integration process is somewhat different.

Protection of the environment constitutes one of the „essential objectives of the European Union,“ as the Court of Justice held,¹⁶ stipulated in Art. 2, 3(1), 6, 173 and 174 Treaty establishing the European Community as amended by the Treaty of Nice (TEC). However, studies have shown¹⁷ that sometimes only criminal penalties will have a sufficiently dissuasive effect to effectively implement this policy. This is not only because a criminal sanction demonstrates a social disapproval of a different nature from sanctions imposed under administrative or civil law, but also for sometimes other than criminal sanctions not being

¹¹ For more information on the reform of decision-making procedures in the Lisbon Treaty, see eg. Blahušiak, I.: Changes in the Decision-making Procedures of the EU in the Reform Treaty. In Days of public law : sborník abstraktů příspěvků z mezinárodní konference. 1. vyd. Brno : Masarykova univerzita, 2007. s. 900-912. ISBN 9788021044302.

¹² For the enumerated most serious criminal offences, the EU legislation can be adopted on the basis of the Art. 83, if there is a cross-boarder element of their nature, impact or a particular need to fight them on the common basis. For other offences, the Council can unanimously adopt such measures on the basis of criminal records and after consent of the Parliament.

¹³ I.e. present-day codecision procedure.

¹⁴ For a deeper reflection of the effects of the Lisbon Treaty on the present-day Third pillar of the EU, see Švarc, M.: Communitarization of the EU Third Pillar Today and According to the Lisbon Treaty. In: Sborník příspěvků z konference Cofola 2008 konané na PrF MU 13.-14.5.2008. 1. vyd. Brno: 2008, ISBN 978-80-210-4630-6, p. 391.

¹⁵ Proposal for a Directive of the European Parliament and of the Council on the protection of the environment through criminal law (COM(2007)51 final). Available [online] <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=CELEX:52007PC0051:EN:HTML>, cit. 7. 11. 2008.

¹⁶ See eg. Case C-213/96 Outokumpu oy, para. 32.

¹⁷ For further details see European Commission: Environmental crime. Available [online] <http://ec.europa.eu/environment/crime/index.htm#studies>, cit. 7. 11. 2008.

dissuasive enough. Also, the means of criminal investigation are more powerful than those of administrative or civil law, as well as bearing an additional guarantee of impartiality.¹⁸

Thus, Europe-wide action was adopted as early as 1998 by the Council of Europe in the form of the Convention on the Protection of the Environment through Criminal Law.¹⁹ EU action followed swiftly; the European Council meeting in Tampere in 1999 asked for efforts to agree on common definitions, incriminations and sanctions for, among other sectors, environmental crimes.²⁰ In the line with the provisions of the primary law, Denmark in February 2000 presented an initiative for a Framework decision on combat with serious environmental crime. Justice and Home Affairs Council then agreed, in September 2000, that such legislation should have been established. So far, we see no deviations from a standard procedure for approximation of criminal law laid down in primary law.

3.2 FIRST PROPOSAL FOR A DIRECTIVE (2001) – A PRIME EXAMPLE OF BATTLE OF INSTITUTIONS

The „interesting“ part of the legislative process began when the Commission adopted a proposal for a directive (sic!) on the protection of the environment through criminal law, in March 2001 (COM(2001)139 final)²¹ The purpose was virtually the same as that of a proposal for the aforementioned framework decision. This proposal was then communicated to the Council and the European Parliament, the latter of which adopted its report²² with several amendments in September 2002.

However, the Council did not follow the usual pattern for the first reading of the codecision procedure, did not discuss the Commission proposal and adopted in January 2003 the Framework Decision 2003/80/JHA²³ on the protection of the environment through criminal law. Thus we can observe a clear reluctance of the Council to supranationalize any provisions of criminal law, being in direct contradiction to the approach of the Commission and the Parliament.²⁴

¹⁸ See Proposal for a Directive of the European Parliament and of the Council on the protection of the environment through criminal law (COM(2007)51 final). Available [online] <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=CELEX:52007PC0051:EN:HTML>, cit. 7. 11. 2008, p. 2.

¹⁹ Convention on the Protection of the Environment through Criminal Law. Available [online] <http://conventions.coe.int/Treaty/en/Treaties/Html/172.htm>, cit. 7. 11. 2008.

²⁰ See Tampere European Council 15 and 16 October 1999. Presidency conclusions. Available [online] http://www.europarl.europa.eu/summits/tam_en.htm, cit. 7. 11. 2008, points 1-10 in particular.

²¹ Proposal for a Directive of the European Parliament and of the Council on the Protection of the Environment through Criminal Law (COM(2001)139 final). Available [online] http://eur-lex.europa.eu/Result.do?T1=V5&T2=2001&T3=139&RechType=RECH_naturel&Submit=Search, cit. 7. 11. 2008.

²² Report on the proposal for a Directive of the European Parliament and of the Council on the Protection of the Environment through Criminal Law (COM(2001)139 final). Available [online] <http://www.europarl.europa.eu/sides/getDoc.do?type=REPORT&mode=XML&reference=A5-2002-0099&language=EN>, cit. 7. 11. 2008.

²³ OJ L 29 of 5 February 2003, p. 55-58.

²⁴ If we employ political theory, this is a shining example of conflict of supranational (the Commission, the Parliament) and intergovernmental institutions (the Council), each defending its obvious stance. However, what is of particular concern in this case, are the next steps of the institutions and the final outcome of the legislative process.

The Commission did not give up, though. It brought the Council to the Court of Justice in a action for annulment of Framework Decision 2003/80/JHA (Case C-176-03),²⁵ claiming that the Framework decision „encroaches upon the powers which Article 175 [T]EC confers on the Community, and, accordingly, the entire framework decision being indivisible, infringes Article 47 [T]EU.“²⁶ In the Commission’s point of view, the legal regulation contained in the disputed framework decision should have been properly adopted on the basis of Article 175 Treaty on the European Union as amended by the Treaty of Nice.

The Court held that, while „as a general rule, neither criminal law nor the rules of criminal procedure fall within the Community’s competence, this does not, however, prevent the Community legislature, when the application of effective, proportionate and dissuasive criminal penalties...as an essential measures for combating serious environmental offences“ and, which is of more importance here, „from taking measures which relate to the criminal law of the Member States which it considers necessary“²⁷ in order to ensure the effectivity environmental protection. The Court went on, when ascertaining that „the competence of the Community cannot be called into question by the fact that Articles 135 and 280(4) [T]EC reserve to the Member States...the application of national criminal law and the administration of justice.“²⁸ In the light of these considerations, the Court annulled the Framework Decision 2003/80/JHA.

3.3 THE SECOND PROPOSAL FOR A DIRECTIVE (2007) – THE COURT OPENS UP THE WAY

The Commission, in the light of the Judgement, adopted in November 2005 a Communication (COM(2005)583 final/2)²⁹ outlining its views on the consequences of the case C-176/03. It considered necessary to withdraw its proposal on the protection of environment through the criminal law of 2001 and to present a new proposal. This new proposal, presented as COM(2007)51 final,³⁰ took in account the provisions of the annulled framework decision and legislative development since 2001.

Nevertheless, in the spite of the fact, that the Commission was ascertained by the Court of Justice that it did possess a right to adopt legislation on approximation of criminal laws in the EU, the predicates of this competence were still unclear. The judgement in the Case C-440/05 Commission v. the Council,³¹ regarding annulment of the Framework Decision of the Council

²⁵ Case C-176-03 Commission of the European Communities v. Council of the European Union.

²⁶ See paras. 41-53 of the Case C-176-03 Commission of the European Communities v. Council of the European Union.

²⁷ Ibid.

²⁸ Ibid.

²⁹ Communication from the Commission to the European Parliament and the Council on the implications of the Court’s judgement of 13 September 2005 (Case C-176/03 Commission v Council) (COM(2005)583 final/2). Available [online] http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/site/en/com/2005/com2005_0583en01.pdf, cit. 7. 11. 2008.

³⁰ Proposal for a Directive of the European Parliament and of the Council on the protection of the environment through criminal law (COM(2007)51 final). Available [online] http://eur-lex.europa.eu/Result.do?T1=V5&T2=2007&T3=51&RechType=RECH_naturel&Submit=Search, cit. 7. 11. 2008.

³¹ Case C-440/05 Commission of the European Communities v. Council of the European Union.

2005/667/JHA to strengthen the criminal-law framework for the enforcement of the law against ship-source pollution.³²

The Court held in its judgement, while annulling the disputed Framework Decision, that „since requirements relating to environmental protection, which is one of the essential objectives of the Community, must, according to Article 6 [T]EC, be integrated into the definition and implementation of Community policies and activities.“³³ The Community legislative may therefore decide to promote environmental protection and has a right to require Member States to introduce „effective, proportionate and dissuasive criminal penalties“³⁴ by the competent national authorities. However, this competence is not unlimited; the Court did not hold that the Community has a right to specify the type and level of the criminal sanctions.³⁵

This ruling made it clear, how the Commission can act when proposing a new legislation in the field that could fall within the remit of the Third pillar; it has a right to propose such legislation, nevertheless, only under strict conditions of effectiveness, proportionally and dissuasiveness. In the addition, the sanctions can be imposed only when a need arises when implementing a Community policy and the Commission has not right to specify the nature of criminal sanctions.³⁶

3.4 LEGISLATIVE PROCESS OF THE SECOND PROPOSAL

The Commission presented its Proposal for a Directive of the European Parliament and of the Council on the protection of the environment through criminal law (COM(2007)51 final; hereinafter „the Second proposal“) before the ruling of the Court in the Case C-440/05. It included not only definitions of criminal conduct, but also laid down minimal penalties. The latter point was amended in the light of aforementioned judgement during the first reading in the Parliament, by omitting the relevant provisions.

The proposal itself is based on Article 175 TEC, being a compromise between the ambitious first proposal and eurosceptics opposing the supranationalization of criminal laws. It establishes a minimum set of environmental offences that should be considered criminal throughout the Community when committed intentionally or with serious negligence. Criminal sanctions shall be applied only for natural persons; legal persons should be punished with non-criminal sanctions, making the proposal easier to implement for the Member States without enacted criminal liability of legal persons, such as the Czech Republic.

The respective offences are laid down in the Article 3 of the Proposal.³⁷

³² OJ L 255 of 30 September 2005, p. 164-167.

³³ See Case C-440/05 Commission of the European Communities v. Council of the European Union , paras. 58-66

³⁴ Ibid.

³⁵ See *ibid.* a contrario.

³⁶ Compare the Art. 83 (2) of the Treaty on Functioning of the EU.

³⁷ List of offences reproduced in the wording adopted by the European Parliament. See European Parliament legislative resolution of 21 May 2008 on the proposal for a directive of the European Parliament and of the Council on the protection of the environment through criminal law (COM(2007)51 final). Available [online]

- The discharge, emission or introduction of a quantity of materials or ionising radiation into air, soil or water, which causes or is likely to cause death or serious injury to any person or substantial damage to the quality of air, the quality of soil, the quality of water or to animals or plants;
- The collection, transport, recovery and disposal of waste, including the supervision of such operations and the after-care of disposal sites, and including actions taken as a dealer or a broker (waste management) which causes or is likely to cause death or serious injury to any person or substantial damage to the quality of air, the quality of soil, the quality of water or to animals or plants;
- The shipment of waste , where this activity falls within the scope of Article 2(35) of Regulation 2006/1013/EC³⁸ on shipments of waste and is undertaken in a non-negligible quantity, whether executed in a single shipment or in several shipments which appear to be linked;
- The operation of a plant in which a dangerous activity is carried out or in which dangerous substances or preparations are stored or used and which, outside the plant, causes or is likely to cause death or serious injury to any person or substantial damage to the quality of air, the quality of soil, the quality of water, or to animals or plants;
- The production, processing, handling, use, holding, storage, transport, import, export and disposal of nuclear materials or other hazardous radioactive substances which causes or is likely to cause death or serious injury to any person or substantial damage to the quality of air, the quality of soil, the quality of water, or to animals or plants;
- The killing, destruction, possession and taking of specimens of protected wild fauna or flora species, except for cases when the conduct concerns a negligible quantity of such specimens and has a negligible impact on the conservation status of the species;
- Trading in specimens of protected wild fauna and flora species or parts or derivatives thereof, except in cases where the conduct concerns a negligible quantity of those specimens and has a negligible impact on the conservation status of the species;
- Any conduct which causes the significant deterioration of a habitat within a protected site;
- The production, importation, exportation, placing on the market or use of ozone-depleting substances.

As we can see, all the offences, except for the first one, require their unlawful commission, which is defined in the Art. 2 of the Proposal as infringing Community legislation listed in the annex of proposal, or a law, an administrative regulation or a decision taken by a competent authority in a Member State that gives effect to this Community legislation. In the contrast to the first Commission proposal, the new offences concerning deterioration of a protected habitat and illegal shipments of waste were added. The Proposal does not provide for interpretation of vague legal terms of substantial damage and serious injury, which are to be

<http://www.europarl.europa.eu/sides/getDoc.do?type=TA&language=EN&reference=P6-TA-2008-0215>, cit. 7. 11. 2008.

³⁸ OJ L 190 of 12 July 2006, p. 1-98.

interpreted according to the legal traditions of each Member State. Also, a list of aggravating circumstances is provided.³⁹ In the light of the aforementioned Court judgement C-440/05, the provision on sanctions states only that these are to be effective, proportionate and dissuasive.

The European Parliament adopted the Proposal in May 2008 in the first reading of the codecision procedure. Besides considerable changes to the definitions of the respective offences and providing for new definitions of unlawful conduct, as well as several other definitions, it omitted provisions on criminal sanctions contained in the original proposal of the Commission.⁴⁰ The Council this time did not adopt its own initiative, but also adopted⁴¹ the Commission's proposal in October 2008. In the time of writing, the final publication in the Official Journal is expected. Thus, a very complicated and lengthy legislative process is expected to be finished shortly, with the approved directive coming into force in 2010.

The directive has set an important precedent. Although its application will be limited to the cases of infringement of selected instruments of Community law and respective provisions of laws of Member states, the intergovernmental nature of the selected matters falling clearly under the scope of the Third pillar has been changed to the supranational one. And this is a very important development in the integration process, achieved even before final resolution on fate of the Lisbon Treaty. As some have already put it,⁴² it is not unimaginable that other provisions of criminal law will be supranationalized this way. Before examining of one of such examples in the next chapter, we briefly discuss the position of the Czech republic on the Proposal.

3.5 CZECH REPUBLIC AND THE SECOND PROPOSAL

The positions on the second Commission proposal in the Czech Republic can be simply characterized as divided. Some Czech Members of the European Parliament supported its adoption as necessary⁴³, while others disputed factual europeanisation of criminal law.⁴⁴ Czech Senate adopted a careful negative stance, arguing that approximation of criminal laws shall be conducted only under provisions for intergovernmental cooperation in reasoned cases. However, under its view, the Commission did not provide for enough substantial

³⁹ These circumstances are defined in Art. 5 and 7 of the Proposal as a particularly serious result of an offence, such as death or serious injury to a person, substantial damage to the environment as well as the commission of the offence in the framework of a criminal organization.

⁴⁰ European Parliament legislative resolution of 21 May 2008 on the proposal for a directive of the European Parliament and of the Council on the protection of the environment through criminal law (COM(2007)0051 final). Available [online] <http://www.europarl.europa.eu/oeil/file.jsp?id=5445232>, cit. 7. 11. 2008.

⁴¹ See Communiqué de Presse, 2899^eme session du Conseil Justice et affaires intérieures, Luxembourg, le 24 octobre 2008. Available [online] <http://europa.eu/rapid/pressReleasesAction.do?reference=PRES/08/299&format=HTML&aged=0&lg=en&guiLanguage=en>, cit. 7. 11. 2008.

⁴² See eg. European Parliament: EU criminal law to protect environment. Available [online] http://www.europarl.europa.eu/news/expert/infopress_page/064-29450-140-05-21-911-20080520IPR29449-19-05-2008-2008-false/default_cs.htm, cit. 7. 11. 2008.

⁴³ See Zuzana Roithová: Trestněprávní ochrana životního prostředí. Available [online] <http://www.kdu.cz/default.asp?page=311&idr=135&IDCl=23653>, cit. 7.11. 2008; Jana Hybášková vítá kroky k trestněprávní odpovědnosti právnických osob. Available [online] <http://www.hybaskova.cz/hlavni/Jana-Hybaskova-vita-kroky-k-trestnepravni-odpovednosti-pravnickych-osob1%7E.html>, cit. 7. 11. 2008.

⁴⁴ See Europoslanecký klub ODS: Odmítáme europeizaci trestního práva a poplatnou módní „zelenou“ ideologii. Available [online] <http://zpravy.ods.cz/prispevek.php?ID=6716>, cit. 7. 11. 2008.

evidence that such a harmonization is really needed in the proposed field. And, what is of our particular interest, it called for re-opening of the discussion of criminal protection of intellectual property rights.⁴⁵

Nevertheless, no substantial complications are expected in the Czech Republic during the implementation of the proposal, since relevant provisions are already reflected in the Act on Ecologic Damage, No. 167/2008 Coll.⁴⁶

4. OTHER POSSIBLE AREAS OF SUPRANATIONALIZATION. PROPOSAL ON CROSS-BOARDER ENFORCEMENT OF TRAFFIC OFFENCES

As was already mentioned above, the Directive on protection of the environment through criminal law has set an important precedent and further action is to be expected, also with the view of adoption of the Lisbon Treaty. There are several possible areas where such an action could be undertaken, with the protection of environment, intellectual property rights and transport being at the top of the imagine list.

4.1 PROPOSAL ON CROSS-BOARDER ENFORCEMENT OF TRAFFIC OFFENCES

The attention here is to be paid to a proposal in the field of transport – A Proposal for a Directive of the European Parliament and of the Council facilitating cross-border enforcement in the field of road safety (COM(2008)151 final, hereinafter „the Proposal“).⁴⁷ Although this proposal does not fall within the remit of criminal law and contains merely provisions of penal administrative law, it can consequently lead to the harmonization of criminal law provisions. If we perceive this proposal from a procedural point of view, it deals with cooperation of police and justice authorities of Member States which cannot be labeled as a civil one, and thus could be subsumed within the remit of the Third pillar of the EU.⁴⁸ These are the reasons why it is analyzed in more detail.

⁴⁵ See Doporučení k vyjádření Senátu PČR k návrhu směrnice Evropského parlamentu a Rady o trestněprávní ochraně životního prostředí. Available [online] <http://www.senat.cz/xqw/xervlet/pssenat/original/40855/34526>, cit. 7. 11. 2008.

⁴⁶ Zákon č. 167/2008 Sb ze dne 22. dubna 2008 o předcházení ekologické újmy a o její nápravě a o změně některých zákonů.

⁴⁷ Proposal for a Directive of the European Parliament and of the Council facilitating cross-border enforcement in the field of road safety (COM(2008)151 final). Available [online] http://eur-lex.europa.eu/Result.do?T1=V5&T2=2008&T3=151&RechType=RECH_naturel&Submit=Search, cit. 7. 11. 2008.

⁴⁸ Nevertheless, from a substantial point of view, which has been adopted by the Commission, the proposal lays down the regulation of international transport and thus falls within the remit of the Community pillar. Still, as it is shown below, this proposal may have in future indirect impact on criminal law.

The Proposal is to help in reducing number of deaths and serious injuries by half till 2010⁴⁹ and also aims to put an end of a kind of positive discrimination of foreign drivers who are often not sanctioned if they commit a traffic offence in a Member State different from that one of their residence. It is not the first initiative on the European level. Besides number of bilateral agreements, there is a Commission Recommendation on enforcement in the field of road safety (2004/345/EC),⁵⁰ focused, however, primarily on best enforcement practices. Also, the Third pillar Council Framework Decision 2005/214/JHA⁵¹ on the application of mutual recognition to penalties exists in this policy field. Nevertheless, it starts to apply only when the offender was obliged to pay a fine and has not done so.

As we can see, and as it was already mentioned above, procedurally we are dealing with the Third pillar policy, with some existing legislation. After seeing a clash between the Commission and the Council on the Proposal on Directive on protection of the environment through criminal law, one would expect a similar spectacular battle of institutions and integration paradigms here.

However, this is not the case. The Commission has chosen a pragmatic stance, basing its Proposal upon Art. 71(1)c TEC stipulating that the Council shall under codecision procedure lay down measures to improve transport safety. Also, the Commission clearly manifested that the Proposal „does not interfere with the application of Council Framework Decision 2005/214/JHA on the application of the principle of mutual recognition to financial penalties (third pillar). The proposed directive applies to the phases before a final sanction has been imposed, whereas the framework decision starts to apply when the offender has not paid the fine and a final decision has been taken obliging him to do so.“⁵²

The Proposal itself introduces technical mechanisms and legal instruments for cross-boarder enforcement of selected traffic offences. It applies to the four offences enumerated in the Art. 1 of it: Speeding, Drink-driving, Non-use of a seat-belt and Failing to stop at a red traffic light. The substance of it forms the procedure of exchange of information between Member States, starting when an offence has been committed in a Member State other than the state of

⁴⁹ This aim was set by the White paper European transport policy for 2010: time to decide. Available [online] http://ec.europa.eu/transport/white_paper/index_en.htm, cit. 7. 11. 2008. It accompanies other proposals of the Commission – on the equipment of motor vehicles with safety systems (See Proposal for a Regulation of the European Parliament and of the Council concerning type-approval requirements for the general safety of motor vehicles (COM(2008)316 final). Available [online] http://eur-lex.europa.eu/Result.do?T1=V5&T2=2008&T3=316&RechType=RECH_naturel&Submit=Search, cit. 7. 11. 2008), improvement of safety of pedestrians and other vulnerable road users (Proposal for a Regulation of the European Parliament and of the Council on the protection of pedestrians and other vulnerable road users (COM(2007)560 final). Available [online] http://eur-lex.europa.eu/Result.do?T1=V5&T2=2007&T3=560&RechType=RECH_naturel&Submit=Search, cit. 7. 11. 2008), as well as road safety management (Proposal for a Directive of the European Parliament and of the Council on road infrastructure safety management (COM(2006)569 final) Available [online] http://eur-lex.europa.eu/Result.do?T1=V5&T2=2006&T3=569&RechType=RECH_naturel&Submit=Search, cit. 7. 11. 2008).

⁵⁰ OJ L 111 of 17 April 2004, p. 75-82.

⁵¹ OJ L 76 of 22 March 2005, p. 16-30.

⁵² Proposal for a Directive of the European Parliament and of the Council facilitating cross-border enforcement in the field of road safety (COM(2008)151 final). Available [online] http://eur-lex.europa.eu/Result.do?T1=V5&T2=2008&T3=151&RechType=RECH_naturel&Submit=Search, cit. 7. 11. 2008, p. 3.

registration of the vehicle. The Member state of offence sends identification number and other relevant information to the Member State of registration via electronic network. The latter will then provide the former with identification of offender. Then the State of offence sends to the offender offence notification in the standardized form, together with imposed sanction, which can be only in a pecuniary form.⁵³ As a last resort, in the case of non-payment of fine, the Council Framework Decision 2005/214/JHA will apply.

The European Parliament approved⁵⁴ the proposal in the responsible committee in September 2008, with some amendments concerning further specification of procedure in the case of non-payment of fine,⁵⁵ enforcement of protection of personal data, information of drivers when crossing borders and establishment of EU-wide procedures for traffic controls. Also, the Parliament called for revision after two years of application and possible extension of the scope of the directive on driving under influence of drugs, use of mobile phone when driving uninsured driving and driving without license.⁵⁶ Both the Parliament and the Council are expected to formally approve the Proposal in December 2008, with its coming into the force within 12 months.

As we can see, also this Proposal, although not dealing precisely with the matters of criminal law, at least procedurally affects the remit of the Third pillar of the EU and constitutes thus another vivid example of creeping supranationalization of it. On the contrary to the Directive on protection of the environment through criminal law, the legislative process of this proposal is by the time of writing rather swift, without any major institutional battles.

4.2 POSITION OF THE CZECH REPUBLIC ON THE PROPOSAL

The proposal has been, to the time of writing, examined by the Senate. The Committee on European Affairs asked the Committee on economy, agriculture and transport for its opinion, which was delivered in July 2008. The latter committee took a negative view on the proposal, stating that although it supports the adoption of effective and inevitable measures at the European level, it does not perceive the Proposal as such measures. It asked the Commission to further elaborate its argumentation and for the deeper assessment of economic impacts of the Proposal.⁵⁷

The Senate, nevertheless, in its resolution no. 498 of October 2008 held that it supports initiatives for better cross-boarder enforcement and recommended to restrict its scope to the offences detected and recorded at the place of commission, without having been solved by a

⁵³ That means, no administrative measures, such as withdrawal of driving licence, can be taken.

⁵⁴ See Report on the proposal for a directive of the European Parliament and of the Council facilitating cross-border enforcement in the field of road safety (COM(2008)151 final). Available [online] <http://www.europarl.europa.eu/sides/getDoc.do?type=REPORT&mode=XML&reference=A6-2008-0371&language=EN>, cit. 7. 11. 2008.

⁵⁵ In this case, the non-compliance will be communicated to the Member State of offender's residence, which also takes up the responsibility for enforcement.

⁵⁶ It should be noted that driving without license is in the Czech Republic criminalized in the para. 180d of the Criminal Code. See Zákon č. 140/61 Sb., Trestní zákon.

⁵⁷ 289. Rozhodnutí výboru pro hospodářství, zemědělství a dopravu. Available [online] http://www.senat.cz/organy/index.php?lng=cz&ke_dni=09.07.2008&par_2=185, cit. 7. 11. 2008.

control organ. It also highlighted the importance of dissemination of information among drivers when crossing the borders.⁵⁸

The latter Senate resolution may seem surprisingly pro-integrational, compared to the other analyzed resolutions; however, it is in the line with official position of the Czech Republic, stated in its sectoral priorities for the Presidency in 2009, where an effort leading to the final adoption of the Proposal is stipulated.⁵⁹

5. CONCLUSIONS

As we have seen, both proposals examined in this article affect the Third pillar of the EU. Also, both proposals are being adopted by the codecision procedure, in the form of directive. This can be perceived as a clear sign of supranationalization of policy matters falling within the Third pillar remit.

Nevertheless, this supranationalization was not unnoticed at the European level in the case of the Proposal for a Directive on the protection of the environment through criminal law, with some fierce institutional clashes, with legislative process lasting several years. However, the supranational method of integration finally prevailed.

The Proposal for a Directive facilitating cross-boarder enforcement in the field of road safety is also to be perceived as a sign of prevalence of supranational method of integration. However, from a procedural point of view, its adoption is a rather different story. The legislative process in this case saw by the time of writing almost no major institutional clashes and can be labeled a very swift one, possibly lasting less than one year.

The Czech Republic adopted quite a careful stance to both proposals. In both cases, the Senate clearly stipulated its preference for retaining intergovernmental method of integration for the Third pillar matters. Nevertheless, a symptomatic shift of position can be observed in the case of the latter proposal, outspoken by the Czech delegation on the Council meeting, which can be paraphrased as „we do not support this method of integration, but we consider aim to be justified and since the majority supports it, we will complicate its adoption“.

To conclude, what does the adoption of both proposals mean for the integration process? Since both proposals can be perceived as precedents, further supranationalization of the Third pillar is to be expected, irrespectively of the fact whether the Lisbon Treaty will be adopted or not.⁶⁰

Literature:

Primary sources – legislation (EU)

- Commission Recommendation on enforcement in the field of road safety (2004/345/EC).
OJ L 111 of 17 April 2004, p. 75-82

⁵⁸ 498. Rozhodnutí Senátu. Available [online] <http://www.senat.cz/xqw/xervlet/pssenat/original/48524/41185>, cit. 7. 11. 2008.

⁵⁹ Sektorové priority předsednictví ČR v Radě Evropské unie 2009. Available [online] <http://www.mzv.cz/servis/soubor.asp?id=34651>, cit. 7. 11. 2008.

⁶⁰ And even if it is adopted, these developments will not loose their significance, because they can be at least seen as mean of smooth transition to the new structure of the EU and evidence of its viability.

- Communication from the Commission to the European Parliament and the Council on the implications of the Court's judgement of 13 September 2005 (Case C-176/03 Commission v Council) (COM(2005)583 final/2). Available [online] http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/site/en/com/2005/com2005_0583en01.pdf, cit. 7. 11. 2008
- Consolidated version of Treaty on European Union. OJ C 321 E of 29 December 2006, p. 1.
- Convention on the Protection of the Environment through Criminal Law. Available [online] <http://conventions.coe.int/Treaty/en/Treaties/Html/172.htm>, cit. 7. 11. 2008
- Council Framework Decision 2005/214/JHA on the application of the principle of mutual recognition to financial penalties. OJ L 76 of 22 March 2005, p. 16-30
- European Parliament legislative resolution of 21 May 2008 on the proposal for a directive of the European Parliament and of the Council on the protection of the environment through criminal law (COM(2007)51 final). Available [online] <http://www.europarl.europa.eu/sides/getDoc.do?type=TA&language=EN&reference=P6-TA-2008-0215>, cit. 7. 11. 2008
- Framework Decision 2003/80/JHA on the protection of the environment through criminal law. OJ L 29 of 5 February 2003, p. 55-58
- Framework Decision of the Council 2005/667/JHA to strengthen the criminal-law framework for the enforcement of the law against ship-source pollution. OJ L 255 of 30 September 2005, p. 164-167
- Lisbon Treaty. OJ C 306 of 17 December 2007, p. 1
- Proposal for a Directive of the European Parliament and of the Council on the Protection of the Environment through Criminal Law (COM(2001)139 final). Available [online] http://eurlex.europa.eu/Result.do?T1=V5&T2=2001&T3=139&RechType=RECH_naturel&Submit=Search, cit. 7. 11. 2008
- Proposal for a Directive of the European Parliament and of the Council on road infrastructure safety management (COM(2006)569 final) Available [online] http://eur-lex.europa.eu/Result.do?T1=V5&T2=2006&T3=569&RechType=RECH_naturel&Submit=Search, cit. 7. 11. 2008
- Proposal for a Directive of the European Parliament and of the Council on the protection of the environment through criminal law (COM(2007)51 final). Available [online] <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=CELEX:52007PC0051:EN:HTML>, cit. 7. 11. 2008
- Proposal for a Regulation of the European Parliament and of the Council on the protection of pedestrians and other vulnerable road users (COM(2007)560 final). Available [online]

<http://eur-lex.europa.eu/Result.do?>

T1=V5&T2=2007&T3=560&RechType=RECH_naturel&Submit=Search, cit. 7. 11. 2008

- Proposal for a Directive of the European Parliament and of the Council facilitating cross-border enforcement in the field of road safety (COM(2008)151 final). Available [online] http://eurlex.europa.eu/Result.do?T1=V5&T2=2008&T3=151&RechType=RECH_naturel&Submit=Search, cit. 7. 11. 2008
- Proposal for a Regulation of the European Parliament and of the Council concerning type-approval requirements for the general safety of motor vehicles (COM(2008)316 final). Available [online] http://eur-lex.europa.eu/Result.do?T1=V5&T2=2008&T3=316&RechType=RECH_naturel&Submit=Search, cit. 7. 11. 2008
- Regulation 2006/1013/EC of the European Parliament and of the Council on shipments of waste. OJ L 190 of 12 July 2006, p. 1-98
- Report on the proposal for a Directive of the European Parliament and of the Council on the Protection of the Environment through Criminal Law (COM(2001)139 final). Available [online] <http://www.europarl.europa.eu/sides/getDoc.do?type=REPORT&mode=XML&reference=A5-2002-0099&language=EN>, cit. 7. 11. 2008.
- Report on the proposal for a directive of the European Parliament and of the Council facilitating cross-border enforcement in the field of road safety (COM(2008)151 final). Available [online] <http://www.europarl.europa.eu/sides/getDoc.do?type=REPORT&mode=XML&reference=A6-2008-0371&language=EN>, cit. 7. 11.
- Tampere European Council 15 and 16 October 1999. Presidency conclusions. Available [online] http://www.europarl.europa.eu/summits/tam_en.htm, cit. 7. 11. 2008
- Treaty of Amsterdam. OJ C 191 of 29 July 1992, p. 1
- Treaty of Nice. OJ C 80 of 10 March 2001, p. 1
- Treaty on European Union. OJ C 191 of 29 July 1992, p. 1
- White paper European transport policy for 2010: time to decide. Available [online] http://ec.europa.eu/transport/white_paper/index_en.htm, cit. 7. 11. 2008

Primary sources – Cases of the Court of Justice

- Case C-213/96 Outokumpu oy
- Case C-176-03 Commission of the European Communities v. Council of the European Union

- Case C-440/05 Commission of the European Communities v. Council of the European Union

Primary sources – legislation (Czech Republic)

- 289. Rozhodnutí výboru pro hospodářství, zemědělství a dopravu. Available [online] http://www.senat.cz/organy/index.php?lng=cz&ke_dni=09.07.2008&par_2=185, cit. 7. 11. 2008
- 498. Rozhodnutí Senátu. Available [online] <http://www.senat.cz/xqw/xervlet/pssenat/original/48524/41185>, cit. 7. 11. 2008.
- Sektorové priority předsednictví ČR v Radě Evropské unie 2009. Available [online] <http://www.mzv.cz/servis/soubor.asp?id=34651>, cit. 7. 11. 2008
- Doporučení k vyjádření Senátu PČR k návrhu směrnice Evropského parlamentu a Rady o trestněprávní ochraně životního prostředí. Available [online] <http://www.senat.cz/xqw/xervlet/pssenat/original/40855/34526>, cit. 7. 11. 2008
- Zákon č. 140/61 Sb., Trestní zákon
Zákon č. 167/2008 Sb ze dne 22. dubna 2008 o předcházení ekologické újmy a o její nápravě a o změně některých zákonů.

Primary sources – other

- Communiqué de Presse, 2899ème session du Conseil Justice et affaires intérieures, Luxembourg, le 24 octobre 2008. Available [online] <http://europa.eu/rapid/pressReleasesAction.do?reference=PRES/08/299&format=HTML&aged=0&lg=en&guiLanguage=en>, cit. 7. 11. 2008
- European Commission: Environmental crime. Available [online] <http://ec.europa.eu/environment/crime/index.htm#studies>, cit. 7. 11. 2008
- European Parliament: EU criminal law to protect environment. Available [online] http://www.europarl.europa.eu/news/expert/infopress_page/064-29450-140-05-21-911-20080520IPR29449-19-05-2008-2008-false/default_cs.htm, cit. 7. 11. 2008
- Europoslanecký klub ODS: Odmítáme europeizaci trestního práva a poplatnou módní „zelenou“ ideologii. Available [online] <http://zpravy.ods.cz/prispevek.php?ID=6716>, cit. 7. 11. 2008
- Zuzana Roithová: Trestněprávní ochrana životního prostředí. Available [online] <http://www.kdu.cz/default.asp?page=311&idr=135&IDCI=23653>, cit. 7. 11. 2008

- Jana Hybášková vítá kroky k trestněprávní odpovědnosti právnických osob. Available [online] <http://www.hybaskova.cz/hlavni/Jana-Hybaskova-vita-kroky-k-trestnepravni-odpovednosti-pravnickych-osob1%7E.html>, cit. 7. 11. 2008

Secondary sources

- Blahušiak, I.: Changes in the Decision-making Procedures of the EU in the Reform Treaty. In Days of public law : sborník abstraktů příspěvků z mezinárodní konference. 1. vyd. Brno: Masarykova univerzita, 2007. s. 900-912. ISBN 9788021044302
- Hinarejos, A.: On the Legal Effects of Framework Decisions and Decisions: Directly Applicable, Directly Effective, Self-executing, Supreme? European Law Journal, 2008, Vol. 14. No. 5, pp. 620-634. ISSN 0307-5400
- Jimeno-Bulnes, M.: European Judicial Cooperation in Criminal Matters. European Law Journal, 2003, Vol. 9, No. 5, pp. 614-630. ISSN 0307-5400
- Moravcsik, A., Nicolaidis, C.: Explaining the Treaty of Amsterdam: Interests, Influence, Institution, Journal of Common Market Studies, 1999, Vol. 37, Issue, 1, pp. 59-85, ISSN 1468-5965
- Švarc, M.: Communitarization of the EU Third Pillar Today and According to the Lisbon Treaty. In: Sborník příspěvků z konference Cofola 2008 konané na PrF MU 13.-14.5.2008. 1. vyd. Brno: 2008, ISBN 978-80-210-4630-6, p. 391

Kontaktní údaje na autora – email:

igor.blahusiak@mail.muni.cz

REGULATION ON SERVICE OF DOCUMENTS: TRANSLATIONS OF DOCUMENTS INSTITUTING PROCEEDINGS SERVED ABROAD

PETRA BOHŮNOVÁ

Právnická fakulta Masarykovy univerzity, Česká republika

Abstrakt v rodném jazyce

Cílem tohoto příspěvku je analyzovat kritéria pro posouzení, zda adresát v souladu s čl. 8 odst. 1 nařízení 1393/2007 o doručování oprávněně odmítl přijetí písemnosti, kterou se zahajuje řízení. Nejprve je vysvětlen význam doručování písemností a jejich překladů. Následuje analýza kritérií pro zjišťování jazykových znalostí adresáta uváděných v odborné literatuře a v novém rozhodnutí ESD Weiss. V závěru je rozhodnutí Weiss zhodnoceno.

Klíčová slova v rodném jazyce

Nařízení 1393/2007 o doručování 1393/2007, čl. 5 a čl. 8 odst. 1, odmítnutí přijmout písemnost, překlad písemnosti, kterou se zahajuje řízení, rozhodnutí ESD 14/07 Weiss.

Abstract

The focus of this paper is to analyze the criteria for ascertaining whether the addressee's refusal to accept a document to be served according to article 8 clause 1 of the regulation 1393/2007 on service of documents was justified. Firstly, the importance of service of documents and their translations is explained. Then, the criteria for the determination of language knowledge of the addressee that are discussed in the legal literature and in the new ECJ's judgement Weiss are analyzed. Finally, the judgement Weiss is evaluated.

Key words

Regulation 1393/2007 on service of documents, articles 5 and 8 clause 1, refusal to accept the document to be served, translation of the document instituting the proceeding, judgement ECJ 14/07 Weiss.

1. INTRODUCTION

One of the main problems of the judicial cooperation in the European Union is the multilingualism. Its 23 official languages implicate often expensive and time-consuming translations of judicial and extrajudicial documents. Especially in the case of judicial documents instituting proceedings, an incorrect, incomplete or entirely missing translation can cause serious problems to contractual parties: delays in proceedings or a loss of action to the plaintiff, restraint of the right of the defence to the defendant.

The European Civil Procedure, concretely the Regulation (EC) No 1393/2007 of the European Parliament and of the Council of 13 November 2007 on the service in the Member States of judicial and extrajudicial documents in civil or commercial matters (service of documents), and repealing Council Regulation (EC) No 1348/2000 (hereinafter referred to as the "regulation"), which shall be applied from 13 November 2008, approaches this problem pragmatically: The documents to be served do not have to be necessarily translated in an official language of the Member State addressed.¹ It can also be in any language which the

¹ Currently, in consequence of the four freedoms in the EU is an increasing number of judicial proceedings with a foreign element. Moreover, the languages used in the international commerce are especially English, French

addressee understands. Otherwise, it has to be accompanied by a translation into either of these languages (article 8 par. 1).²

This sender's advantage is compensated to the defendant by articles 5 and 8 of the regulation – if the document is not in one of the mentioned languages, the addressee can refuse to accept it. Although the article 8 clause 1 is of a great practical importance, its wording is too general and ambiguous and leads to a great legal uncertainty of both parties.³ Not even the new regulation on service of documents⁴ answered the most burning question: What are the criteria for ascertaining of the fact whether the addressee was really entitled to refuse to accept a document?

The focus of this paper is to analyze these criteria concerning the document instituting the proceedings⁵ (hereinafter referred to as “document”) in the light of the new decision of the European Court of Justice (hereinafter referred to as “ECJ”) *Weiss v. IHK Berlin*⁶.

2. QUESTIONS NOT RULED BY THE REGULATION ON SERVICE OF DOCUMENTS

Since the regulation 1348/2000 entered into force, the conditions for refusal to accept the document to be served have been discussed in the legal literature. It is necessary to answer particularly the following questions:

- What is the level of language skills of the addressee of the document to be served, so that he can exercise his right to refuse to accept it? Which circumstances are decisive?
- What is the standard for translation of such a document?

Considering these problems, it has to be taken into account that the addressee can be a big subject operating in international commerce as well as a private subject (e. g. a person who was injured during his holiday abroad).⁷

and Spanish. Hence, insisting on translations of documents in official languages of member states addressed would be a big obstruction for the European judicial cooperation. Schlosser, P. Jurisdiction and international judicial and administrative co-operation. *Recueil des Cours. Collected Courses of the Hague Academy of International Law 2000. Tome 284 de la collection. The Hague: Martinus Nijhoff Publishers, 2001, p. 103 – 104.*

² Sujecki, B. Das Annahmeverweigerungsrecht im Europäischen Zustellungsrecht. *EuZW*, 2007, No. 12, p. 363.

³ Stadler, A. Neues europäisches Zustellungsrecht. *IPRax*, 2001, No. 6, p. 517 – 519.

⁴ See, e.g. Sujecki, B. Die reformierte Zustellungsverordnung. *NJW*, 2008, No. 23, p. 1628 – 1631.

⁵ It is a document(s) which must be duly served on the defendant in due time in order to enable him to assert his rights before an enforceable judgment is given in the state of origin (judgement ECJ *C-474/93 Hengst Import v. Campese*, point 19). The Problems with translations are also related to the standard forms used in other regulations (Regulation (EC) No 805/2004 of the European Parliament and of the Council of 21 April 2004 creating a European Enforcement Order for uncontested claims, regulation (EC) No 1896/2006 of the European Parliament and of the Council of 12 December 2006 creating a European order for payment procedure and regulation (EC) No 861/2007 of the European Parliament and of the Council of 11 July 2007 establishing a European Small Claims Procedure). Although they are to be filled in mostly by ticking of the relevant information which can be then easily compared with forms in other languages, some pieces of information are to be given in whole sentences so that they have to be translated. The mentioned regulations also do not regulate translations of information given to the defendant.

⁶ Judgement ECJ *C-14/07 Weiss und Partner GbR v. IHK Berlin*.

2.1 CRITERIONS FOR THE ASCERTAINING OF ADDRESSEE'S LANGUAGE SKILLS

For the determination of the conditions for a justified refusal of the document to be served, the aims of the regulation - effectiveness and speed in transition of documents and cost reduction - are decisive (point 2, 6 a 7 of the preamble). This corresponds with the requirement that the possibility of refusing service of documents should be confined to exceptional situations (point 10 of the preamble). Furthermore, it is necessary to differentiate whether the addressee is a natural or a legal person. The addressee's language skills should be verified impartially by an independent body, such as a court.

a) Natural persons

How to prove addressee's language skills in the practice? Should an addressee be examined by court? This would not be practically possible and even if it was, the judicial proceedings would not be faster. Beside that, it would not be sure whether the service of the document was effective until the addressee's language skills level is proved. In-between, e. g. the time could elapse. It has also to be taken into consideration that even a high level of language skills does not necessarily mean that the addressee understands complicated legal texts.

For that reason, it has to be decided according to objective criterions, such as the addressee's nationality⁸, his professional qualification, the current extrajudicial correspondence between the parties or memoranda of commercial dealings⁹ or addressee's domicile.

b) Legal persons

Concerning the legal persons, beyond the criterions for the verification of the language skills level has to be determined which organ of a legal person has to prove it. A board of directors? Agents of a ltd.? Only one of them or all of them?

Big companies usually have a legal section; the smaller ones are usually represented by an agent before the court. These are the persons who should understand the language of a document to be served and who should decide whether to accept or to refuse it. If this was required from all members of an organ of a company, the service of documents without translation would not be practically possible.¹⁰

Hence, for the decision whether the addressee can understand the document to be served, again just objective criterions have to be applied, such as the statutory seat of a company or its

⁷ Stadler, A., para 3, p. 518.

⁸ The nationality does not necessarily mean that a person has a very good knowledge of the official language of the state. E.g. the children of Turkish parents in Germany, who were born and grew up in Germany, cannot be automatically supposed to speak Turkish. Ibid, note 48. Therefore, it would be better to decide e.g. according to addressee's domicile.

⁹ Ibid., p. 518.

¹⁰ Ibid. Accordingly Sujecki, B., para 2, p. 364 – 365.

branch,¹¹ the current extrajudicial correspondence between the parties and memoranda of commercial dealings.¹²

2.2 STANDARD FOR THE TRANSLATION OF THE DOCUMENT TO BE SERVED

A further important factor for the decision if the refusal to accept the document is rightful, is the standard of its translation. Is it sufficient if it is clear from the text what it is about and how the addressee shall respond? Or does it have to be a professional translation? Or even a translation without any mistakes?

It is to be emphasized that the mistakes in translation of the document¹³ are for the plaintiff much worse than a completely missing translation. The confusion of one term can completely change the content of a document (e. g. a confusion of two legal institute with the same aim whereas on the base of one of them, a judgement can be issued and on the base of the second not).¹⁴ Such mistakes result in inefficiency of the service of the document, even though it was translated by an official translator. Since the defendant does not have a duty or right to refuse to accept that document. If it is later proved that the document had not been served efficiently and therefore, the judicial decision can not be enforced, the plaintiff is only entitled to damages towards the translator.

On the contrary, the inefficiency of the service can not be caused by every mistake. Crucial is the fact, whether a reasonable man can understand the translation. It has to be clear what is the relief sought, the cause of action and how he should respond. This condition is fulfilled also when instead of a usual phrases different words are used.¹⁵

3. JUDGEMENT WEISS

The ECJ expressed his opinion to the discussed problems in his last judgement concerning the service of documents in the EU - Weiss v. IHK Berlin.

3.1 ISSUE OF FACT

The reference has been made in the context of proceedings between the Chamber of Industry and Commerce Berlin („IHK Berlin“) and the firm of architects Nicholas Grimshaw & Partners („Grimshaw“), a company governed by English law, concerning an action for damages for defective design of a building, the latter company joining

¹¹ The disadvantage of this solution is that the plaintiff cannot take the advantage of the incidental language knowledge of the addressee. Sujecki, B., para 2, p. 365.

¹² Stadler, A., para 3, p. 518, note 49.

¹³ The mistakes in translation are caused especially by an insufficient qualification of a translator. There are no rules for it in the regulation. By contrast, there are usually no problems with translations of legal terms in foreign languages that do not have any equivalent in the language they are translated in. Schütze, R. A. Übersetzungen im europäischen und internationalen Zivilprozessrecht – Probleme der Zustellung. RIW, 2006, No 5, p. 353.

¹⁴ E.g. the confusion of the French „demande en garantie“ and German „Streitverkündung“.

¹⁵ E.g. the use of the older spelling rules cannot cause the ineffectiveness of the translation. Geimer, R., Schütze, R. A. Europäisches Zivilverfahrensrecht. Kommentar. 2. Aufl. München: C. H. Beck, 2004, p. 873. With the standard of translation of the document to be served abroad dealt also OLG Nürnberg in the judgement 4 VA 72/05 from 15. 2. 2005. See Krapfl, C., Wilske, S. Zur Qualität von Übersetzungen bei Zustellung ausländischer gerichtlicher Schriftstücke. IPRax, 2006, No. 1, p. 10 - 13.

Ingenieurbüro Michael Weiss und Partner GbR ('Weiss'), established in Aachen, to the proceedings.

The architect's contract stipulated that the services, correspondence between the parties and the authorities and public institutions should be in German, the contract was governed by the German law and the German courts had the jurisdiction.

The application of IHK Berlin referred to the various items of evidence to support its submissions. These file consisting of approximately 150 pages was annexed to the application.¹⁶ The content of those documents were partially reproduced in the application. After Grimshaw had initially refused to accept the application in German on the ground that there had been no English translation, an English translation of the application and the annexes in German were delivered to it. None of the organs, which represented Grimshaw, could speak German. Therefore, Grimshaw refused to accept the application, submitted that it was not properly served and raised the objection that the application was time-barred. The Landgericht Berlin held the second service for effective. Grimshaw's appeal against that decision was dismissed. Weiss lodged an appeal against the judgment before the Bundesgerichtshof which referred the following questions to the ECJ for a preliminary ruling:

- 1) Does the addressee have the right to refuse to accept the document to be served where only its annexes are not in one of the languages stipulated in article 8 par. 1?
- 2) Is the addressee deemed to „understand” the language of a Member State of transmission when, in the course of his business, he agreed in a contract with the applicant that correspondence was to be conducted in that language?
- 3) If not, under which conditions can be refused the acceptance of annexes to a document which are in the agreed language?

3.2 JUDGEMENT OF THE ECJ

First of all, it is to be noted that judgement concerns only documents instituting proceedings.¹⁷

To answer the referred questions, the interpretation of the term „document to be served“, where the document is a document instituting proceedings, is crucial. On this interpretation depends whether the document can or must include annexes consisting of documentary evidence.¹⁸ The provision must be given an autonomous interpretation so that it may be applied in a uniform manner.¹⁹

The base for the ECJ's interpretation is the guarantee of the fundamental right of the defence which derives from the right to a fair hearing guaranteed by Article 6 of the European Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms. This forms a part

¹⁶ The architect's contract concluded between the parties, an addendum thereof, an extract of the contractual specifications, a large number of documents or extracts such as technical reports or statements of account, as well as several letters, including some from Grimshaw etc.

¹⁷ The regulation applies to various judicial or extrajudicial documents to be served which can be very different in nature (a judicial decision, an enforcement measure etc.). Judgement Weiss, point 41.

¹⁸ Judgement ECJ Weiss, point 59.

¹⁹ Judgement ECJ C-433/03 *Götz Leffler v. Berlin Chemie AG*, points 45 a 46.

of the general principles of law whose observance the ECJ Court ensures. In this respect, the ECJ refers to the interpretation of article 34 par. 2 of the Council regulation (EC) No 44/2001 of 22 December 2000 on jurisdiction and the recognition and enforcement of judgments in civil and commercial matters (regulation Brussels I) in its judgement ASML²⁰. Article 34 par. 2 of the regulation Brussels I does not – by comparison to the article 27 par. 2 of the Brussels Convention on Jurisdiction and the Enforcement of Judgments in Civil and Commercial Matters – require the document instituting the proceedings to be duly served. It places the emphasis on effective observance of the rights of the defence. This is the case when the defendant is aware of the pending legal action and the cause of action and has had enough time to arrange for his defence or to commence proceedings to challenge a judgment entered against him.

The regulation Brussels I is systematically related to the regulation on service of documents. The objectives of effectiveness and speed in the transmission of procedural documents have to be reconciled with that of the protection of the rights of the defence.²¹ The term „document to be served“ where such a document is a document instituting the proceedings, must be in this case interpreted by analogy. Again, the defendant has to be served the document in due time in order to enable him to assert his rights in legal proceedings in the State of transmission. He has to be able to identify with a degree of certainty at least the subject-matter of the claim, the cause of action, the summons to appear before the court or a possible appeal. Documents which have a purely evidential function and are not necessary for the purpose of understanding the fundamental information do not form an integral part of the document instituting the proceedings.²² That means that the addressee cannot refuse to accept such documents with a solely evidential function because they are not translated in the languages stipulated in article 8 par. 1.²³ It is for the national court to determine whether the content of the document instituting the proceedings enables the defendant to assert his rights in the Member State of transmission. If it is inadequate, the court must resolve that problem in accordance with its national procedural law.²⁴

In the second and third question, the Bundesgerichtshof in principal asked whether the language agreed on by the parties belongs to the objective criteria, according which the language skills of the addressee are proved.²⁵ ESD stated that the court must examine all the relevant evidence on the defendant's language skills submitted by the applicant. The decision cannot be left only to the addressee because the effectiveness of the service would depend

²⁰ Judgement ECJ *C-283/05 ASML Netherlands BV v. SEMIS*, points 20 a 21.

²¹ Judgement ECJ Weiss, point 49.

²² Judgement ECJ Weiss, point 73.

²³ To support its position, the ECJ mentions also the Hague Convention of 15 November 1965 on the Service Abroad of Judicial and Extrajudicial Documents in Civil or Commercial Matters and the Convention on the service in the Member States of the European Union of judicial and extrajudicial documents in civil or commercial matters which were the basis for the regulation on service of documents. Neither of them considered it to be a necessary that the applicant provides a translation of the document instituting the proceedings. These questions were governed by national procedural laws. On the contrary, the ECJ does not mention the article 6 of the regulation establishing a European Small Claims Procedure. It stipulates that the document instituting the procedure has only to describe the base of the subject matter. Hess, B. Übersetzungserfordernisse im europäischen Zivilverfahrensrecht. IPRax, 2008, No. 5, p. 400.

²⁴ Judgement ECJ Weiss, points 75 and 76.

²⁵ Sujecki, B., para 2, p. 365.

only on his will to accept the document.²⁶ By contrast, the sole signature of a clause which provides that a particular language is to be used for correspondence and performance of the contract cannot give rise to a presumption of knowledge of the agreed language. It is to be stressed that the degree of language knowledge required for correspondence is not the same as that needed to defend an action.²⁷ Consequently, all circumstances have to be taken into account.

The signature of such a clause must be regarded only as an indirect evidence of knowledge of the language of the document served. Greater weight will attach to it where the clause refers not only to correspondence between the parties but also to correspondence with the authorities and public institutions. It may be supported by other circumstantial evidence, such as that the correspondence was actually conducted by the addressee of the document in the language of the document served, the jurisdiction of the courts of the Member State addressed was stipulated in the contract or that the contract was subject to the law of that Member State.²⁸

4. REVIEW OF THE JUDGEMENT WEISS

In summary, according to the judgement Weiss, for the refusal of the acceptance of the document is substantial the translation of the cause of action, i. e. of the all matters of fact, from which the plaintiff derives the requested legal effects. On the other hand, the evidence supporting those claims does not have to be translated because it is not necessary for the understanding of the cause of action. Nevertheless, the content and not their description as evidence are decisive.²⁹

The language skills of the addressee are to be examined by the court, the burden of proof is on the plaintiff. The agreement upon the language for correspondence between the parties is only an indirect evidence of addressee's knowledge. But it can be supported by other circumstantial evidence, such as a long-term activity of the addressee (or of his employee³⁰) in the state where that language is spoken etc.

The interpretation of the ECJ enables a careful differentiation between the specific circumstances, which ensures the maintenance of the procedural rights of both parties. In the cases like the analysed one, the plaintiff is logically in good faith that the defendant understands the language agreed upon. A contrary decision of the ECJ would enable the defendant to delay or even to hinder the procedure.³¹

In other words, through their private agreement, the parties actually agree on not exercising of their right to refuse the acceptance of the document instituting proceedings according to the

²⁶ Judgement ECJ Weiss, point 84.

²⁷ Ibid., points 83 a 85.

²⁸ Ibid., point 86.

²⁹ Ahrens, M. Neues zur Annahmeverweigerungsrecht im europäischen Zustellungsrecht. NJW, 2008, No 39, p. 819.

³⁰ It can also happen that the plaintiff had an employee who could spoke the language agreed on but who has not worked for him at the time of service of the document any more. In my opinion, if the current correspondence was in the language agreed upon and the plaintiff was in good faith that the addressee understands that language, the addressee can not exercise his right to refuse the acceptance of the document justly. Contrary opinion Ahrens, M., para 29, p. 819; Hess, B., para 23, p. 403.

³¹ Sujecki, B., para 2, p. 365 – 366.

article 8 par. 1. This is not the case if the language was concluded in a consumer agreement where the weaker party could have been pushed to sign that agreement.³²

For the determination whether annexes to the claim have to be translated, the uniform European law is applicable. Conversely, whether the annexes have to be served together with the claim has to be decided in compliance with national procedural laws. The judgement of the ECJ ensures both the autonomy of national rules for service of documents as well as the minimal standards for the translation of documents served among the member states of the EU.³³ The clarifying of these rules contributed a lot to the legal certainty of the plaintiff.³⁴

On the base of rules stipulated by the ECJ, the growth of importance of English being a common language in the international commerce is to be awaited. This is because the amended article 8 par. 1 only stipulates that the document or its translation has to be in a language the addressee understands. It does not have to be a language of the transmitting state any more.³⁵

5. CONCLUSION

In the decision Weiss, the ECJ in principal confirmed and extended the criterions for the examination of addressee's language knowledge that have been developed in the legal literature.

In the judgement Weiss as well as in the judgements Leffler³⁶ and ASML³⁷ the ECJ departs from rigidly formal to material rules for the service of documents. The crucial point is the protection of addressee's right of defence and the ensuring of procedural economy at the same time. The judgement strengthens the position of the plaintiff as he can rely on addressee's knowledge of the language agreed upon in their contract. If the defendant insists on translation of the document or its annexes, the plaintiff can remedy the translation according to article 8 par. 3. For the addressee, the judgement means that he has to think much before he rejects to accept the document, decides not to take part on the proceedings and risks the issue of judgement of recognition.³⁸

To sum it up, the argumentation in the judgement Weiss is very persuasive and it is very good that the criterions for the examination of addressee's knowledge have been clarified.

³² Ibid., p. 366.

³³ Ahrens, M., para 30, p. 819.

³⁴ The recent legal regulation forced him to translations of all documents under all circumstances which was not in compliance with the aims of the regulation. Ibid.

³⁵ Ibid.

³⁶ See note 20. The regulation 1348/2000 did not regulate the possibility of remedy of service of the document. The ECJ stated that the document can be served again accompanied by a translation into a language provided for in article 8 par. 1. In the new regulation, this rule is stipulated in article 8 par. 3. In compliance with the judgement Leffler, it has to be done in the shortest period possible.

³⁷ See note 21.

³⁸ Hess, B., para 23, p. 403.

Literatura:

- Ahrens, M. Neues zur Annahmeverweigerungsrecht im europäischen Zustellungsrecht. NJW, 2008, No 39, p. 817 – 820.
- Geimer, R., Schütze, R. A. Europäisches Zivilverfahrensrecht. Kommentar. 2. Aufl. München: C. H. Beck, 2004. 1445 p. ISBN 340 651 0159.
- Hess, B. Übersetzungserfordernisse im europäischen Zivilverfahrensrecht. IPRax, 2008, No. 5, p. 400 – 403.
- Krapfl, C., Wilske, S. Zur Qualität von Übersetzungen bei Zustellung ausländischer gerichtlicher Schriftstücke. IPRax, 2006, No. 1, p. 10 - 13.
- Schlosser, P. Jurisdiction and international judicial and administrative co-operation. Recueil des Cours. Collected Courses of the Hague Academy of International Law 2000. Tome 284 de la collection. The Hague: Martinus Nijhoff Publishers, 2001. 432 p. ISBN 978 90 411 1605 5.
- Schütze, R. A. Übersetzungen im europäischen und internationalen Zivilprozessrecht – Probleme der Zustellung. RIW, 2006, No 5, p. 352 – 355.
- Stadler, A. Neues europäisches Zustellungsrecht. IPRax, 2001, No. 6, p. 514 – 521.
- Sujecki, B. Das Annahmeverweigerungsrecht im Europäischen Zustellungsrecht. EuZW, 2007, No. 12, p. 363 – 366.
- Sujecki, B. Die reformierte Zustellungsverordnung. NJW, 2008, No. 23, p. 1628 – 1631.
- Judgement ECJ C-474/93 Hengst Import v. Campese from 13. 7. 1995.
- Judgement ECJ C-433/03 Götz Leffler v. Berlin Chemie AG from 8. 11. 2005.
- Judgement ECJ C-283/05 ASML Netherlands BV v. SEMIS from 14. 12. 2006.
- Judgement ECJ C-14/07 Weiss und Partner GbR v. IHK Berlin from 8. 5. 2008.
- Judgement OLG Nürnberg 4 VA 72/05 from 15. 2. 2005.
- Convention on Jurisdiction and the Enforcement of Judgments in Civil and Commercial Matters from 27. 9. 1968.
- Regulation (EC) No 44/2001 of 22 December 2000 on jurisdiction and the recognition and enforcement of judgments in civil and commercial matters.
- Regulation (EC) No 805/2004 of the European Parliament and of the Council of 21 April 2004 creating a European Enforcement Order for uncontested claims.
- Regulation (EC) No 1896/2006 of the European Parliament and of the Council of 12 December 2006 creating a European order for payment procedure.
- Regulation (EC) No 861/2007 of the European Parliament and of the Council of 11 July 2007 establishing a European Small Claims Procedure.

- Regulation (EC) No 1393/2007 of the European Parliament and of the Council of 13 November 2007 on the service in the Member States of judicial and extrajudicial documents in civil or commercial matters (service of documents), and repealing Council Regulation (EC) No 1348/2000.

Kontaktní údaje na autora – email:

pbohunova@volny.cz

SO CALLED LANGUAGE RISKS AND THE UNITED NATIONS CONVENTION ON CONTRACTS FOR THE INTERNATIONAL SALE OF GOODS

MARTIN CRHA

Právnická fakulta Masarykovy univerzity, Česká republika

Abstrakt v rodném jazyce

Jazyková rizika“ nelze zobecňovat, od „rozumné osoby“ lze obecně stěží očekávat, že bude ignorovat právně významné oznámení, které nebylo sepsáno v jednacím jazyku. Obecně také nelze od obchodníka požadovat znalost angličtiny či povinnost opatřit si překlad. Pokud však dojde smluvní straně právně významné oznámení, které není v jazyce smlouvy, lze od „rozumné osoby“ v mezinárodním obchodě podle zvyklostí a praktik očekávat, že se odesílatele oznámení zeptá na obsah či požádá odesílatele o přeposlání oznámení v jazyce smlouvy

Klíčová slova v rodném jazyce

Jazyková rizika, užití angličtiny v mezinárodním obchodním styku, zvyklosti a praktiky podle Úmluvy OSN o smlouvách o mezinárodní koupi zboží, rozumná osoba.

Abstract

Language risks can not be generalised, generally, there is hardly to await by the “reasonable person” that he or she will ignore a legally relevant announcement having not been written in the negotiation language. Generally, the knowing of English as well as the duty to secure the translation can not be requested by the businessman. If a contracting party receives a legally relevant announcement not being in the negotiation language, the reasonable person is awaited according to usages and practices that he or she will ask the sender of the announcement for its content or he or she will ask the sender for resending in the language of the particular contract.

Key words

Language risks, using English in the international trade, usages and practices according to the United Nations Convention on Contracts for the International Sale of Goods, reasonable person criterion.

1. INTRODUCTION

The knowledge of English is often taken for granted. This statement is present in international trade as well, because of the fact that English is labelled as the language of business.

As we see below by introducing the German decision of the Oberlandesgericht Hamm No. 11 U 206/93 dated as of 8 February 1995¹ (hereinafter referred to as „decision“), this question could be very interesting from the point of law view, because no legal provision regulating international trade contains any obligation for a businessman to speak English.

¹ See the decision available on <http://www.cisg-online.ch/cisg/urteile/141.htm> [cited on 27 October 2008].

2. FACTUAL CONTENT OF THE DECISION

The defendant with his place of business in Germany bought more pairs of socks from an Italian producer. The agreements were concluded orally in Italy, whereas the defendant was represented by an Italian agent. The producer announced to the defendant by the letters dated on 2 September 1991, 6 September 1991, 10 September 1991 and 9 October 1991 that, on 2 September 1991, 5 September 1991, 10 September 1991 and 9 October 1991, he has assigned the – undeniable – claims based upon the purchase price to a bank, branch of a plaintiff; he used the standard form texts² written by a plaintiff both in English and French. These texts were delivered to the defendant through registered letters dated on 11 September 1991, 17 September 1991, 20 September 1991 and 18 October 1991.

After receiving respective announcements the defendant paid the claims by cheques before respective maturity dates. However, the payments were not carried out on behalf of the plaintiff, but on behalf of the producer, whose property went to the bankruptcy proceedings.

The plaintiff dunned for payment of the claims by the letter dated on 8 January 1992; the letter was written in English, whereas the defendant responded in German on 21 January 1992 having paid the claims by cheques. To the other dunning letter of the plaintiff dated as of 12 February 1992 written in English again the defendant responded in German on 20 February 1992 referring that he had paid the claims and the plaintiff should contact the producer.

The plaintiff demanded the payment from the defendant reasoning that he became the owner of the claims based upon the purchase price due to their assignment.

3. LEGAL ANALYSIS

Referring to the reasoning of the decision it can be said³:

The announcements about the assignment of claims were written both in English and French, therefore in the language not being language of the contract and which was – considering the examination of the managing director of the defendant – not reasonably understood by the defendant. Furthermore, it is cited in the reasoning that under the experts report of the unnamed professor the Italian judicature and literature did not deal with the language risks⁴ problem. According to the report the so called *Umfeldrecht* could be used (substantially the law of other state, which dealt with this issue, in this case the German law) or at least its basic ideas to this problem. After reviewing the language risks the council considered this idea as clear and convincing and agreed with the experts report.

According to the predominant view in Germany the declarations made in the foreign language are considered as problem of acceptance.⁵ The attention is mostly focused on whether the acceptor could, under the usual circumstances, have provided himself with the content of the

² See Rozehnalová, N. *Právo mezinárodního obchodu*. Brno : Masarykova univerzita, 2004, p. 153.

³ See the decision available on <http://www.cisg-online.ch/cisg/urteile/141.htm> [cited on 27 October 2008].

⁴ In German called *Sprachrisikos*.

⁵ See as cited in the decision available on <http://www.cisg-online.ch/cisg/urteile/141.htm> [cited on 27 October 2008]: Caemmerer E.v., Schlechtriem, P. *Kommentar zum Einheitlichen UN-Kaufrecht* and commented Art. 24; Petzold, E. *Das Sprachrisiko im deutsch-italienischen Rechtsverkehr*, in: *Jahrbuch für italienisches Recht* 2, p. 96.

declaration and whether he was to be expected to do it under the practices in the international business. The “reasonable person” criterion is then in the centre of the attention, whereas the usages and practices in international trade are taken into account – these are the principles stated both in the Art. 8 section 2 and 3 and in the Art. 9⁶ of the United Nations Convention on contracts for international sale of goods (hereinafter referred to as “Vienna Convention”). The council considered this solution correct provided that the circumstances of particular case are taken into account.

The following conclusions were cited in the decision⁷:

There is no doubt about the acceptance of the announcement, if it is executed in a language agreed by the parties or used upon the usage and practice, according to the Art. 9 of the Vienna Convention. There are Italian as the language of the contract but German, as well, in our case.

Concerning using English as a world inter-communication language two contradictory opinions were cited:

1. The acceptor of the announcement if – as in this case – there are both a long-term business relationship as well as a language of negotiation then there is no obligation to accept the announcement in a different language.⁸
2. According to the counter-opinion⁹ the businessman in the cross-border business is expected to speak English or at least to secure a translation.

The court announced that the language risks could not be generalised. Furthermore, it claims that it is generally difficult to expect that a reasonable person will ignore a legally relevant announcement having not been written in the negotiation language. On the other hand, the businessman is not legally obliged to speak English or to have the translation provided with.

According to the courts opinion, the defendant did not use all the instruments given to find out the content of the announcement as a reasonable person under the given conditions would. Following possibilities were to be taken into account: asking the producer as a sender of the announcement or the plaintiff or asking for resending the announcement with a possible request for a new sending in German or in Italian – such a behaviour is expected from a “reasonable person” in international trade according to usages and practices when receiving the legally relevant announcement in a foreign language.

4. CONCLUSION

The opinion that the businessman in a cross-border business should speak English could be considered as justifiable, however, according to our pieces of knowledge no legal provisions

⁶ See including the comparative part to the usages problem Rozehnalová, N. *Právo mezinárodního obchodu*. Brno : Masarykova univerzita, 2004, p. 194 et sqq.

⁷ See the decision available on <http://www.cisg-online.ch/cisg/urteile/141.htm> [cited on 27 October 2008].

⁸ See as cited in the decision available on <http://www.cisg-online.ch/cisg/urteile/141.htm> [cited on 27 October 2008]: the decision Oberlandesgericht Düsseldorf as commented in IPRaX in 1971, p. 388.

⁹ See as cited in the decision available on <http://www.cisg-online.ch/cisg/urteile/141.htm> [cited on 27 October 2008]: Reithmann Ch., Martiny, D. *Internationales Vertragsrecht*, Köln, 1988, p. 146.

regulating the international legal relationships impose the obligation to speak English. Furthermore, it would be problematic to expect the businessman to provide himself with translation, because of supplementary costs.

The opinion that the businessman is not obliged to accept announcement in other language than the language of the contract has no reliance in law.

We suggest that both the opinions do not come from law, we think that they are rather subjective convictions about the way the matters should be.

As we saw the court dealt with the problem pursuant to Art. 8 a 9 of the Vienna Convention, i.e. in accordance with the usages and practices as well as with the “reasonable person” criterion.

We suggest that the court coped with the problem in a quite interesting way moving a rather “laic” problem in the view of law. We consider its conclusions as convincing.

Knowledge of English has been growing in the Czech Republic since 1990s. Therefore, it can be added, that this decision, considering the above mentioned, could be relevant for the Czech legal practice too.

Literatura:

- Rozehnalová, N. Právo mezinárodního obchodu. Brno : Masarykova univerzita, ISBN 802102612X, 2004
- decision of the Oberlandesgericht Hamm No. 11 U 206/93 dated as of 8 February 1995 available on <http://www.cisg-online.ch/cisg/urteile/141.htm> [cited on 27 October 2008]

Kontaktní údaje na autora – email:

74306@mail.muni.cz

THE LEGAL FRAMEWORK OF THE BANKING INDUSTRY IN THE EUROPEAN UNION

LENKA ČERVENKOVÁ

Právnická fakulta Masarykovy univerzity, Česká republika

Abstrakt v rodném jazyce

Práce usiluje o shrnutí a zhodnocení současné právní úpravy bankovníctví v Evropské unii. Její první část je věnována Evropské unii jako prostoru založeném na čtyřech základních svobodách, základním historickým a hospodářským souvislostem. Stěžejní část se zaměřuje na vlastní právní úpravu – primární, sekundární akty i relevantní judikaturu Soudního dvora

Klíčová slova v rodném jazyce

Volný pohyb kapitálu a plateb, bankovníctví, Evropský systém centrálních bank, první a druhá bankovní směrnice, směrnice o kapitálové vybavenosti bank, Basel II.

Abstract

This article attempts to summarize and assess the current regulation of banking in the European Union. Its first part introduces the EU as an area of four freedoms in historical and economic circumstances. The core part of the article is focused on legislation itself, providing the survey of primary regulation, secondary law acts as well as relevant case law of the European Court of Justice

Key words

Free movement of capital and payments, banking industry, European System of Central Banks, first and second coordinating directive, capital requirements directive, Basel II.

1. INTRODUCTION

Practically all the process of integration in Europe is attended by economically influenced efforts to harmonize and unify the law. The economic cooperation that had first started in the field of trade very soon called for administrative as well as legislative changes. The European market of today as a space with minimal barriers serves to benefit of the EU citizens and entrepreneurs. Deepening and fine-tuning of the four freedoms aids achievements of economic growth, higher living standards and the position of Europe on the international field.

Special attention has been recently given to banking as a key industry enabling all the economic activities via depositing, crediting and arrangement of payments. Dealing directly with money, it must be considered as particularly sensitive realm which deserves preferential treatment. Although there is only meagre regulation of banking industry in the founding treaties, numerous secondary legislation have been adopted by the EU institutions to harmonize the national financial law of Member States.

This article attempts to summarize and assess the current regulation of banking in the European Union. Its first part introduces the EU as an area of four freedoms in historical and economic overview. The core part of the article is focused on legislation itself, providing the survey of primary regulation, secondary law acts as well as relevant case law of the European Court of Justice.

2. EUROPEAN UNION AS AN AREA OF FREE MOVEMENT OF CAPITAL AND PAYMENTS – HISTORICAL AND ECONOMIC BACKGROUND

The European Single Market comprises of territories of all Member States (MS) of the European Union. It is based on so call four fundamental freedoms – free movement of goods, workers, services and capital. Single Market has been formed as one stage of “European evolution” on the way from economic cooperation to political union, which is a distant aim of the European integration.

The notion of the free movement of capital includes most of all the field of liberalization of movement of capital, the field of payment systems and fight against money laundering. The main goal is to ensure cross-border payments and transfers and to lift all national obstacles for capital transfers among MSs and MSs and third countries.

It is the newest of all fundamental freedoms; it was fully achieved only after ratification of Maastricht Treaty in 1994, in connection with establishment of economic and monetary union. In fact, it supplements all the other freedoms and provides them with the essential technical framework. There is no effective free movement of goods if the payment methods for goods delivery are limited or even banned. Nor is there any free movement of workers if they cannot be easily paid for their work.

Since early 1960’s there were attempts to liberalize direct investments, movement of short- and medium-term capital (commercial loans) and stock-exchange dealing. According to the ex-Article 67 of the ECT all capital movement restrictions as well as discrimination on any grounds were prohibited.

After the collapse of the Bretton-Woods system in 1971 foreign exchange restrictions were introduced and process of liberalization was discontinued till mid 80’s. Several Member States only came up with unilateral measures of elimination of restrictions during that time. Single European Act (1987) meant the turning point back towards liberalization together with finalization of the single market, nonetheless, with transition periods for newly acceded countries and with safeguard clauses for large transfers allowed.¹

In 1992, the Maastricht Treaty envisaged the creation of economic and monetary union based on single currency (the ECU at the time) by proclaiming common economic objectives and single monetary and exchange-rate policies.² All the residual restrictions had to be removed. The guiding principles should have been stable prices, sound public finances and monetary conditions and a sustainable balance of payments (Art. 4/3) with the aim of an open market economy with free competition.

Operational provisions regarding the monetary union occupy the Title VII of the EC Treaty which, among others, sets the economic convergence criteria (Art. 121). In 1998 on legal basis of this Article, Council decided that the third stage of economic and monetary union (EMU) start[ed] on 1 January 1999 with eleven participating MSs (out of fifteen of that

¹ For further details see Fact Sheets on European Union available at http://www.europarl.europa.eu/facts_2004 on 06/11/2008.

² Article 4 of the EC Treaty.

³ Council Decision no. 98/317 of 3 May 1998 in accordance with Article 109j(4) of the Treaty, OJ 1998 L 139/30.

time). However, it was only a conversion unit, the euro coins and banknotes were not introduced until 2002.⁴ Since then, four other countries have introduced euro, including Cyprus, Malta and Slovenia (which accessed to the EU only in 2004); Slovakia shall join in 2009.

The institutional framework of the monetary union is represented by so called European System of Central Banks (ESCB) that is composed of the European Central Bank (ECB) and of the national central banks. The ECB's main task is to maintain the euro's purchasing power, and thus price stability in the euro area.

Regarding the banking industry, the free movement of capital stands as the precondition, however, the freedom to provide services and right of establishment are also closely related to the notion. Further the essay will focus on banking legislation in particular, concerning all its aspects.

3. LEGAL FRAMEWORK OF THE BANKING INDUSTRY IN THE EU

As introduced above, an open market with the free movement of capital and payments was an essential precondition for the further harmonization of regulation in the field of banking industry within the European Union.

It begs the question, however, while creation of area of free movement of capital is undoubtedly of public interest, and thus falls within the scope of European Community⁵ powers, does harmonization of banking law (i.e. private commercial law) also fall within EC's competence? Why is the further regulation necessary at all? Rather than interest of individual banks and customers, the protection of stability of the whole banking sector⁶ is at the stake. On the grounds of the European Court of Justice's well settled line of case law,⁷ let us set this issue aside and assume the EC has enough authority to legislate over banking industry.

3.1 PRIMARY REGULATION

The EC primary regulation in the founding treaties provides us only with principles and objectives as grounds for further legislation. Provisions of the EC Treaty on free movement of capital are based on presumption that the monetary union requires free movement of all capital transfers within the EC as well as with the third countries for its effective functioning. International (European) capital linkage shall serve as a tool of the integrated European single market to ensure competitiveness of the EU economy.

The free movement of capital comprises free movement of capital (FMC) in a narrower sense and free movement of payments (FMP). FMC may be defined as a cross-border financial

⁴ For further details see WEATHERILL, S., *Cases and Materials on EU Law*, 2006, pp. 317-318.

⁵ It still must be distinguished between European Union as an umbrella organization and the European Community as a legal person endowed with the powers, rights and obligations. Nevertheless, this distinction will become irrelevant after the Lisbon Treaty comes into force. For simplification purposes, I occasionally use these terms promiscuously, where it is not crucial.

⁶ For further details see MEJSTŘÍK, M., *Bankovní regulace (Banking Regulation)*, 2007, p. 4.

⁷ Doctrine of implicit powers as judged in *Commission v. Council*, 22/70 [1971] ECR 263, and *Cornelis Kramer and others*, 3, 4 and 6/76, [1976] ECR 1279.

operation of establishment or enlargement of subsidiary, investment into real estate, contracting of loans or credit or operation with securities. FMP might be then understood as a cross-border transfer of money or other asset values for the purpose of an obligation fulfilment. Whereas, FMC always represents unilateral transfers, FMP stands for a part of a bilateral contract performance.⁸

Pursuant to the Article 56 ECT, any restrictions – either direct or indirect⁹ – on payments or capital movements are prohibited and abolished since 1994. The MSs are only allowed to set financial strictures in the field of taxation and the prudential supervision of financial institutions. Member States may also take adequate measures which are justified on grounds of public policy or public security (Art. 58).

Article 59 authorises the Council, acting by a qualified majority on a proposal from the Commission and after consulting the ECB, to take safeguard measures with regard to third countries if movements of capital to or from third countries cause, or threaten to cause, serious difficulties for the operation of economic and monetary union. The measures may be taken solely in exceptional circumstances. All these provisions have direct – both horizontal and vertical – effect.¹⁰

3.2 SECONDARY LEGISLATION

As mentioned, the banking industry is of a great importance, and thus of solemn interest of the MS. National governments are therefore very reluctant to waive their supervision over this field. Common legislative coordination may progress only at slow pace and it is rather “a patchwork” than comprehensive harmonization.¹¹

The first harmonizing secondary act was the directive 73/183/EEC,¹² adopted in 1973. As the name implies the directive prohibited all restrictions on freedom of establishment and freedom to provide services in respect of banks and other financial institutions, notably discrimination of foreign financial institution at undertaking business in another MS.

The following law acts may be categorized into two groups – harmonizing access rules and harmonizing protection and control rules.¹³ There are two directives belonging to the first category. So called the first coordinating directive¹⁴ defines minimal criteria of a bank

8 *Graziana Luisi and Giuseppe Carbone v Ministero del Tesoro*, joined cases 286/82 and 26/83, [1984] ECR 377.

9 Legal concept of restrictions defined in *Dassonville* case, 8/74, [1974] ECR 837.

10 Seminal judgement by the ECJ – *Van Gend en Loos*, 26/62 [1964] ECR 1.

11 Further on harmonization of the law of banking transactions in Cranston, R., *European Banking Law: The Banker-Customer Relationship*, 1993, pp. 270-288.

12 Council Directive 73/183/EEC of 28 June 1973 on the abolition of restrictions on freedom of establishment and freedom to provide services in respect of self-employed activities of banks and other financial institutions.

¹³ For an overview of the EU financial law regulation see for instance Fact Sheets on European Union available at http://www.europarl.europa.eu/facts_2004 on 06/11/2008, or Wawrosz, P., Slováčková, P., *Rizika a přínosy vstupu České republiky do Evropské unie z pohledu právního řádu (Risks and Benefits to the Czech Republic from the Accession to the European Union from the Legal Order Perspective)*, 2001, pp. 146-148.

14 First Council Directive 77/780/EEC of 12 December 1977 on the coordination of the laws, regulations and administrative provisions relating to the taking up and pursuit of the business of credit institutions.

establishment and subjects it to national government control. The second coordinating directive¹⁵ is more complex and introduces the principle of a single Community authorisation (single licence). When a single licence is granted to a bank in its home MS it is allowed to pursue the banking business in any other MS throughout the EC. The host MS has supervision only over the branches within its territory.

The other group covers directives containing miscellaneous rules on protection and control in the banking sector, such as solvency, risk management and guarantees:

Own funds directive 89/299/EEC¹⁶ specifies the qualifying criteria for certain own funds items, however, the MSs remain free to apply more strict provisions,

Solvency ratio directive 89/647/EEC¹⁷ sets the solvency standards for financial institutions (proportions of weighted assets); it states the ratio shall be calculated on an individual basis by the national competent authority to protect depositors and investors in every particular case,

Large exposures directive 92/121/EEC¹⁸ harmonizes basic rules on supervision; a bank is considered to be at a large exposure if its value of exposure to a client or a group of connected clients is equal to or exceeds 10 % of its own funds,

Deposit guarantee directive 94/19/EC¹⁹ is focused on protection of depositors in the credit institutions in the EU by making guarantee schemes; it requires the minimum guarantee level at ECU [Euro] 20 000 which shall be paid by the reinsurance system of the home MS.

Consolidation directive 2000/12/EC²⁰ is a comprehensive law act that aims at consolidated supervision as well as it groups all other key aspect of the legislation. The fight against financial crime is another big issue regulated by the EC secondary law. It was first introduced by directive in 1991 and amended ten years later in 2001.²¹ The directive requires MS to take appropriate measures against money-laundering (including information obligation) and set penalties.

15 Second Council Directive 89/646/EEC of 15 December 1989 on the coordination of laws, regulations and administrative provisions relating to the taking up and pursuit of the business of credit institutions.

16 Council Directive 89/299/EEC of 17 April 1989 on the own funds of credit institutions.

17 Council Directive 89/647/EEC of 18 December 1989 on a solvency ratio for credit institutions.

18 Council Directive 92/121/EEC of 21 December 1992 on the monitoring and control of large exposures of credit institutions.

19 Directive 94/19/EC of the European Parliament and of the Council of 30 May 1994 on deposit-guarantee schemes.

20 Directive 2000/12/EC of the European Parliament and of the Council of 20 March 2000 relating to the taking up and pursuit of the business of credit institutions.

²¹ Directive 2001/97/EC of the European Parliament and of the Council of 4 December 2001 amending Council Directive 91/308/EEC on prevention of the use of the financial system for the purpose of money laundering – Commission Declaration.

Most recently, capital requirements directives²² have been adopted. The directives follow Basel II²³ standards and set the minimum amount of capital of 8% held by a bank or a credit institution, based on weighted risk. Similarly to Basel II, the directives have three-pillar structure. Besides capital adequacy rules, there is a requirement of supervision on individual basis and of market discipline. Due to the current financial crisis, the European Commission has reviewed the rules and in October 2008 presented an amendment to the directives. The proposal requires even higher amount of capital and suggests a new supervisory process for the EU banks.

This demonstration of the secondary legislation does not claim to be exhaustive. Notwithstanding, above mentioned directives, notably the most recent ones, might be considered to form the legal framework of banking industry in the European Union.

4. CONCLUSION

Bearing in mind the sensitivity of the banking industry and objectives of European Community, notably the functioning of the internal market, delicate treatment must be given to banking regulation. The Member States are not willing to give up their legislation power and supervision over the financial affairs. Nonetheless, current “crunch” on the financial markets requires measures, taken on international and supranational level, to prevent a domino effect in banking sector.

The article draws up a survey of past and current economic needs for development of the common banking industry legislation in the European Union. The principles and objectives as set by the EC Treat are deepening of four EU freedoms with the aim of effective and open market. There has been slow but continuous process of harmonization of national banking regulation via secondary law acts since 1970's. Recently, Basel II requirements has been adopted in a form of directive laying stress on three core pillars – capital adequacy, supervision and transparency.

There is always a question of how far can the harmonization go and what else may be shifted from the national to the supranational level of regulation. Would it be ever possible to come to a code of the unified substantive law?

Literatura:

- Cranston, R., *European Banking Law: The Banker-Customer Relationship*. London: Lloyd's of London Press Ltd., 1993. ISBN 1-85044-459-5
- Hämäläinen, S., *EU accession – challenges for retail banking*. Conference on Retail Financial Services in the New Europe, Warsaw, 2003. Available at <http://www.ecb.europa.eu> on 04/11/2008
- Mejstřík, M., *Bankovní regulace (Banking Regulation)*. Praha: Universitas Carolina Pragensis, 2007. Available at <http://ies.fsv.cuni.cz/storage/sylab/> on 18/05/2008

²² Directive 2006/48/EC and 2006/49/EC of the European Parliament and of the Council of 14 June 2006 relating to the taking up and pursuit of the business of credit institutions.

²³ International Convergence of Capital Measurement and Capital Standards (Basel II), 2005.

- Rodriguez, L. J., International Banking Regulation, Where's the Market Discipline in Basel II? Policy Analysis No. 455, 2002. Available at <http://www.cato.org/pubs/pas/pa455.pdf> on 05/11/2008
- Wawrosz, P., Slováčková, P., Rizika a přínosy vstupu České republiky do Evropské unie z pohledu právního řádu (Risks and Benefits to the Czech Republic from the Accession to the European Union from the Legal Order Perspective). In Acta Oeconomica Pragensia, Praha: Vysoká škola ekonomická, 2001. ISSN 0572-3043
- Weatherill, S., Cases and Materials on EU Law. 7th ed. Oxford: Oxford University Press, 2006. ISBN 978-0-19-928223-4
 ČORBA, J.: Prejavy autoregulácie obchodnoprávných vzťahov pri činnosti agentov hráčov a klubov, in: Bejček, J. (ed.): Regulace, deregulace, autoregulace - zborník, Masarykova Univerzita Brno 2007, s. 189-207

Table of Legislation

- Treaty on European Union, OJ 2002 C 325/05 of 24 December 2002
- Treaty Establishing the European Community, OJ 2002 C 325/33 of 24 December 2002
- Council Decision no. 98/317 of 3 May 1998 in accordance with Article 109j(4) of the Treaty, OJ 1998 L 139/30
- Council Directive 73/183/EEC of 28 June 1973 on the abolition of restrictions on freedom of establishment and freedom to provide services in respect of self-employed activities of banks and other financial institutions, OJ 1973 L 194/01
- First Council Directive 77/780/EEC of 12 December 1977 on the coordination of the laws, regulations and administrative provisions relating to the taking up and pursuit of the business of credit institutions, OJ 1977 L 322/30
- Council Directive 89/299/EEC of 17 April 1989 on the own funds of credit institutions, OJ 1989 L 124/16
- Second Council Directive 89/646/EEC of 15 December 1989 on the coordination of laws, regulations and administrative provisions relating to the taking up and pursuit of the business of credit institutions and amending Directive 77/780/EEC, OJ 1989 L 386/01
- Council Directive 89/647/EEC of 18 December 1989 on a solvency ratio for credit institutions, OJ 1989 L 386/14
- Council Directive 92/121/EEC of 21 December 1992 on the monitoring and control of large exposures of credit institutions, OJ 1992 L 029/01
- Directive 94/19/EC of the European Parliament and of the Council of 30 May 1994 on deposit-guarantee schemes, OJ 1994 L 135/05

- European Parliament and Council Directive 95/26/EC of 29 June 1995 amending Directives 77/780/EEC, 89/646/EEC, 73/239/EEC, 92/49/EEC, 79/267/EEC, 92/96/EEC, 93/22/EEC, 85/611/EEC, with a view to reinforcing prudential supervision, OJ 1995 L 168/07
- Directive 2000/12/EC of the European Parliament and of the Council of 20 March 2000 relating to the taking up and pursuit of the business of credit institutions, OJ 2000 L 126/01
- Directive 2000/46/EC of the European Parliament and of the Council of 18 September 2000 on the taking up, pursuit of and prudential supervision of the business of electronic money institutions, OJ 2000 L 275/39
- Directive 2001/97/EC of the European Parliament and of the Council of 4 December 2001 amending Council Directive 91/308/EEC on prevention of the use of the financial system for the purpose of money laundering – Commission Declaration, OJ 2001 L 344/76
- Directive 2002/87/EC of the European Parliament and of the Council of 16 December 2002 on the supplementary supervision of credit institutions, insurance undertakings and investment firms in a financial conglomerate, OJ 2002 L 35/01
- Directive 2006/48/EC of the European Parliament and of the Council of 14 June 2006 relating to the taking up and pursuit of the business of credit institutions, OJ 2006 L 177/01
- Directive 2006/49/EC of the European Parliament and of the Council of 14 June 2006 on the capital adequacy of investment firms and credit institutions, OJ 2006 L 177/201

Table of Cases

- Commission v Council, 22/70 [1971] ECR 263
- Cornelis Kramer and others, joined cases 3, 4 and 6/76, [1976] ECR 1279
- Graziana Luisi and Giuseppe Carbone v Ministero del Tesoro, joined cases 286/82 and 26/83, [1984] ECR 377
- Procureur du Roi v Benoît and Gustave Dassonville, 8/74, [1974] ECR 837
- Van Gend en Loos v Netherlands Inland Revenue Administration, 26/62 [1964] ECR 1

Electronic Sources

- <http://eur-lex.europa.eu>
- <http://ies.fsv.cuni.cz>
- <http://www.bis.org>
- <http://www.ecb.int>
- <http://www.europarl.europa.eu>
- <http://www.kluwerlawonline.com>
- <http://www.lexisnexis.com>

- <https://lawschool.westlaw.com>

Kontaktní údaje na autora – email:
lenka.cervenkova@gmail.com

POHLAVIE AKO DÔVOD NA LEGITÍMNE ROZDIELNE ZAOBCHÁDZANIE V EURÓPSKOM PRÁVE

MICHAL DAVALA

Právnická fakulta Masarykovy univerzity, Česká republika; Odbor aproximácie práva, Úrad vlády Slovenskej republiky, Bratislava

Abstrakt

Autor popisuje výnimky zo zásady rovnakého zaobchádzania medzi mužmi a ženami upravené komunitárnym právom. Rozdielne zaobchádzanie z dôvodu pohlavia môže byť legitímne v určitých prípadoch v rámci zamestnaneckých právnych vzťahov a v rámci prístupu k tovarom a službám. Príspevok rozoberá jednotlivé výnimky v týchto oblastiach s poukazom na významnú rolu Európskeho súdneho dvora pri definovaní hraníc legitímneho rozdielneho zaobchádzania.

Klíčová slova

Zásada rovnakého zaobchádzania, európska antidiskriminačná legislatíva, smernica 76/207/EHS, smernica 2004/113/ES, skutočná a určujúca požiadavka na zamestnanie, výnimky vo vzťahu k tehotenstvu a materstvu, prístup k tovaru a službám, prístup k poisťovacím službám.

Abstract

The author describes exceptions from the principle of equal treatment between man and women, which are recognized in community law. Different treatment based on sex may be legitimate in certain cases in employment relations and in the access to goods and services. This paper analyses individual exceptions in these fields and it points out the significant role of the European Court of Justice in limits defining of legitimate different treatment.

Key words

Principle of equal treatment, European anti-discrimination law, Directive 76/207/EEC, Directive 2004/113/EC, genuine and determining occupational requirement, exceptions for pregnancy and maternity, access to goods and services, access to insurance services.

1. ÚVOD

Zásada rovnakého zaobchádzania, ako všeobecná právna zásada komunitárneho práva, zamedzuje rozdielnemu zaobchádzaniu v porovnateľných situáciách, ak rozdielne zaobchádzanie nie je objektívne ospravedliteľné. Zároveň zamedzuje rovnakému zaobchádzaniu v rozdielnych situáciách, pokiaľ takéto zaobchádzanie nie je objektívne ospravedliteľné.¹ Právo Európskeho spoločenstva upravuje viacero takýchto výnimiek v rámci jednotlivých oblastí pôsobenia zásady rovnakého zaobchádzania. Pri viacerých diskriminačných dôvodoch sú stanovené viac či menej konkrétne podmienky, za ktorých je prípustná exempcia, ktorou je možné prelomiť zásadu rovnakého zaobchádzania. V súčasnosti upravuje európske právo najviac výnimiek z tejto zásady v rámci zaobchádzania medzi mužmi a ženami.

¹ Tridimas, T.: The General Principle of EC Law, Oxford University Press, 1999, s. 40.

Pohlavie môže byť dôvodom, ktorý umožní rozdielne zaobchádzanie s cieľom zabezpečiť rozdielny prístup tam, kde nie je možné nevnímať biologické rozdiely medzi mužmi a ženami. Ide o situácie, v ktorých by rovnaké zaobchádzanie znamenalo priame či nepriame znevýhodnenie žien oproti mužom (napr. požiadavka na rovnaký výkon práce pre muža i tehotnú ženu). Omnoho nejasnejšia je hranica legitímneho rozdielneho zaobchádzania v prípadoch, ktoré sa nedajú odôvodniť biologickými rozdielmi ale osobitným či legitímnym cieľom. V týchto prípadoch je osobitne zvýraznená úloha Európskeho súdneho dvora (ďalej aj „ESD“ alebo „Súdny dvor“), ktorý pomáha vymedzovať túto hranicu.

Primárne únie² či komunitárne³ právo, ktoré aj samotnú zásadu rovnakého zaobchádzania medzi mužmi a ženami spomína len rámcovo, výnimky z tejto zásady žiadnym spôsobom neupravuje. Robia tak až sekundárne právne akty Európskeho spoločenstva, v tomto prípade smernice.

2. SKUTOČNÁ A URČUJÚCA POŽIADAVKA NA ZAMESTNANIE

Skutočná a určujúca požiadavka na zamestnanie môže byť dôvodom na rozdielne zaobchádzanie z dôvodu pohlavia pri zamestnaneckých právnych vzťahoch.⁴ Jedná sa o výnimku, ktorou bolo aj pri iných diskriminačných dôvodoch na komunitárnej úrovni uznané, že v určitých prípadoch diskriminačného konania v zamestnaneckých vzťahoch môže existovať cieľ, ktorý takéto konanie ospravedlňuje.⁵ V prípade diskriminačného dôvodu pohlavia čl. 2 ods. 6 smernice 76/207/EHS⁶ v znení smernice 2002/73/ES⁷ stanovuje: „Členské štáty môžu ustanoviť v súvislosti s prístupom k zamestnaniu vrátane odbornej prípravy k tomu vedúcej, že **rozdielne zaobchádzanie**, ktoré sa zakladá na charakteristike súvisiacej s pohlavím, nevytvára diskrimináciu, ak z dôvodu **povahy určitých príslušných pracovných činností alebo súvislostí**, v akých sa toto povolanie vykonáva, **takáto charakteristika vytvára prirodzenú a rozhodujúcu požiadavku**⁸ na povolanie, za predpokladu, že **cieľ je legitímny a požiadavka primeraná**.“

² Pozri čl. 2, čl. 3, čl. 12, čl. 13, čl. 141 Zmluvy o založení Európskeho spoločenstva (ďalej aj Zmluva) v platnom znení (Úradný vestník EÚ C 321E, 29. 12. 2006).

³ Pozri čl. 6 Zmluvy o Európskej únii v platnom znení (Úradný vestník EÚ C 321E, 29. 12. 2006).

⁴ Pojmy „zamestnanecké“ a „pracovnoprávne“ vzťahy používame synonymicky a označujeme nimi vzťahy v zmysle čl. 1 ods. 1 a čl. 3 ods. 1 smernice 76/207/EHS.

⁵ Pozri aj čl. 4 ods. 1 smernice 2000/78/ES z 27. novembra 2000, ktorou sa ustanovuje všeobecný rámec pre rovnaké zaobchádzanie v zamestnaní a povolani (Mimoriadne vydanie Ú. v. EÚ, kap. 5/zv. 4) a čl. 4 smernice 2000/43/ES z 29. júna 2000, ktorou sa ustanovuje zásada rovnakého zaobchádzania medzi osobami bez ohľadu na ich rasový alebo etnický pôvod (Mimoriadne vydanie Ú. v. EÚ, kap. 20/zv. 1).

⁶ Smernica Rady 76/207/EHS z 9. februára 1976 o vykonávaní zásady rovnakého zaobchádzania s mužmi a ženami, pokiaľ ide o prístup k zamestnaniu, odbornej príprave a postupu v zamestnaní a o pracovné podmienky v platnom znení (Mimoriadne vydanie Ú. v. EÚ, kap. 05/zv. 01).

⁷ Smernica Európskeho parlamentu a Rady 2002/73/ES z 23. septembra 2002, ktorou sa mení a dopĺňa smernica Rady 76/207/EHS z 9. februára 1976 o vykonávaní zásady rovnakého zaobchádzania s mužmi a ženami, pokiaľ ide o prístup k zamestnaniu, odbornej príprave a postupu v zamestnaní a o pracovné podmienky (Mimoriadne vydanie Ú. v. EÚ, kap. 05/zv. 04).

⁸ Napriek tomu, že slovenská verzia hovorí o „prirodzenej a rozhodujúcej požiadavke“, označujeme túto výnimku ako „skutočná a určujúca požiadavka“. Tieto pojmy používa aj slovenský preklad smernice 2000/78/ES a smernice 2000/43/ES, pričom ho považujeme za presnejší. Anglické verzie všetkých troch smerníc hovoria o „genuine and determining occupational requirement“.

V tomto znení bola výnimka skutočnej a určujúcej požiadavky v európskom právnom akte takto definovaná až v roku 2002.⁹ Dovtedy bola formulovaná nasledovne: „*Táto smernica sa nedotýka práva členských štátov vylúčiť z oblasti jej uplatňovania tie **profesijné činnosti, a kde je to vhodné, aj prípravu na tieto činnosti, pri ktorých je vzhľadom na ich charakter alebo okolnosti, za akých sa vykonávajú, pohlavie pracovníka určujúcim faktorom.***“¹⁰ Rozdiel je v rozsahu umožnenej exempcie. Pôvodné znenie umožňovalo na základe pohlavia vylúčiť z pôsobnosti zásady rovnakého zaobchádzania medzi mužmi a ženami celé „profesijne činnosti“. To vytváralo neprimerane široký priestor pre členské štáty vzhľadom na nejasne stanovené kritéria pre takúto výnimku. Tento priestor sa snažil svojou rozhodovacou činnosťou vyplniť Súdny dvor. Vo vzťahu k skutočnej a určujúcej požiadavke je potrebné dodať, že túto výnimku kontinuálne upravuje aj čl. 14 ods. 2 smernice 2006/54/ES.¹¹

2.1 ZAMESTNANIE V DOMÁCNOSTI

Medzi prvé prípady, kedy ESD zasiahol do vymedzovania hraníc legitímneho rozdielneho zaobchádzania z dôvodu určujúcej požiadavky na výkon povolania, je prípad Európska komisia v. Veľká Británia¹², v ktorom bol posudzovaný tzv. Sex Discrimination Act z roku 1975. Ten zakotvil výnimku z dôvodu pohlavia na všetky zamestnania v domácnosti, na zamestnanie u zamestnávateľa s maximálne piatimi zamestnancami a na zamestnanie pôrodných asistentiek. Veľká Británia argumentovala hlavne okolnosťami, za ktorých sa predmetné činnosti vykonávajú. Tie mali vytvárať skutočnú a určujúcu požiadavku na zamestnanie. Išlo hlavne o miesto výkonu práce, ktorým je domácnosť, a o osobu zamestnávateľa, ktorým pri daných druhoch zamestnaní býva súkromná osoba, samostatne zárobková osoba resp. ide o rodinnú firmu. V týchto prípadoch bolo podľa britskej vlády potrebné uviesť zásadu rovnakého zaobchádzania do súladu s právom na ochranu súkromného života. Toto právo malo byť výrazne narušené, ak by sa nerešpektovala vôľa zamestnávateľa zamestnať jedine určité pohlavie. To malo podmieňovať obsah výnimky čl. 2 ods. 2 smernice. Súdny dvor uznal, že v určitých prípadoch zamestnaní v domácnosti môže byť pohlavie rozhodujúcim prvkom, ale neuznal exempciu na všetky domáce zamestnania.¹³ Taktiež neuznal veľkosť podniku resp. počet zamestnancov ako určujúci prvok a potvrdil aj túto výhradu Európskej komisie.

V prípade pôrodných asistentiek mal ich pohlavie, ako určujúci faktor, odôvodňovať špecifický vzťah medzi rodičkou a osobou účastnou na pôrode. ESD súhlasil, že osobná citlivosť môže hrať významnú rolu vo vzťahu pôrodnej asistentky a pacientky. Preto zamietol žalobu v tomto bode a judikoval, že uzákonená možnosť diskriminácie z dôvodu pohlavia

⁹ Členské štáty mali povinnosť uviesť do platnosti opatrenia potrebné na dosiahnutie súladu so smernicou 2002/73/ES najneskôr do 5. októbra 2005 (čl. 2 ods. 1 smernice 2002/73/ES).

¹⁰ Čl. 2 ods. 2 smernice 76/207/EHS v pôvodnom znení.

¹¹ Smernica Európskeho parlamentu a Rady 2006/54/ES z 5. júla 2006 o vykonávaní zásady rovnosti príležitosti a rovnakého zaobchádzania s mužmi a ženami vo veciach zamestnanosti a povolania (prepracované znenie) (Ú. v. EÚ L 204, 26.7.2006). Ide o prepracované znenie smernice 75/117/EHS, smernice 76/207/EHS, smernice 86/378/EHS a smernice 97/80/ES, ktoré sa zrušia s účinnosťou od 15. augusta 2009.

¹² Vec 165/82, Commission of the European Communities v. United Kingdom of Great Britain and Northern Ireland, ECR (1983) 3431.

¹³ Tamtiež, bod 14.

v prípade pôrodných asistentiek nie je prekročením hranice možnosti stanovených v čl. 2 ods. 2 smernice 76/207/EHS.¹⁴

Prah osobnej citlivosti resp. chúlitosť určitých vzťahov, ku ktorým môže pri výkone práce v domácnosti dochádzať, má u každého človeka inú hranicu. Len ťažko sa dá objektívne posúdiť. Je preto nevýhodou, že ESD v rozsudku nerozobral podrobnejšie vzťah zásady rovnakého zaobchádzania a práva na súkromie. Síce naznačil existenciu určitých druhov zamestnaní v domácnosti, kde by výnimka prípustná bola, no neuviedol žiadne princípy či pravidlá, podľa ktorých by sa mali obdobné situácie posudzovať.

2.2 PRÁCA V OZBROJENÝCH ZLOŽKÁCH

Ďalšia oblasť pracovných činností, v rámci ktorých bol posudzovaný rozsah výnimky skutočnej a určujúcej požiadavky na zamestnanie z dôvodu pohlavia, bola práca v ozbrojených zložkách. Jedným z prvých prípadov v tejto oblasti bola vec Johnston v. Royal Ulster Constabulary¹⁵, v rámci ktorej Súdny dvor posudzoval prípustnosť výnimky pre prácu v policajnom zbore. V Severnom Írsku neboli ženy vylúčené z tejto činnosti úplne, no nebolo im povolené nosenie zbrane, čo následne znamenalo ich prepustenie z policajného zboru. Veľká Británia argumentovala osobitnými okolnosťami a podmienkami výkonu policajnej služby, ktoré mali spočívať v nepokojoch a vážnom narušení verejného poriadku v Severnom Írsku. Napriek skutočnosti, že uplatňovanie uvedenej výnimky by za normálnych okolností pravdepodobne predstavovalo nepriamu diskrimináciu žien, bolo uznané, že pri posudzovaní, či je pohlavie určujúcim faktorom na zamestnanie, môžu členské štáty vziať do úvahy aj požiadavky verejnej bezpečnosti s cieľom obmedziť všeobecnú policajnú službu za situácie častých vražd ozbrojených členov polície.¹⁶ Nakoľko išlo v tomto prípade o konanie o predbežnej otázke, rozhodnutie o tom, či uvedené podmienky boli naplnené v prípade Severného Írska, zostalo na príslušnom vnútroštátnom súde.

Rozsudok však explicitne stanovil pri akomkoľvek posudzovaní výnimiek zo zásady rovnakého zaobchádzania požiadavku na dodržanie princípu proporcionality, ako jedného so základných princípov komunitárneho práva. „*That principle requires that derogations remain within the limits of what is **appropriate and necessary** for achieving the aim in view and requires the principle of equal treatment to be reconciled as far as possible with the requirements of public safety which constitute the decisive factor as regards the context of the activity in question.*“¹⁷ Napriek definovaniu tejto základnej požiadavky pri hodnotení prípadov výnimiek skutočnej a určujúcej požiadavky, stanovenie pohlavia, ako určujúceho faktora vo vzťahu k okolnostiam výkonu práce, sa stretlo v tomto prípade s kritikou.¹⁸

¹⁴ Je potrebné doplniť, že Veľká Británia poukázala na skutočnosť, že napriek výnimke zo zásady rovnakého zaobchádzania, majú muži prístup k predmetnému povolaniu ako aj k príprave naň, aj keď len na určitých miestach v krajine. Vláda taktiež zdôraznila možnosť spoločenského vývoja v danej otázke a zmeny tradičného nezapájania sa mužov do daného povolania.

¹⁵ Vec 222/84, Marguerite Johnston v. Chief Constable of the Royal Ulster Constabulary, ECR (1986) 1651.

¹⁶ Tamtiež, bod 40.

¹⁷ Tamtiež, bod 38.

¹⁸ Prechal, S., Burrows, N.: Gender Discrimination Law of the European Community, Aldershot, Dartmouth Publishing, 1990, s. 132.

V prípade Severného Írska je zaujímavé, že politicko-spoločenské požiadavky, poznačené vážnymi nepokojmi, boli dôvodom aj na prijatie ďalšej špeciálnej výnimky zo zásady rovnakého zaobchádzania. Týka sa policajnej služby a práce učiteľov, no nesúvisí s diskriminačným dôvodom pohlavia.¹⁹

V prípade *Sirdar v. Ministry of Defence*²⁰ nebol žene umožnený príslušný vojenský výcvik a ani následný výkon služby v Kráľovskom námorníctve Veľkej Británie, napriek tomu, že táto žena už vykonávala službu v Kráľovskom delostrelectve. Podstatný rozdiel namietaný vládou mal spočívať v tom, že v námorníctve je osobitne zvýraznená požiadavka interoperability, teda schopnosti byť kedykoľvek nasadený vo výsadbkovej bojovej jednotke. Súdny dvor vylúčil, že rozhodnutia členských štátov by mohli byť v prípade prístupu k službe vo vojenských silách mimo rámca komunitárneho práva. Napriek tomu, že vylúčil aj existenciu akejkoľvek všeobecnej výnimky zo zásady rovnakého zaobchádzania medzi mužmi a ženami, ktorá by spočívala v organizácii ozbrojených síl s odôvodnením verejnej bezpečnosti²¹, uznal určitý stupeň voľnej úvahy štátov v prijímaní opatrení, ktoré sú nevyhnutné s cieľom zaručiť verejnú bezpečnosť. Pri uplatnení tejto úvahy ESD opäť zvýraznil princíp proporcionality, teda primeranosť a nevyhnutnosť prijímaných opatrení k zabezpečeniu verejnej bezpečnosti. Po uvážení okolností výcviku, rozmiestňovania a nasadenia útočných jednotiek Kráľovského námorníctva, ESD potvrdil, že vylúčenie žien zo služby v špeciálnych bojových jednotkách za účelom zaistenia efektivity útoku neprekračuje rámec čl. 2 ods. 2 smernice 76/207/EHS.

2.3 POVINNÁ VOJENSKÁ SLUŽBA

V prípade *Kreil v. Nemecko*²², ktorý bol taktiež posudzovaný ešte podľa pôvodného znenia výnimky skutočnej a určujúcej požiadavky na povolanie, Súdny dvor konštantne potvrdil, že v rámci organizácie ozbrojených síl neexistuje všeobecná výnimka zo zásady rovnakého zaobchádzania medzi mužmi a ženami. Podstatou tohto sporu bol všeobecný zákaz vykonávať službu v ozbrojených zložkách Bundeswehru pre ženy. Hlavným argumentom proti ustanoveniu zákona, ktoré umožňovalo ženám pracovať jedine ako dobrovoľníckam v zdravotných službách alebo vo vojenskej kapele, bola skutočnosť, že výnimka podľa čl. 2 ods. 2 smernice 76/207/EHS ani výnimka na ochranu tehotných žien²³ nemôžu ospravedlňovať širšiu ochranu žien proti ohrozeniu, ktorému sú rovnako vystavení muži i ženy. Určitý manévrovací priestor pre štát v úprave ozbrojených síl, existenciu ktorého súd potvrdil aj v prípade *Sirdar*, však v tomto prípade nevyhovelo požiadavke proporcionality. Keďže výnimka sa môže týkať len skutočnej a určujúcej požiadavky na zamestnanie a aj to len v primeranej a nevyhnutnej miere, ESD judikoval aplikáciu práva umožňujúceho všeobecné vylúčenie žien z vojenskej služby zahrňujúcej nosenie zbrane ako rozpornú so

¹⁹ Čl. 15 smernice 2000/78/ES umožňuje výnimku zo zásady rovnakého zaobchádzania v prístupe k povolaniu z dôvodu náboženstva a viery. Náboženstvo príslušných skupín v Severnom Írsku sa explicitne uznalo za skutočnú a určujúcu požiadavku na dosiahnutie primeraného cieľa, ktorým je udržanie krehkej rovnováhy medzi protestantmi a katolíkmi po desaťročiach náboženských a politických násilností.

²⁰ Vec C-273/97, *Angela Maria Sirdar v. Ministry of Defence*, ECR (1999) I-7403.

²¹ Tamtiež, bod 16, 19, 20.

²² Vec C-285/98, *Tanja Kreil v. Bundesrepublik Deutschland*, ECR (2000) I-69.

²³ Bližšie rozoberáme výnimky vo vzťahu k tehotným ženám a matkám v zamestnaneckých vzťahoch v 3. časti.

smernicou 76/207/EHS. Členské štáty sú teda komunitárnym právom nútené umožniť prístup do ozbrojených síl aj ženám, ak o to prejavia záujem.²⁴

Opačná situácia, teda povinná vojenská služba mužov v Bundeswehri, bola posudzovaná v prípade Dory v. Nemecko²⁵. Odporca tejto povinnosti tvrdil, že povinnosť vojenskej služby mužov je v rozpore so zásadou rovnakého zaobchádzania, ak bolo v prípade žien rozsudkom vo veci Kreil judikované ich právo na prístup k vojenskej službe. Ďalej namietal, že povinná vojenská služba oddaľuje mužov od prístupu k zamestnaniu a príprave naň, čo by malo znamenať diskrimináciu na základe pohlavia. ESD v tomto prípade uznal autonómiu členských štátov rozhodovať o organizácii ozbrojených síl a potvrdil, že právo Európskeho spoločenstva nevyklučuje povinnú vojenskú službu len pre mužov.²⁶ Bola uznaná existencia nepriaznivých následkov vo vzťahu k prístupu k zamestnaniu, no ich samotná existencia nemôže byť podľa ESD skutočnosťou, ktorá by mala nútiť členské štáty k zrušeniu povinnej vojenskej služby pre mužov alebo k jej zavedeniu pre ženy. Súdny dvor argumentoval, že voľba členského štátu v zavedení povinnej vojenskej služby pre zabezpečenie bezpečnosti má prednosť pred politikami zameranými na pracovné možnosti mladých ľudí.²⁷

Aj na základe rozhodovacej činnosti ESD vo vyššie uvedených prípadoch bola výnimka skutočnej a určujúcej požiadavky z dôvodu pohlavia v zamestnaneckých vzťahoch nahradená presnejšou formuláciou čl. 2 ods. 6 smernice 76/207/EHS. Nejasnosti však spôsobovalo aj postavenie čl. 2 ods. 2 pôvodného znenia smernice 76/207/EHS voči jej ďalším ustanoveniam.²⁸

Miera skutočnosti a určitosti požiadavky na zamestnanie sa musí stanoviť podľa povahy dotknutých pracovných činností alebo kontextu, v ktorom sa tieto činnosti vykonávajú. Každý prípad, kedy členský štát využije možnosti smernice, je však potrebné posudzovať individuálne, zužujúcim výkladom a uplatňujúc princíp proporcionality (primeranosť a nevyhnutnosť výnimky). Navyše je potrebná existencia legitímneho cieľa. Z doterajšej judikatúry možno za takýto cieľ určiť napr. vysokú mieru interoperability špeciálnych bojových jednotiek či verejnú bezpečnosť za situácie vážnych vnútorných nepokojov. Nakoľko presnejšia formulácia výnimky platí od októbra 2005, je možné očakávať, že budúce rozhodnutia ESD určia ďalšie kritéria na hodnotenie konformity výnimiek.

3. VÝNIMKA VO VZŤAHU K TEHOTENSTVU A MATERSTVU V ZAMESTNANECKÝCH VZŤAHOCH

V rámci zamestnaneckých vzťahov možno v komunitárnom práve identifikovať aj výnimku z dôvodu pohlavia vo vzťahu k tehotným ženám a matkám. Čl. 2 ods. 7 smernice 76/207/EHS v znení smernice 2002/73/ES (pôvodný čl. 2 ods. 3 smernice 76/207/EHS) vyníma

²⁴ Všeobecná výnimka pre ozbrojené sily je však v európskom práve upravená z dôvodu zdravotného postihnutia a veku. Čl. 3 ods. 4 smernice 2000/78/ES umožňuje členským štátom stanoviť takéto výnimky z aplikácie zásady rovnakého zaobchádzania pre ozbrojené sily, políciu, väzenskú stráž alebo záchranné služby. Výnimka sa však nemôže týkať napr. civilných či administratívno-technických zamestnancov.

²⁵ Vec C-186/01, Alexander Dory v. Bundesrepublik Deutschland, ECR (2003) I-2479.

²⁶ Tamtiež, bod 42.

²⁷ Tamtiež, bod 38.

²⁸ Prechal, S., Burrows, N.: Gender Discrimination Law of the European Community, Aldershot, Dartmouth Publishing, 1990, s. 117 a nasl.

ustanovenia na ochranu žien, najmä v súvislosti s tehotenstvom a materstvom, zo svojej pôsobnosti.²⁹ Zákazu diskriminácie teda neodporuje prijímanie rôznych vnútroštátnych opatrení na ochranu tehotných pracovníčok, pracovníčok krátko po pôrode a dojčiacich pracovníčok. Táto skupina žien je natoľko špecifická, že aplikácia zásady rovnakého zaobchádzania medzi mužmi a ženami v pracovnoprávných vzťahoch by spôsobila ich priamu diskrimináciu (produktivita práce tehotných žien klesá, sú častejšie práceneschopné a podobne). Potreby vyvolané biologickými rozdielmi vyžadujú, aby bolo tehotenstvo a materstvo jedným z komparátorov, na základe ktorého budú aplikované pracovnoprávne normy. Nemožno zaobchádzať rovnako za rozdielnej situácie s rozdielnymi skupinami pracovníkov.

Právo Európskeho spoločenstva však opatrenia na ochranu tehotných žien a matiek nie len umožňuje členským štátom prijímať, ale ich aj samo upravuje.³⁰ Napr. čl. 10 smernice 92/85/EHS stanovuje štátom povinnosť prijať opatrenia na zabezpečenie zákazu prepustenia tehotných pracovníčok, pracovníčok krátko po pôrode a dojčiacich pracovníčok počas obdobia od začiatku tehotenstva do konca materskej dovolenky.³¹ Aj takéto ustanovenia na ochrane tehotných žien a žien krátko po pôrode pomáhali v Európskom spoločenstve zjednotiť decentralizovaný pracovný trh v prostredí jednotného vnútorného trhu. To bolo z makroekonomického hľadiska nevyhnutné, aby sa predchádzalo sociálnemu dumpingu medzi členskými štátmi.³²

3.1 NEDOVOLENÉ PREPUSTENIE

Práve možnosť prepustenia tehotných zamestnankýň bola jednou z najčastejšie posudzovaných oblastí pracovnoprávných vzťahov, v rámci ktorej bola pred ESD rozoberaná výnimka vo vzťahu k tehotným ženám a matkám. Doterajšia judikatúra rozlišuje ako dôvod prepustenia práceneschopnosť súvisiacu s tehotenstvom a práceneschopnosť nesúvisiacu s tehotenstvom.³³

V nedávnom prípade Paquay v. Société d'architectes Hoet³⁴ bolo taktiež konštantne potvrdené, že prepustenie ženy počas tehotenstva alebo počas materskej dovolenky z dôvodu týkajúceho sa tehotenstva alebo materstva znamená priamu diskrimináciu na základe pohlavia v rozpore s čl. 2 ods. 1 a čl. 3 ods. 1 písm. c) smernice 76/207/EHS v znení smernice 2002/73/ES (pôvodný čl. 5 ods. 1 smernice 76/207/EHS). V danom prípade bola žena

²⁹ „Táto smernica sa nedotýka ustanovení týkajúcich sa ochrany žien, najmä v súvislosti s tehotenstvom a materstvom.“ (čl. 2 ods. 7 prvá veta smernice 76/207/EHS v znení smernice 2002/73/ES).

³⁰ Pozri smernicu Rady 92/85/EHS z 19. októbra 1992 o zavedení opatrení na podporu zlepšenia bezpečnosti a ochrany zdravia pri práci tehotných pracovníčok a pracovníčok krátko po pôrode alebo dojčiacich pracovníčok (Mimoriadne vydanie Ú. v. EÚ, kap. 5/zv. 2) a smernicu Rady 96/34/ES z 3. júna 1996 o rámcovej dohode o rodičovskej dovolenke (Mimoriadne vydanie Ú. v. EÚ, kap. 5/zv. 2).

³¹ Aj z tejto výnimky zo zásady rovnakého zaobchádzania pripúšťa komunitárne právo výnimku vo výnimočných prípadoch nesúvisiacich s tehotenstvom či materstvom, ktoré sú povolené vnútroštátnymi predpismi alebo praxou, kde je to uplatniteľné a pod podmienkou, že na to dal súhlas príslušný orgán (čl. 10 ods. 1 smernice 92/85/EHS).

³² Barnard, C.: Worker's rights of participation. In: Neuwahl, N.A., Rosas, A. (ed.): The European Union and Human Rights, Kluwer Law International, The Hague, 1995, s. 191.

³³ Bližšie pozri napr.: Barancová, H.: Slovenské a európske pracovné právo, Poradca podnikateľa, Bratislava, 2004, s. 215 – 216.

³⁴ Vec C-460/06, Nadine Paquay v. Société d'architectes Hoet, ECR (2007) I-8511.

prepustená po materskej dovolenke a po uplynutí ochranej doby vyžadovanej belgickým právom. Skutočnosť, že dôvodom prepustenia je tehotenstvo a zároveň materstvo, národný súd preukázal snahou zamestnávateľa už počas materskej dovolenky nájsť trvalú náhradu zamestnankyne, čo bolo dokázané inzerátom podaným zamestnávateľom. Konanie o predbežnej otázke pred ESD malo presne špecifikovať zákaz prepustenia. Súdny dvor potvrdil, že zákaz prepustenia počas tehotenstva a materskej dovolenky sa netýka len doručenia rozhodnutia o prepustení, ale zakazuje aj prijímanie rozhodnutia o prepustení, ako aj uskutočnenie akýchkoľvek krokov smerujúcich k prepusteniu ako je hľadanie trvalej náhrady za zamestnankyňu.

Aj v súčasnosti existujú v členských štátoch rozdiely v chápaní hraníc legitímneho rozdielneho zaobchádzanie z dôvodu tehotenstva a materstva. Otázky, ktoré by pravdepodobne nespôsobili problém v členských štátoch s národnou legislatívnou výrazne ochraňujúcou tehotné zamestnankyne, môžu v štátoch so širokým chápaním zmluvnej voľnosti vyvolať pochybnosti. Konkrétne v prípade *Brown v. Rentokil Ltd.*³⁵ Snemovňa lordov predložila ESD predbežnú otázku, či má na zákaz prepustenia tehotnej zamestnankyne vplyv skutočnosť, že prepustenie bolo vykonané na základe zmluvnej podmienky umožňujúcej zamestnávateľovi prepustiť zamestnanca po stanovenej dobe nepretržitej neprítomnosti. Súdny dvor judikoval, že aplikácia takejto zmluvnej podmienky v danej situácii predstavuje priamu diskrimináciu na základe pohlavia. Situácia tehotnej pracovníčky, ktorá je určitú dobu práceneschopná z dôvodu tehotenstva nemôže byť posudzovaná ako totožná so situáciou muža, ktorý je práceneschopný rovnakú dobu.³⁶

3.2 PRÁVO NA MATERSKÚ DOVOLENKU

Pri využívaní tejto výnimky je možné sledovať snahu o hľadanie správnej miery medzi ochranou žien a nediskrimináciou mužov. Diskriminačné zaobchádzanie s mužmi bolo namietané vo veci *Hofmann v. Barmer Erstkasse*³⁷ vo vzťahu k zákonnej možnosti materskej dovolenky, od ôsmeho týždňa do šiesteho mesiaca od narodenia dieťaťa, výlučne pre ženy. Sťažovateľ tvrdil, že uvedené ustanovenie nemeckého zákona prekračuje hranicu dovolenej výnimky podľa čl. 2 ods. 3 smernice 76/207/EHS, nakoľko účelom materskej dovolenky nie je ochrana žien na základe ich biologických špecifik či zdravotných požiadaviek, ale ochrana dieťaťa. Rovnaký názor zastávala v spore aj Európska komisia pripomínajúc, že výnimky zo zásady rovnakého zaobchádzania majú byť aplikované v nevyhnutnej miere. Komisia taktiež súhlasila, že cieľom národných ustanovení o materskej resp. rodičovskej dovolenke je ochrana dieťaťa, ktorá sa dá rovnako zabezpečiť nediskriminačnými prostriedkami.³⁸

Súdny dvor však judikoval, že cieľom smernice nie je riešiť otázky organizácie rodinného života alebo úpravy del'by zodpovednosti medzi rodičov. Formulácia predmetnej výnimky smernice vo forme exempčného ustanovenia na opatrenia na ochranu žien prijímané štátmi je podľa ESD vyjadrením legitimity na ochranu biologických podmienok žien počas tehotenstva ako aj na ochranu jedinečného vzťahu medzi ženou a jej dieťaťom počas doby nasledujúcej po pôrode. Legitímnym cieľom ochrany tohto vzťahu môže byť aj ochrana pred veľkou

³⁵ Vec C-394/96 *Mary Brown v. Rentokil Ltd.*, ECR (1998) I-4185.

³⁶ Tamtiež, bod 31.

³⁷ Vec 184/83, *Ulrich Hofmann v. Barmer Ersatzkasse*, ECR (1984) 3047.

³⁸ Tamtiež, bod 12.

záťažou, ktorá by pramenila zo zamestnania.³⁹ Materská dovolenka v rámci posudzovanej doby môže preto byť primeraným opatrením a môže byť vyhradená matkám. ESD tak uznal aj v prípade výnimky z dôvodu tehotenstva alebo materstva diskrečnú právomoc členských štátov rozhodnúť o povahe ochranný opatrení. Komunitárne právo pritom neukladá členským štátom povinnosť, aby opatrenie ako platená materská dovolenka bolo poskytnuté aj otcom.⁴⁰

Na tomto mieste je potrebné pripomenúť smernicu 2006/54/ES, ktorá v čl. 28 ods. 1 upravuje totožné ustanovenie ako čl. 2 ods. 7 smernice 76/207/EHS v znení smernice 2002/73/ES. Recitál 26 tohto prepracovaného znenia rovnako ako recitál 13 smernice 2002/73/ES vyzýva členské štáty, aby zvažili preskúmanie rozsahu pôsobnosti svojich právnych systémov s cieľom priznať pracujúcim mužom individuálne a neprevoditeľné právo na otcovskú dovolenku, pričom budú zachované ich práva týkajúce sa zamestnania. Smerovanie, ktorým sa má harmonizácia uberať, je teda jasné, no vôľa priamo zasiahnuť do kompetencií štátov v tejto oblasti formou európskeho právneho aktu absentuje.

3.3 JE SCHOPNOSŤ ŽIEN OTEHOTNIEŤ A PORODIŤ CHRÁNENÝM ZÁUJOMOM?

Pri skúmaní ochrany žien podľa čl. 2 ods. 7 smernice 76/207/ES v platnom znení možno sledovať snahu členských štátov o prijímanie opatrení, pri ktorých by bolo jediným komparátorom len pohlavie. Inými slovami sa štáty snažia výnimku aplikovať aj na ustanovenia, ktorých účelom je ochrana všetkých žien pred nepriaznivými dopadmi určitých druhov pracovných činností bez ohľadu na skutočnosť tehotenstva či materstva. Už v spomínaných prípadoch Johnston či Kreil sa Súdny dvor zaoberal výkladom pôvodného článku 2 ods. 3 smernice 76/207/ES. Odkaz na tehotenstvo a materstvo podľa neho vyjadruje skutočnosť, že smernica má za cieľ chrániť biologické podmienky žien a špeciálny vzťah medzi ženou a dieťaťom. Výnimka preto nedovoľuje prijímanie opatrení vynímajúcich ženy z možnosti práce v určitých druhoch zamestnaní len na základe všeobecne prijímaného názoru, že ženám by mala byť poskytnutá väčšia ochrana ako mužom proti rizikám, ktoré môžu rovnako pôsobiť na mužov i ženy.⁴¹ Takéto opatrenia sú prípustné len pri rizikách, ktoré sa dotýkajú špecifických potrieb ochrany žien, ako je tehotenstvo či materstvo.

Obdobný prístup potvrdil ESD aj v prípade Európska komisia v. Rakúsko⁴², v ktorom boli napadnuté ustanovenia národných nariadení zakazujúcich prácu žien v podzemnom banskom priemysle, prácu vo vysokotlakovej atmosfére ako aj potápačskú prácu. Rakúska vláda argumentovala podrobným opisom fyziologických rozdielov existujúcich v priemere medzi mužmi a ženami, kvôli ktorým by mohla práca pod zemou alebo pod vodou pôsobiť nepriaznivejšie na ženy ako na mužov. ESD však judikoval, že nie je dovolené vylúčiť ženy z prístupu k pracovnému miestu jedine z toho dôvodu, že sú v priemere menšie a slabšie ako muži, zatiaľ čo muži, ktorí majú podobné fyzické vlastnosti, sa na toto pracovné miesto prijímajú.⁴³ Vo vzťahu k práci vo vysokotlakovej atmosfére a potápačskej práci sa Súdny dvor vyjadril, že „legislatíva neumožňujúca individuálne posúdenie a zakazujúca ženám predmetné zamestnanie, zatiaľ čo takéto zamestnanie nie je zakázané mužom, ktorých vitálna kapacita a počet erytrocytov v krvi je rovnaký alebo nižší, ako sú priemerné hodnoty týchto

³⁹ Tamtiež, bod 25.

⁴⁰ Tamtiež, bod 28.

⁴¹ Johnston v. Royal Ulster Constabulary, bod 44; Kreil v. Bundesrepublik Deutschland, bod 30.

⁴² Vec C-203/03, Commission of the European Communities v. Republic of Austria, ECR (2005) I-935.

⁴³ Tamtiež, bod 46.

veličin u žien, nie je dovolené podľa čl. 2 ods. 3 smernice 76/207/ES⁴⁴ a predstavuje diskrimináciu na základe pohlavia“.⁴⁵ Výnimky na ochranu zdravia žien by teda pravdepodobne boli eurokonformné v prípade možnosti individuálneho posúdenia, resp. ak by boli explicitne stanovené zdravotné či fyziologické požiadavky, ktoré by mali byť u oboch pohlaví nevyhnutné na výkon povolania.

Aj vo vzťahu k banskej činnosti ESD naznačil, že by bolo možné pripustiť existenciu výnimky na práce, ktoré by boli fyzický náročnejšie natoľko, že by predstavovali osobitné riziko pre ochranu biologických schopností žien otehotniť a porodiť.⁴⁶ Načrtol tak, že výnimka podľa čl. 2 ods. 3 smernice 76/207/ES (čl. 2 ods. 7 smernice v platnom znení) by mohla zahŕňať nie len rozdielne zaobchádzanie s tehotnými ženami, ženami krátko po pôrode a dojčiacimi ženami, ale aj rozdielne zaobchádzanie v prístupe k zamestnaniu so všetkými ženami s cieľom ochrany schopností ženy otehotniť a porodiť. Ak by sa niektoré členské štáty pokúšali týmto cieľom odôvodniť určité zákazy zamestnania pre ženy všeobecne, bude zaujímavé ako sa národná legislatíva či budúca judikatúra ESD vysporiada s takýmto zákazom v prípade žien, ktoré nemajú resp. stratili z akéhokoľvek dôvodu schopnosť otehotniť a porodiť. Opäť sa tak dostávame k otázke komparátora, ktorého presné stanovenie by v takomto prípade rozlíšilo skupinu žien. Bol by komparátorom určitý, presne stanovený, zdravotný stav ako je to napr. pri prijímaní mužov aj žien do armády? Išlo by o slobodné rozhodnutie ženy vziať na seba riziko z poškodenia jej reprodukčných schopností? Alebo o všeobecný zákaz s výnimkou pre ženy dokladujúce nemožnosť otehotnenia lekárskeym potvrdením? A ako by sa v prípade pripustenia takejto argumentácie vysporiadal ESD s ochranou reprodukčných schopností mužov?

Na prípade Európska komisia v. Rakúsko možno dokumentovať nie len snahu o harmonizáciu európskej ochrany žien, no aj rozdielne vnímanie ochrany žien na komunitárnej a univerzálnej úrovni. Pri obhajobe zákazu na prácu pod zemou totiž rakúska vláda argumentovala aj svojím medzinárodnoprávnym záväzkom, vyplývajúcim z Dohovoru Medzinárodnej organizácie práce o zamestnávaní žien pod zemou v baniach všetkých druhov č. 45 z roku 1935.⁴⁷ Pri posudzovaní jeho kompatibility s komunitárnym právom Súdny dvor dospel k záveru, že záväzky vyplývajúce z dohovoru nie sú v súlade s čl. 2 a 3 smernice 76/207/ES. Členské štáty, by preto mali vypovedať tento dohovor, prípadne zvoliť iný prostriedok na odstránenie jeho rozporu so zásadou rovnakého zaobchádzania v práve Európskych spoločenstiev.⁴⁸

4. VÝNIMKA V PRÍSTUPE K TOVAROM A SLUŽBÁM

Výnimku z dôvodu pohlavia umožňuje komunitárne právo aj pokiaľ ide o prístup k tovarom a službám.⁴⁹ Čl. 4 ods. 5 smernice 2004/113/ES⁵⁰ umožňuje výlučné alebo prednostné

⁴⁴ Aj v tomto prípade bolo ešte posudzované pôvodné znenie smernice.

⁴⁵ Tamtiež, bod 74.

⁴⁶ Tamtiež, bod 47.

⁴⁷ Oznámenie Federálneho ministerstva zahraničných vecí č. 441/1990 Zb.

⁴⁸ Možno doplniť, že Slovenská i Česká republika už oznámili Medzinárodnej organizácii práce svoju vôľu vypovedať predmetný dohovor.

⁴⁹ V rámci zásady rovnakého zaobchádzania pri poskytovaní tovarov a služieb bez ohľadu na rasový alebo etnický pôvod, nebola obdobná výnimka formulovaná (pozri čl. 3 ods. 1 písm. h) smernice 2000/43/ES).

poskytovanie tovarov a služieb príslušníkom jedného pohlavia, ak je to „odôvodnené legitímnym cieľom a ak sú prostriedky na dosiahnutie tohto cieľa primerané a nevyhnutné“. Pre pochopenie rozsahu tejto výnimky je však na úvod potrebné zadefinovať pôsobnosť smernice 2004/113/ES. Vzťahuje sa na poskytovanie tovarov a služieb, ktoré sú prístupné verejnosti, bez ohľadu na osobu poskytovateľa, pokiaľ ide o verejný a súkromný sektor vrátane orgánov verejnej moci (čl. 3 ods. 1 smernice). Pojem „prístupné verejnosti“ poukazuje iba na tovary a služby, ktoré sú ponúkané neurčitému počtu ľudí, zatiaľ čo akákoľvek ponuka obmedzenému a preto určitému (alebo prinajmenšom určiteľnému) počtu ľudí (napr. kolegovia, susedia alebo priatelia) je vylúčená z pôsobnosti smernice.⁵¹ Úmyslom smernice je čo najmenej obmedziť zmluvnú autonómiu jednotlivcov. Čl. 3 ods. 2 smernice 2004/113ES explicitne ustanovuje, že „smernica sa nedotýka slobody jednotlivca vybrať si zmluvného partnera, pokiaľ výber zmluvného partnera jednotlivcom nie je založený na pohlaví tejto osoby“. Smernica sa nedotýka ani oddeleného poskytovania tovarov a služieb. Ich poskytovanie v samostatných priestoroch, však nesmie byť pre určité pohlavie výhodnejšie.

Ak by sme formuláciu výnimky porovnali s formuláciou výnimky skutočnej a určujúcej požiadavky na zamestnanie, absentuje tu potreba preukázať pri jednotlivých výnimkách skutočný a určujúci vzťah medzi povahou tovaru či služby a pohlavím osoby zákazníka. Táto skutočnosť vedie k otázke, či sa má prípadný osobitný vzťah definovať v rámci legitímneho cieľa výnimky. Alebo existencia takéhoto vzťahu nie je pri výnimke na poskytovanie tovarov a služieb potrebná? Jednoznačne dá na túto otázku odpoveď zrejme až Súdny dvor. Z príkladov legitímnych cieľov uvádzaných recitálom 16 smernice⁵² je však možné vyvodiť širší priestor pre aplikáciu tejto výnimky, ako je to v prípade skutočnej a určujúcej požiadavky na zamestnanie.

Legitímne rozdielne zaobchádzanie môže spočívať vo „výlučnom alebo prednostnom“ poskytnutí tovaru či služby. Odkaz na „primeranosť a nevyhnutnosť“ cieľa v rámci výnimky je potrebné vykladať obdobne ako v prípade výnimky skutočnej a určujúcej požiadavky na zamestnanie na základe pohlavia. Každé prijímané opatrenie musí byť v súlade s princípom proporcionality vyplývajúcim z judikatúry ESD. Nakoľko transpozičná lehota smernice 2004/113/ES uplynula 21. decembra 2007, ESD doposiaľ v žiadnom spore neposudzoval ani výnimky z nej vyplývajúce. Otázne tak zostáva, či by bolo možné ospravedlniť touto výnimkou finančnú stimuláciu prednostného poskytovania tovaru či služby (napr. voľný vstup na diskotéky pre ženy).

⁵⁰ Smernica Rady 2004/113/ES z 13. decembra 2004 o vykonávaní zásady rovnakého zaobchádzania medzi mužmi a ženami v prístupe k tovaru a službám a k ich poskytovaniu (Ú. v. EÚ L 373, 21.12.2004).

⁵¹ Krois, Ch.: Directive 2004/113/EC on sexual equality in access to goods and services: Progress or impasse in European sex discrimination law?, Columbia Journal Of European Law: vol 12, no. 1, winter 2005/2006, s. 323 – 338.

⁵² „Legitímnym cieľom môže byť napríklad ochrana obetí sexuálneho násillia (v prípadoch ako je zriaďovanie útulkov výhradne pre mužov alebo pre ženy), dôvody súkromia a slušnosti (v prípadoch, keď ubytovanie poskytuje osoba v časti svojej domácnosti), podpora rovnosti pohlaví alebo záujmov mužov alebo žien (napríklad dobrovoľné organizácie výhradne pre mužov alebo pre ženy), sloboda združovania (v prípade členstva v súkromných kluboch výhradne pre mužov alebo pre ženy) a organizovanie športových podujatí (napríklad športové podujatia výhradne pre mužov alebo pre ženy).“

5. VÝNIMKA VO VZŤAHU K TEHOTENSTVU A MATERSTVU V PRÍSTUPE K TOVAROM A SLUŽBÁM

Podobne ako pri zamestnaneckých vzťahoch, aj pri poskytovaní tovarov a služieb platí výnimka zo zásady rovnakého zaobchádzania pri poskytovaní služieb tehotným ženám a matkám. Umožňuje ju ustanovenie čl. 4 ods. 2 smernice 2004/113/ES, ktorý vylučuje z pod pôsobnosti zákazu diskriminácie opatrenia na ochranu tehotných žien a matiek.⁵³ Vychádzajúc z judikatúry ESD v rámci výnimky vo vzťahu k tehotným ženám a matkám v zamestnaneckých vzťahoch možno vyvodiť, že odkaz na tehotenstvo a materstvo má smerovať k ochrane biologických podmienok žien, špeciálneho vzťahu medzi ženou a dieťaťom ako aj k ochrane dieťaťa. Ospravedlniteľnou výnimkou by preto bolo napr. prednostné vybavenie tehotnej pacientky v lekárskej ambulancii, či prednostné poskytnutie ubytovania tehotnej žene alebo dojčiacej matke.

Otáznou však zostáva ochrana vyššie uvedených záujmov spôsobom, ktorý by znamenal nepriaznivejšie zaobchádzanie v prístupe a poskytovaní tovarov a služieb danej skupine žien (napr. zákaz predaja cigariet tehotným ženám, či neposkytnutie služieb leteckej dopravy tehotným ženám). Pripomenieme, že čl. 4 ods. 2 smernice 2004/113/ES vyníma z pod jej pôsobnosti len priaznivejšie ustanovenia na ich ochranu.⁵⁴ Navyše priamou diskrimináciou porušujúcou zásadu rovnakého zaobchádzania sa podľa čl. 4 ods. 1 písm. a) smernice 2004/113/ES rozumie aj „menej priaznivé zaobchádzanie so ženami z dôvodov tehotenstva a materstva“.⁵⁵ Z doterajšej judikatúry však možno vyvodiť snahu o čo najširšiu ochranu tehotných žien a žien krátko po pôrode. Sme preto toho názoru, že obmedzený prístup k tovarom alebo službám, za účelom ochrany tehotnej ženy či dieťaťa, by mohol byť súladný so zásadou rovnakého zaobchádzania v prípade, ak by vyhovelo aj požiadavkám princípu proporcionality. Nevyhnutnosť a primeranosť opatrení by sa musela preukázať nie len k ich cieľu a predmetu, no aj k právu na súkromný a rodinný život. Toto právo smernica 2004/113/ES osobitne zvyrazňuje.⁵⁶ Ako sme už uviedli, aj Súdny dvor v prípade Hofmann v. Barmer Erstkasse judikoval, že cieľom smernice 76/207/EHS nie je riešiť otázky rodinného života.⁵⁷

V prípade služieb leteckej dopravy tehotným ženám, za súčasnej absencie jednotnej úpravy na európskej úrovni, letecké spoločnosti umožňujú lietať tehotným ženám bez obmedzení, alebo na základe lekárskeho potvrdenia, no vo väčšine prípadov uplatňujú zákaz prístupu k leteckej doprave medzi 28. až 36. týždňom tehotenstva. Takýto rozdielny prístup vytvára priestor pre

⁵³ „Táto smernica sa nedotýka priaznivejších ustanovení, ktoré sa týkajú ochrany žien v súvislosti s tehotenstvom a materstvom.“ (čl. 4 ods. 2 smernice 2004/113/ES).

⁵⁴ Naproti tomu podľa čl. 2 ods. 7 smernice 76/207/EHS sa táto smernica „nedotýka ustanovení týkajúcich sa ochrany žien, najmä v súvislosti s tehotenstvom a materstvom“. Prípadné výnimky spočívajúce v nepriaznivejšom zaobchádzaní sú však limitované čl. 2 ods. 7 tretia veta smernice 76/207/EHS, ktorá ako diskrimináciu hodnotí „menej priaznivé zaobchádzanie so ženou súvisiace s tehotenstvom alebo materskou dovolenkou v zmysle smernice 92/85/EHS“.

⁵⁵ Absencia obdobného ustanovenia v definícii priamej diskriminácie podľa smernice 76/207/EHS je predmetom odbornej kritiky. Ahtela, K: The revised provisions on sex discrimination in European law: A critical assessment. *European Law Journal*, vol. 11, no. 1, 2005, s. 57 – 78.

⁵⁶ Recitál 3 uvádza: „Popri zákaze diskriminácie je dôležité, aby sa dodržiavali ostatné základné práva a slobody vrátane ochrany súkromného a rodinného života a úkony vykonané v tejto súvislosti a sloboda náboženského vyznania.“

⁵⁷ Vec 184/83 Hofmann v. Barmer Erstkasse, bod 24.

uplatnenie rozhodovacej právomoci ESD pri hľadaní primeranej hranice medzi ochranou zdravia tehotnej ženy a neprimeraným zasahovaním do jej práva na prístup k danej službe, ako aj do jej súkromia.

6. VÝNIMKA PRI POSKYTOVANÍ POISŤOVACÍCH A INÝCH FINANČNÝCH SLUŽIEB

Ďalšia výnimka na základe pohlavia sa týka poskytovania poisťovacích a iných súvisiacich finančných služieb. Európske spoločenstvo uznalo, že pohlavie je používané ako poistno-matematický faktor na výpočet rizík pri stanovení výšky poistného. Napriek tomu, že určité kategórie rizík sa môžu pre pohlavia v priemere líšiť, zásada rovnakého zaobchádzania má zabezpečiť neutralitu aj v prístupe k poistným a súvisiacim finančným službám. Čl. 5 ods. 1 smernice 2004/113/ES stanovil členským štátom povinnosť zabezpečiť, aby použitie pohlavia ako poistno-matematického faktora nemalo za následok rozdiely vo výpočte výšky poistného a poistného plnenia.⁵⁸ Napr. v prípade životného poistenia sa majú používať iné faktory, ktoré sú významnejšie pri určovaní očakávanej dĺžky života. Ide napr. o spoločensko-ekonomické faktory, životný štýl, zamestnanie, miesto pobytu, stravovacie návyky, fajčenie a pod. Európska komisia poukázala na štúdie preukazujúce, že ak sa odstránia faktory životného štýlu, spoločenskej triedy a prostredia, rozdiel v priemernej očakávanej dĺžke života medzi mužmi a ženami je od nula do dvoch rokov, pričom ani rozdiely v očakávanej dĺžke života v populácii v jednotlivých členských krajinách nemôžu byť pripisované biologickým rozdielom.⁵⁹ Smernica sa tak snaží donútiť poisťovací priemysel, aby pri určovaní poistného bral do úvahy konkrétne podmienky jednotlivca a nie priemerné hodnoty, ktoré môžu konkrétneho jednotlivca stavať do nevýhody.

Kvôli silnému odporu poisťovacieho trhu voči tomuto zákazu, bola súčasne akceptovaná aj výnimka, ktorá podľa čl. 5 ods. 2 smernice umožnila členským štátom uplatňovať používanie pohlavia ako faktora pri hodnotení rizika za predpokladu, že pohlavie bude určujúcim faktorom podloženým na základe „príslušných a presných poistno-matematických a štatistických údajov“.⁶⁰ Ide o výnimku, ktorá je úplne rozdielna od doteraz rozoberaných exempčných prípadov. Nemá sa uplatňovať len vo výnimočných situáciách za reštriktívne stanovených podmienok. Ide o veľmi všeobecnú výnimku, ktorá členským štátom umožnila nevídaný rozsah diskrečnej právomoci. Nemusia totiž zvažovať konkrétne prípady, okolnosti či druhy poistení, ale môžu na neurčitý čas oddialiť vykonávanie čl. 5 ods. 1 smernice 2004/113/ES. Isté obmedzenie síce spočíva v preukázaní vyššieho rizika u jedného z pohlaví štatistickými údajmi, no tieto nie sú nijako špecifikované. Nie je jasne určená metodika získavania a vyhodnocovania informácií, ani obdobie, ktorého sa majú týkať.

Ešte širšia výnimka z prístupu k poistným službám bola pripustená v rámci zákazu rozdielov vo výške poistného a poistného plnenia z dôvodu nákladov súvisiacich s tehotenstvom

⁵⁸ Toto ustanovenie sa má týkať len nových zmlúv uzavretých najneskôr po 21. decembri 2007.

⁵⁹ Explanatory Memorandum of Proposal for a Council Directive implementing the principle of equal treatment between women and men in the access to and supply of goods and services (presented by the Commission), COM (2003) 567 final, s. 6.

⁶⁰ Využitie výnimky mohli členské štáty oznámiť len do 21. decembra 2007. Odklad aplikácie zásady rovnakého zaobchádzania nie je pritom presne ohraničený. Po 21. decembri 2007 majú výnimku príslušné členské štáty prehodnotiť. Do 21. decembra 2009 majú Európskej komisii odovzdať informácie týkajúce sa uplatňovania celej smernice. Európska komisia musí do 21. decembra 2010 predložiť Európskemu parlamentu a Rade svoju správu o uplatňovaní čl. 5 smernice 2004/113/ES s návrhmi na jej prípadnú zmenu.

a materstvom. Členské štáty môžu vykonávanie takýchto opatrení odložiť najneskôr do 21. decembra 2009 bez akéhokoľvek obmedzenia (čl. 5 ods. 3 smernice 2004/113/ES).

Rozsah týchto výnimiek ospravedlňujú samozrejme predstavitelia poisťovníctva. Tí vyjadrili presvedčenie, že odstránenie možností prihliadania na pohlavie pri výpočte výšky poistného bude znamenať umelé prekrútenie poisťovacieho trhu, ktorý nebude môcť vo výške poistného vyjadriť reálne riziká. To by mohlo viesť aj k finančnej nedostupnosti určitých produktov (napr. zdravotné a penzijné poistenie pre mužov alebo životné poistenie a poistenie automobilov pre ženy).⁶¹ Vo všeobecnosti sa uznáva, že zásada rovnakého zaobchádzania pre ženy a mužov v prístupe k poisťovacím službám bude znamenať dodatočné náklady, ktoré uhradia konzumenti týchto služieb.⁶² Napr. v prípade poistenia zodpovednosti za škodu spôsobenú prevádzkou motorového vozidla je možné nižšie poistenie pre ženy, nakoľko je štatisticky dokázané, že nehodovosť žien je výrazne nižšia ako u mužov. V súčasnosti je tento prístup legitímny len na základe výnimky podľa čl. 5 ods. 2 smernice 2004/113/ES. V prípade, ak by sa ale nemohlo prihliadať práve na pohlavie, poisťka pre ženy a mužov by bola rovnaká, resp. by sa odstránilo v súčasnosti možné zvýhodnenie žien a prípadne znevýhodnenie mužov. To má práve viesť k tomu, aby poisťovne kalkulovali poistné na základe presnejších faktorov, ktoré budú individuálne hodnotiť riziko toho ktorého poistenca (napr. počet odjazdených rokov, beznehodová jazda). Dlhá transpozičná lehota, ako aj možnosť výnimky, má umožniť pomenovanie a vývin takýchto neutrálnych poistno-matematických faktorov.

Obmedzený rozsah pôsobnosti smernice 2004/113/ES ako aj široko formulované výnimky sú dôvodom na kritiku celej smernice. V odbornej verejnosti sa objavujú jej rezervované hodnotenia ako čiastočne úspešnej v rozvinutí konceptu rovnosti, či priam narúšajúcej vecné chápanie rovnosti.⁶³

7. POZITÍVNE OPATRENIA

Pri výpočte výnimiek zo zásady rovnakého zaobchádzania medzi mužmi a ženami, nie je možné opomenúť možnosť zachovania alebo prijatia osobitných opatrení na predchádzanie či zamedzenie alebo kompenzáciu nevýhod súvisiacich s pohlavím s cieľom zabezpečiť úplnú rovnosť medzi mužmi a ženami v praxi. V rámci prístupu k zamestnaniu čl. 2 ods. 8 smernice 76/207/EHS umožňuje členským štátom zachovať alebo prijať „opatrenia v zmysle čl. 141 ods. 4 Zmluvy⁶⁴ s úmyslom zabezpečiť plnú rovnosť medzi mužmi a ženami v praxi“. ⁶⁵ V rámci prístupu k tovarom a službám čl. 6 smernice 2004/113/ES taktiež umožňuje

⁶¹ Poznámka č. 59, s 7.

⁶² Stanovisko Európskeho hospodárskeho a sociálneho výboru k Návrhu smernice Rady ohľadom realizácie princípu rovnakého zaobchádzania s mužmi a ženami pri prístupe k tovaru a službám a pri ich poskytovaní COM (2003) 657 final (Ú. v. EÚ C 241, 28.9.2004), bod 3.1.

⁶³ Caracciolo di Torella, E.: The principle of gender equality, the goods and services directive and insurance: A conceptual analysis. In: Maastricht Journal of European and Comparative Law, 2006, vol. 12, issue 1, s. 339 – 350.

⁶⁴ Čl. 141 ods. 4 Zmluvy: „Vzhľadom na cieľ plne zabezpečiť v praxi rovnaké zaobchádzanie s mužmi a ženami v pracovnom procese nebráni zásada rovnakého zaobchádzania žiadnemu členskému štátu zachovať alebo zaviesť opatrenia umožňujúce osobitné výhody menej zastúpenému pohlaviu pre ľahšie uplatnenie sa v odbornej pracovnej činnosti alebo ako prevenciu či kompenzáciu nevýhod v profesijnej kariére.“

⁶⁵ Rovnakú formuláciu pozitívnych opatrení s odkazom na primárne právo upravuje aj čl. 3 smernice 2006/54/ES.

prijímanie „špecifických opatrení na predchádzanie nevýhod súvisiacich s pohlavím alebo na ich vyrovnanie“. Obdobná úprava „pozitívnych opatrení“ (positive action) je štandardnou súčasťou smerníc upravujúcich zásadu rovnakého zaobchádzania.⁶⁶ Nakoľko však nie je cieľom tohto príspevku rozpracovať komplexnú problematiku pozitívnych opatrení v komunitárnom práve, odkazujeme v tomto smere na odbornú literatúru.⁶⁷

Klasifikovanie inštitútu pozitívnych opatrení ako výnimky zo zásady rovnakého zaobchádzania však nie je jednoznačné. Záleží na teoreticko-filozofickom vnímaní tohto inštitútu. Pokiaľ ho vnímame ako naplnenie skutočnej, materiálnej rovnosti, potom sa nejedná o výnimku. Pokiaľ však vnímame pozitívne opatrenia ako úmyselnú a dočasnú derogáciu z inak platnej povinnosti rovnakého zaobchádzania, potom pozitívne opatrenia výnimku skutočne predstavujú.⁶⁸ V európskom kontexte nie je ich zaradenie taktiež jednotné. Objavujú sa názory chápujúce pozitívne opatrenie ako derogáciu zo zásady rovnakého zaobchádzania.⁶⁹ Podľa iných názorov, skutočnosť, že na pozitívne opatrenia sa neľadá ako na derogáciu rovnakého zaobchádzania, potvrdzuje aj znenie smernice 2006/54/ES.⁷⁰ Pozitívne opatrenia sú tu zaradené medzi všeobecné ustanovenia a nie medzi výnimky zo zásady rovnakého zaobchádzania.

V úvode tohto príspevku sme o výnimkách hovorili ako o stanovení viac či menej konkrétnych podmienok, za ktorých je prípustná exempcia, ktorou je možné prelomiť zásadu rovnakého zaobchádzania. O osobitných podmienkach možno hovoriť celkom určite aj v prípade pozitívnych opatrení, no podľa nášho názoru je ich účelom práve dosiahnutie rovnosti a nie dosiahnutie iného cieľa ako pri výnimkách. Neprelamujú zásadu rovnakého zaobchádzania, ale smerujú k jej samotnému naplneniu. Keďže vnímame pozitívne opatrenia ako inštitút zásady rovnakého zaobchádzania smerujúci k naplneniu materiálneho chápania rovnosti, považujeme za správne odlíšiť ich od výnimiek na základe sledovaného cieľa, druhov či foriem použitých nástrojov.

8. ZÁVER

V rámci rozhodnutia vo veci Európska komisia v. Veľká Británia z roku 1983 sme uviedli, že vláda pri obhajobe zdôraznila možnosť spoločenského vývoja a zmeny tradičného nezapájania sa mužov do daného povolania. S možnosťou spoločenského vývoja vo vnímaní potreby zachovania výnimiek na základe skutočnej a určujúcej požiadavky na povolanie ráta

⁶⁶ Pozri znenie čl. 7 smernice 2000/78/ES, čl. 5 smernice 2000/43/ES.

⁶⁷ Pozri napr. Bobek, M., Boučková, P., Kühn, Z. (eds.) *Rovnosť a diskriminácia*. 1. vydání. Praha : C. H. Beck, 2007, s. 22 – 32; Costello, C., Davies, G.: *The case law of the Court of Justice in the field of sex equality since 2000*, *Common Market Law Review* 43, 2006, s. 1567 – 1616; Debrecéniová, J.: *Pozitívny postup ako novodobá súčasť politík smerujúcich k zabezpečeniu rovnosti a jeho zakotvenie v medzinárodnom, európskom a slovenskom práve*, Zborník z konferencie „(Ne)rovnosť a rovnoprávnosť“, Tatranská Štrba 13. – 15. 10. 2005, SAP, spol. s r.o., 2005; Fredman, S.: *Antidiskriminační právo*. Multikulturní centrum Praha. 2007, s. 10 – 14.

⁶⁸ Kozák, K., Kozáková, K.: *Výnimky z principu rovného zachádzaní, hranice legitímního rozlišování a protiprávní diskriminace*. In: Bobek, M., Boučková, P., Kühn, Z. (eds.) *Rovnosť a diskriminácia*. 1. vydání. Praha: C. H. Beck, 2007, s. 78.

⁶⁹ Bobek, M.: *Rovnosť jako právní problém*. In: Bobek, M., Boučková, P., Kühn, Z. (eds.) *Rovnosť a diskriminácia*. 1. vydání. Praha: C. H. Beck, 2007, s. 23.

⁷⁰ Costello, C., Davies, G.: *The case law of the Court of Justice in the field of sex equality since 2000*, *Common Market Law Review* 43, 2006, s. 1567 – 1616.

aj čl. 9 ods. 2 smernice 76/207/EHS.⁷¹ Uznal sa tak úzky súvis medzi rozsahom zásady rovnakého zaobchádzania a spoločenským vývojom v chápaní jednotlivých oblastí, do ktorých preniká táto zásada v tej ktorej členskej krajine. Odkaz na „zdôvodniteľnosť“ výnimky poukazuje na princíp proporionality. Nazeranie na nevyhnutnosť a primeranosť vylúčenia určitých činností len pre jedno pohlavie sa môže časom meniť. Smernica 2006/54/ES, upravujúca v čl. 31 ods. 3 obdobné znenie povinnosti členských štátov hodnotiť uplatnené výnimky, špecifikuje frekvenciu hodnotenia pracovných činností na minimálne osem rokov.

Vo vzťahu k výnimke čl. 5 ods. 2 smernice 2004/113/ES sa taktiež predpokladá vývoj v jej úprave a využívaní v členských štátoch. Po preskúmaní informácii od členských štátov má Európska komisia vypracovať najneskôr v roku 2010 správu o uplatňovaní čl. 5 smernice s návrhmi na prípadné zmeny vo vzťahu k používaniu faktora pohlavia na výpočet prémie a zliav (čl. 16 smernice 2004/113/ES). Tu sa predpokladá vývoj vo vnímaní potreby existencie predmetnej výnimky zo strany poisťovateľov, ktorý by mali byť schopný zdefinovať neutrálne poisťno-matematické faktory.

Budúci vývoj európskeho práva smerom k minimalizovaniu pohlavia ako diskriminačného dôvodu aj v oblastiach, ktoré neboli doposiaľ upravené, bude pravdepodobne legimizovať aj ďalšie výnimky. Smernica 2004/113/ES napríklad vyňala oblasť vzdelávania, médií či reklamy spod svojej pôsobnosti. Naproti tomu, v prípade diskriminačného dôvodu rasového alebo etnického pôvodu nespôsobil bezvýnimočný zákaz diskriminácie v oblasti vzdelávania problém (čl. 3 ods. 1 písm. g) smernice 2000/43/ES). Dá sa preto očakávať, že výsledok snáh o harmonizáciu zásady rovnakého zaobchádzania medzi mužmi a ženami aj v iných oblastiach bude poznačený výnimkami. Tie budú spod tejto zásady vynímať rozdielne zaobchádzanie za účelom dosiahnutia určitého legitímneho cieľa. Prípadne, ako je to pri výnimke v prístupe k poisťovacím službám, bude ich úlohou zamedziť výraznejším ťažkostiam so zavádzaním zásady rovnakého zaobchádzania.

Literatura:

- Ahtela, K.: The revised provisions on sex discrimination in European law: A critical assessment. *European Law Journal*, vol. 11, no. 1, 2005, s. 57 – 78.
- Barancová, H.: Slovenské a európske pracovné právo, Bratislava, Poradca podnikateľa, 2004, s. 992, ISBN 80-88931-32-0.
- Bobek, M., Boučková, P., Kühn, Z. (eds.): Rovnosť a diskriminácia. 1. vydání. Praha: C. H. Beck, 2007, s. 471, ISBN 978-80-7179-584-1.
- Caracciolo di Torella, E.: The principle of gender equality, the goods and services directive and insurance: A conceptual analysis. *Maastricht Journal of European and Comparative Law*, 2006, vol. 12, issue 1, s. 339 – 350.

⁷¹ Čl. 9 ods. 2 smernice 76/207/EHS v platnom znení: „Členské štáty pravidelne hodnotia profesijné činnosti uvedené v článku 2 ods. 2 s cieľom rozhodnúť, či vzhľadom na dosiahnutú úroveň sociálneho rozvoja je zachovanie existujúcich výnimiek naďalej zdôvodnené. O výsledku hodnotenia informujú Komisiu.“ V tomto smere smernica 2002/73/ES, ktorá novelizovala smernicu 76/207/EHS, nereagovala na presun výnimky skutočnej a určujúcej požiadavky do čl. 2 ods. 6 smernice 76/207/EHS.

- Costello, C., Davies, G.: The case law of the Court of Justice in the field of sex equality since 2000, *Common Market Law Review* 43, 2006, s. 1567 – 1616.
- Krois, CH.: Directive 2004/113/EC on sexual equality in access to goods and services: Progress or impasse in European sex discrimination law?, *Columbia Journal Of European Law*: vol. 12, no. 1, winter 2005/2006, s. 323 – 338.
- Neuwahl, N.A., Rosas, A. (eds.): *The European Union and Human Rights*, The Hague, Kluwer Law International, 1995, ISBN 90-411-0124-1.
- Prechal, S., Burrows, N.: *Gender Discrimination Law of the European Community*, Aldershot, Dartmouth Publishing, 1990, s. 351, ISBN 1-85521-058-4.
- Tridimas, T.: *The General Principle of EC Law*, Oxford, Oxford University Press, 1999, s. 377, ISBN 0-19-826-012-1.
- Citované rozsudky Európskeho súdneho dvora, primárne a sekundárne akty Európskych spoločenstiev a ďalšie citované dokumenty.

Kontaktní údaje na autora – email:

davala05@yahoo.com

COMPARISON OF PROVISIONS ON PROROGATION IN CURRENT AND PROPOSED VERSIONS OF THE CZECH STATUTE ON PRIVATE INTERNATIONAL LAW AND REGULATION (EC) NO. 44/2001

VLADIMÍR DOLEŽEL

Právnická fakulta Masarykovy univerzity, Česká republika

Abstrakt v rodném jazyce

Předmětem příspěvku je komparace ustanovení o prorogaci v rámci navrhovaného textu nového zákona o mezinárodním právu hmotném a procesní vzhledem ke stávajícímu textu zákona a Nařízení Brusel I. Je zkoumáno, zda nový text zákona vylepšuje stávající stav. Text návrhu je zkoumán jak z pohledu teoretických otázek, tak i z pohledu aplikační praxe. Srovnávány jsou následující oblasti: systematika norem, rozsah aplikace, subjekty, podmínky a omezení, forma, čas, důsledky a následky nedodržení.

Klíčová slova v rodném jazyce

Prorogace, derogace, mezinárodní pravomoc, mezinárodní příslušnost, fórum.

Abstract

The subject of this contribution is a comparison of provisions on prorogation in proposed text of new Czech statute on private international law to current text and Regulation Brussels I. It is examined whether the proposed text improves the current ones. The proposed text is examined from the point of view of both theory and needs of practice. Comparison is made in these areas: taxonomy of rules, scope of application, subjects, conditions and limitations, form, time, effects and consequences of breach.

Key words

Prorogation, derogation, jurisdiction, forum.

1. INTRODUCTION

Within the framework of a re-codification of the Czech civil law, a proposed text of a new Private International Law statute (hereinafter referred as “new PIL”) has been released to public. The new PIL should become effective at the same date as new Civil Code and Commercial statute¹. The new PIL should be more perfect and precise compared to the current one. Issues and problems arising under current statute both at theoretical and practical levels should be covered. Also the rules in the new PIL should be easier to be applied no matter if by professionals or amateurs. This article aims to evaluate, whether given targets and preconditions have been met insofar as prorogation provision is considered. The way of reaching this goal is based on a comparison of relevant provisions of the new PIL to relevant provisions of current text of the statute Nr. 97/1963Coll., on private international law (hereinafter referred as “current PIL”), and regulation (EC) Nr. 44/2001 on jurisdiction and enforcement of decisions in civil and commercial matters (hereinafter referred as “Regulation”).

¹ Ministerstvo spravedlnosti. Návrh zákona o mezinárodním právu soukromém. [online] 2008. <dostupné z: <http://obcanskyzakonik.justice.cz/cz/zakon-o-mezinarodnim-pravu-soukromem/text-navrhu-zakona.html>> [cit. 9.11.2008]

2. TAXONOMY OF PROROGATION PROVISIONS

New PIL covers the issue of prorogation in §86 and §87. Provision of §86 deals with prorogation of jurisdiction of Czech courts. Prorogation of foreign jurisdictions, therefore derogation of the jurisdiction of Czech courts is governed by §87 of new PIL. Both rules should be considered as general. Special prorogation rule on prorogation in labour relationships is to be found in §90 of new PIL.

Current PIL deals with prorogation of jurisdiction of Czech courts in §37 sub. 2. and with derogation of jurisdiction of Czech courts in §37 sub. 3. Both provisions are case a general rules, as current PIL includes no special provision on prorogation in specific area of relationship.

Regulation covers the topic of prorogation in general in Art.23. Some authors consider Art. 24 as a specific kind of a prorogation. Other authors describe Art. 24 as a subordinating clause and do not classify this provision under prorogation. Special rules governing prorogation in insurance, consumer and labour relationships are incorporated in Art. 13,17 and 21 of the Regulation. It is necessary to describe a relation among Art. 23 and Art. 13,17 and 21. Despite the fact that Art. 13,17 and 21 are preceding Art. 23, under my opinion they are *lex specialis* to Art. 23 as *lex generalis*². Therefore, in questions which are not fully covered by Art. 13,17 and 21 Regulation (i.e. question of form), Art. 23 is to be applied, should there be the question answered.

New PIL keeps the taxonomy of current PIL, explicitly separating regime of prorogation from a regime of derogation of jurisdiction. Due to territorial limitation of effect of both PIL on the area of the Czech Republic only, is the separation of regimes of derogation and prorogation suitable, for its comprehensibility and ease of application. Avoidance of any provision on derogation in Regulation may be imputed to the purely international origin of the Regulation³. The Regulation is effective on the territory of EC except of Denmark⁴ and the expressed rule on derogation would cause problems and would make a system of prorogation more complicated compared to the rules with effects only on the territory of one state. Nevertheless new PIL might be inspired by Regulation as prorogation in labour relations are considered. Although prorogation in labour relations is enabled even in current PIL⁵, current PIL does not include any special rule.

3. SCOPE OF PROVISIONS

Scope of provisions defines the area of legal relationships in which a jurisdiction can be prorogated. It is a question of a vital importance. New PIL permits parties to conclude a choice of jurisdiction “in contractual relations” and “labour relations”. The report on new PIL do not specify terms. Current PIL enables prorogation in property litigations. Commentary as to property litigations states as follows “Property litigations shall be understood a

² Similarly Rozehnalová, N., Týč, V., Novotná, M. *Evropské mezinárodní právo soukromé*. Brno: MU v Brně, 2000. ISBN 80-210-1867-4. s.181.

³ The Regulation was created via transformation of Brussels Convention.

⁴ Pauknerová, M. *Evropské mezinárodní právo soukromé*. Praha : C.H. Beck, 2008. ISBN 978-80-7400-034-8. s. 127.

⁵ See below.

controversial litigations, where plaintiff seeks the defendant to be ordered to provide the plaintiff a proprietary fulfillments, mostly pecuniary, release of property or any other real fulfillment or restraining some activity. In general this institution covers all cases where plaintiff seeks a fulfillment of property nature or reflex....”⁶. The commentary enumerates explicitly also labour litigation, litigations arising of breach of IP laws and some institutes of family law as spouse’s maintenance etc. It can be summed up, that term “property litigations” shall be interpreted extensively. Common civil law theory distinguishes among in rem rights, contractual rights, heritage rights and IP laws⁷. Because of limitation on contractual rights is the new PIL to be considered as narrower as far as scope of prorogation is concerned, as some claims from IP laws are not covered by new PIL but are covered in current PIL. New PIL is a step back at this point. But it shall be reminded, that new Civil code is to be accepted together with new PIL. New Civil code has a completely new structure and receives family and labour law. It remains questionable, whether after accept of new PIL and new Civil code a litigation on for instance spouse’s maintenance or breach of IP law, will be available for prorogation? The report on new PIL states, that the scope of prorogation remains⁸. Should courts tend to interpret the term contractual relation in §86 and §87 of new PIL in an extensive way (as it did in current PIL), such a result would be possible. The another way is submit the term “contractual relation” in new PIL to autonomous interpretation. It is a role of judiciary power to answer this issue. But for now it seems that the scope of jurisdiction prorogation is narrower than in used to be.

The scope of Art. 23 in the Regulation and all other mentioned articles dealing with prorogation is given by the scope of Regulation expressed in Art. 1 sub. 1 - civil and commercial matters with limitation given in Art. 1 sub.2 Regulation. Term “civil and commercial matters” shall be interpreted autonomously⁹. ECJ in the judgement *Ce Cavel II*¹⁰ accepted application of Brussels Convention on preliminary ruling about monthly spouse’s maintenance payments. On the other hand, in judgement *De Cavel I*¹¹ ECJ denied to apply Brussels Convention in case of freeze order in divorce proceedings. Litigations from IP laws are falling within the scope of Regulation. As a summary it can be said, that Regulation has a narrower scope than current PIL but wider than new PIL.

4. SUBJECTS AND CONDITIONS/LIMITATIONS OF PROROGATION

New PIL does not give any limits towards subjects which may conclude prorogation agreement. There are no further conditions in §86 and §87. In special provision of §90 of new PIL a possibility to derogate a jurisdiction of Czech courts in labour relations is limited to

⁶ Kučera, Z., Tichý, L. *Zákon o mezinárodním právu soukromém a procesním. Komentář.* Praha: Panorama, 1989. ISBN 11-057-89. s. 222.

⁷ Plecítý, V., Vrabec, J. Salač, J. *Základy občanského práva.* Plzeň : Vydavatelství a nakladatelství Aleš Čeněk, 2005. ISBN 80-86898-25-3. s. 24.

⁸ Ministerstvo spravedlnosti. *Důvodová zpráva k návrhu zákona o mezinárodním právu soukromém.* [online] 2008. [cit. 9.11.2008] Dostupný z: <http://obcanskyzakonik.justice.cz/cz/zakon-o-mezinarodnim-pravu-soukromem/duvodova-zprava.html> s. 23.

⁹ Pauknerová, M. *Evropské mezinárodní právo soukromé.* Praha : C.H. Beck, 2008. ISBN 978-80-7400-034-8. s. 128

¹⁰ Pauknerová, M. *Evropské mezinárodní právo soukromé.* Praha : C.H. Beck, 2008. ISBN 978-80-7400-034-8. s. 130.

¹¹ dtto

meeting the criteria, which has to be met cumulatively - the employee has to carry out his work abroad and the employer must not have a seat or domicile in the Czech Republic. Should these conditions be met, parties may even in labour relations prorogate any jurisdiction they like.

Current PIL empowers only legal persons to derogate the jurisdictions of Czech courts. New PIL preserved the rule prohibiting choice of the competence in judicial hierarchy in case of prorogation of Czech jurisdiction. Under my opinion it is a good rule, as the competence in judicial hierarchy is purely domestic issue and cannot be changed even in domestic litigation. Neither new PIL nor current PIL do not limit the choice of jurisdiction, even in labour issues as well, as already stated.

Regulation does not include any explicit rule on derogation of jurisdiction. Regulation does not distinguish between natural and legal persons either. Condition of applicability of art. 23 sub. 1 is that at least one party (no matter whether plaintiff or defendant) must be domiciled in the member state. If no party is domiciled in member state, Art. 23 sub. 1. is inapplicable. Regulation also limits the variety of choice of jurisdiction as only jurisdiction of member states is allowed to be chosen. This limitation is logical towards the nature of the Regulation. Special rules on prorogation given in Art. 13, 17, 21 Regulation all regulates relations where one of the subjects is weaker, typically from the economical point of view. In order to protect the weaker party do these rules set further limitations and conditions. In insurance, consumer and labour relations may a jurisdiction be prorogated only after a dispute arises and on behalf of weaker party, so that weaker party may commence a proceedings in other jurisdiction than determined by regulation¹².

There is no other way than to confess, that the current PIL is old and unacceptable, since it limits too much the autonomy of will of natural persons. Under new PIL and Regulation natural persons are allowed to conclude a choice of jurisdiction, but rules are trying to prevent misusage of power of stronger party. Regulation is more consistent in this issue.

5. FORM OF PROROGATION AGREEMENT

New PIL requests a prorogation agreement to be in writing. There is no duty the agreement to be on one paper. Agreement may be concluded even orally, if confirmed in writing. New PIL does not deal with modern ways of communication. Whereas fax may be taken as writing, e-mail depends on whether was digitally signed or not. There is no progress in this issue compared to current PIL. Current PIL does include one deviation. If jurisdiction of Czech courts is to be derogated, the agreement has to be in writing only for Czech party. The request placed on agreement is met even if foreign party did the agreement orally¹³, should such an expression of will be valid under law of state, where such an expression of will was made.

Regulation is obviously more benevolent in this issue. Regulation on first place requests the prorogation to be made in writing as well, but by the means of practice between parties or customs in the field of business an oral or even concludent agreement is acceptable as well. Regulation also expressly covers the topic of electronic ways of communication, which

¹² For further details please see Regulation

¹³ Kučera, Z., Tichý, L. Zákon o mezinárodním právu soukromém a procesním. Komentář. Praha: Panorama, 1989. ISBN 11-057-89. s. 225

provided a permanent record of communication can be made are placed on the same level with writing. Also here agreement on one or more documents is acceptable.

It is common to all provisions under this comparison, that does not cover a prorogation clause included in general commercial terms on the backside of the form contract. It is not stated anywhere, but courts came to this conclusion¹⁴ and there is no sign of breach in the near future.

The most progressive seems to be Regulation, because of free form of prorogation agreement. It is a shame, that a new PIL does not absorbed a system, where under practices and customs agreement in writing is not necessary. Also a silence on modern ways communication is to criticize.

6. TIME OF CONCLUDING PROROGATION AGREEMENT AND THE RANGE OF RELATIONS UNDER PROROGATION AGREEMENT

Time covers a huge variety of possibilities when a prorogation agreement could be concluded. It may happened in the beginning of relationship before negotiating subject of the contract. Often is the prorogation agreement concluded and incorporated in the contract. Prorogation agreement may be concluded at the time a dispute appears or even when proceedings has been commenced. Not all of these possibilities must be necessary be accessible. It depends on legal rules on prorogation, whether they do not place limits.

Concerning the range of relations under prorogation agreement it is generally true, that prorogation agreement may be concluded as framework agreement for several mutual legal relations, for particular relation or only a part of legal relation.

New PIL does not cover the time issue at all. Even in labour relations, under protection of weaker party is the new PIL silent as the time dimension is in case. The same applies to current PIL. No limits are imposed even as to range of relations under prorogation.

Situation is much more complicated as Regulation is concerned. Art. 23 says "... which have arisen or which may arise in connection with a particular legal relationship..." There is no doubt that the prorogation may be concluded both before or after the dispute appears. The linguistic method of interpretation leads us to the conclusion, that prorogation agreement may be validly agreed only for the relationship, but not as a framework agreement. I am no aware of any decision, which tried to interpret the wording "particular relationship" in an extensive way. Therefore it has to be confirmed, that above given interpretation is correct and the Regulation does not allow parties to conclude a prorogation in the framework agreement¹⁵. Under my opinion this is a serious drawback of the Regulation.

Other limits are in the Regulation imposed in provisions concerning consumer, labour and insurance contracts. In such a relations a prorogation agreement may be concluded, but for the protection of weaker party only after a dispute has appeared.

¹⁴ Rozehnalová, N., Týč, V., Novotná, M. *Evropské mezinárodní právo soukromé*. Brno: MU v Brně, 2000. ISBN 80-210-1867-4. s. 201

¹⁵ Rozehnalová, N., Týč, V., Novotná, M. *Evropské mezinárodní právo soukromé*. Brno: MU v Brně, 2000. ISBN 80-210-1867-4. s. 197.

7. EFFECTS OF THE PROROGATION AGREEMENT

Prorogation agreement is an agreement with procedural effects, therefore will be governed by *lex fori*. The essence of a prorogation agreement lies in determination of a forum, which is to deal with the dispute on which a prorogation agreement has been concluded. There are two approaches to the prorogation agreement in the theory. Under first theory, the only forum which is entitled to deal with a dispute is a prorogated forum and other forums must not take a jurisdiction on the case. Under this theoretical approach the choice of jurisdiction made by a prorogation agreement is exclusive. Under second theory may any forum take a jurisdiction over the dispute, shall the dispute be presented, despite the existence of a prorogation agreement. This theoretical approach makes the prorogation agreement non-exclusive. This question is a rare subject of parties agreements and so it is a forum and its laws which decides, whether the prorogation is exclusive or not. From the judicial point of view, it would be better to speak of derogation of their jurisdiction, since under the concept of state sovereignty one state's courts cannot bind courts of other state¹⁶. As a result court, when a dispute is presented with prorogation agreement of another jurisdiction, do first a research whether their jurisdiction is derogated or not.

The analysis of §87 of new PIL seem vital to decide whether new PIL falls within the theory of exclusive jurisdiction based on prorogation or not. Under §87 sub. 2 letter a) new PIL Czech courts shall despite a derogation of their jurisdiction take a dispute if parties declare that they do not insist on prorogation agreement. Under my opinion this provision does not interfere with the concept of exclusive prorogation as the subject of parties declaration is a change of the prorogation agreement¹⁷. Under letters b) and c) the Czech court will deal with the case if the foreign decision cannot be recognized in the Czech Republic or if foreign court denied to deal with the case [although foreign court was prorogated] Both possibilities mean interference with a concept of exclusive prorogation. In the strict point of view, it would seem that new PIL accepted the non-exclusive theory. The report to new PIL on §87 says that letters a)-c) are exceptions to the concept of exclusive prorogation and were incorporated from a practical reasons¹⁸. This proves the first sentence of §87 sub. 2 of new PIL, that states the exclusivity of prorogation.

Current PIL does not explicitly solve the issue of exclusivity of prorogation agreement. Courts has decided, that valid prorogation agreement toward foreign jurisdiction prevent Czech courts to deal with the case¹⁹. It means that current PIL is under theory of exclusivity as well. For the autonomy of will applies, the exclusivity remains unless parties agreed otherwise. Commentary to current PIL holds the same²⁰.

¹⁶ Kučera, Z., Tichý, L. *Zákon o mezinárodním právu soukromém a procesním. Komentář*. Praha: Panorama, 1989. ISBN 11-057-89. s. 225.

¹⁷ The extraordinality of this provision lies in the ability to change an written agreement by a oral statement.

¹⁸ Ministerstvo spravedlnosti. *Důvodová zpráva k návrhu zákona o mezinárodním právu soukromém*. [online] 2008. [cit. 9.11.2008] Dostupný z: <http://obcanskyzakonik.justice.cz/cz/zakon-o-mezinarodnim-pravu-soukromem/duvodova-zprava.html> s.23

¹⁹ Judgement of the Highest court 1 Odon 39/97 dated 28.5.1997

²⁰ Kučera, Z., Tichý, L. *Zákon o mezinárodním právu soukromém a procesním. Komentář*. Praha: Panorama, 1989. ISBN 11-057-89. s.225.

The Regulation does expressly state in Art. 23, that jurisdiction based on the prorogation agreement is exclusive unless agreed otherwise. Art. 24, called subordinating clause, provides the same rule as given in §87 sub. 2. letter a) new PIL. Towards the prorogation agreement which do not fall within the scope of the Regulation²¹, but are choosing the jurisdiction of the member state is in Art. 23 sub. 3 Regulation regulated the situation similarly to §87 sub. 2. letter c) new PIL.

It can be summarized, that all rules share the concept of exclusive prorogation. I find the new PIL as the most advanced as it covers issues of real application.

8. CONSEQUENCES OF BREACH OF PROROGATION AGREEMENT

Although all rules award the prorogation agreement by exclusivity, it cannot be prevented that some court would breach the prorogation agreement and take a jurisdiction. Under §16 sub. 1 letter a) new PIL the court shall not recognize in-force foreign decisions, if “the case belongs to exclusive jurisdiction of Czech courts”. Breaching the derogating agreement of Czech courts do not prevent recognizing such a decision in the Czech Republic. But what happens if Czech courts are prorogated but foreign court decides? In the light of preceding paragraph, should Czech courts be the only one to decide because of the prorogation agreement. It is questionable whether courts will not interpret the term “exclusive jurisdiction” in the narrow way, which means for example only on in rem disputes. Under my opinion Czech courts should not recognize decision of foreign courts in matters where a jurisdiction of Czech court was agreed. Because the new PIL text is taken over from current PIL, above written applies to current PIL as well.

In the regime of Regulation a decision issued by a court dealing with the matter despite of agreed prorogation will be recognized, because chapter 7 of Regulation, covering the prorogation, is not mentioned in the chapters which if not observed prevent member states from recognizing such a decision. This is probably caused because of the effort to grant an easy circulation of decisions. It is necessary, that chapter on recognizing in Regulation is purely intra-community and so covers only decisions of other member states. Stemming out of the premise that there is a certain minimal level of justice on procedural and substantive law in all member states, it is quite logical, that decision of other jurisdiction does not create such a problem. On the opposite, states must draft their rules so that they can handle possible decisions from all states on the world - even those with questionable judicial system- and so under my opinion should be the breach prorogation in these rules awarded by refusing the recognition of decision.

Under Regulation, breach of provision on prorogation in matters of insurance and consumer contract prevent decision to be recognized.

9. CONCLUSION

The provision on prorogation in new PIL may seem as more modern and more progressive than in current PIL. At the second sight must this conclusion be revised. It is positive that natural persons are in new PIL entitled to derogate Czech jurisdiction. Also §87 sub. 2. of new PIL is a positive sign. But there are a big drawbacks as well. Two the biggest drawbacks are reduction of the scope of relations allowed to prorogation and necessary written form of the

²¹ None of parties has a domicile in the member state.

prorogation agreement. New PIL is not the most progressive even in protection of weaker parties. In summary the new PIL is not, under my opinion, a big step forward and is in some points a big step back

Literatura:

- Kučera, Z. Mezinárodní právo soukromé. Brno: Doplněk, 1999, 430 s. ISBN 1081-149-1999.
- Kučera, Z., Tichý, L. Zákon o mezinárodním právu soukromém a procesním. Komentář. Praha: Panorama, 1989, 368 s. ISBN 11-057-89.
- Ministerstvo spravedlnosti. Důvodová zpráva k návrhu zákona o mezinárodním právu soukromém. [online] 2008. [cit. 9.11.2008] Dostupný z: <http://obcanskyzakonik.justice.cz/cz/zakon-o-mezinarodnim-pravu-soukromem/duvodova-zprava.html>
- Ministerstvo spravedlnosti. Návrh zákona o mezinárodním právu soukromém. [online] 2008. [cit. 9.11.2008] Dostupný z: <http://obcanskyzakonik.justice.cz/cz/zakon-o-mezinarodnim-pravu-soukromem/text-navrhu-zakona.html>
- Pauknerová, M. Evropské mezinárodní právo soukromé. Praha : C.H. Beck, 2008, 441 s. ISBN 978-80-7400-034-8.
- Plecítý, V., Vrabec, J. Salač, J. Základy občanského práva. Plzeň : Vydavatelství a nakladatelství Aleš Čeněk, 2005, 288s. ISBN 80-86898-25-3.
- Rozehnalová, N., Týč, V., Novotná, M. Evropské mezinárodní právo soukromé. Brno: MU v Brně, 2000, 346 s. ISBN 80-210-1867-4.
- Rozehnalová, N. Mezinárodní právo obchodní. II. část. Řešení sporů. Brno: MU v Brně, 2000, 182 s. ISBN 80-210-2041-5.

Kontaktní údaje na autora – email:

vladimir.dolezel@centrum.cz

THE TOULMIN MODEL OF LEGAL ARGUMENTATION IN THE CASE C-388/01 OF THE EUROPEAN COURT OF JUSTICE

PAVOL DRLIČKA

Právnická fakulta, Trnavská univerzita, Slovenská Republika

Abstrakt v rodném jazyce

Aby sa zachoval koncept spravodlivosti, sudy sa spoliehajú na precedensy. Rovnaké prípady sú rozhodnuté podobne ako prípady pred nimi. Argumentácia v prípade je používanie faktov, pravidiel a precedensov. Jeden zo systémov právnej argumentácie bol vytvorený Stephenom Toulminom. Na prípade Európskeho súdneho dvora sa pokúsim nájsť vzor Toulminovho modelu v právnej argumentácii strán v tomto prípade.

Klíčová slova v rodném jazyce

Právna argumentácia, Toulmanov model, nesplnenie povinnosti, voľný pohyb služieb, zákaz diskriminácie.

Abstract

In order to preserve that concept of fairness, courts rely on precedent, similar cases that have been decided before. Arguing a case is a system of using combination of facts, rules and precedents. One of those systems of legal argumentation was developed by Stephen Toulmin. Using the case of European court of Justice I will try to find how the pattern of Toulmin model is to be found in legal argumentation of the parties in this case.

Key words

Legal argumentation, Toulman model, failure to fulfill obligations, free movement of services, non-discrimination.

1. INTRODUCTION

One of the principles of our system of justice and fairness is that the law is not fickle, but applies to everyone equally. In order to preserve that concept of fairness, courts rely on precedent, similar cases that have been decided before. To this end, when lawyers argue cases, they argue not only the statutes and constitutional law, but also the holdings of previous cases with similar facts.

If the earlier case came out with the result your client wants, then you compare the facts of your case to that earlier case, showing how similar they are. If the earlier case came out with a result your client wouldn't be happy with, then you distinguish the cases. That is you show how the fact pattern in your case is not similar to that of the earlier case. Now this distinguishing and showing of similarity are what you pay the lawyer for, for the skill to argue well enough to convince the court that your case is different from the ones with results you don't like, and similar to ones with results you do like.¹

¹ Legal Argumentation Jeanne Curran and Susan R. Takata and Individual Authors, June 2004, <http://www.csudh.edu/dearhabermas/factslaw01.htm> as consulted on 15. 10. 2008.

In doing this you are using different models of legal argumentation. In my case I am going to use the famous Toulmin model of argumentation.² Toulmin's starting point involves the irrelevance of theoretical argument to the assessment of practical argument. During much of the history of the Western world, particularly the Modern Period (approximately 1650-1950), philosophers presupposed the existence of prior and immutable standards to judge the adequacy of concepts, especially scientific ones. According to Toulmin, these presuppositions "imposed on philosophy a certain epistemic picture of Man the Rational Knower facing Nature the Unchanging Object of Knowledge."¹⁶ At various times throughout history, philosophers have rebelled against this notion of immutable standards but have been unable to provide standards that are not completely relativistic. Responses to this problem have been either to develop standards that can distinguish "correct" arguments from "incorrect" ones or to admit that such standards are relative to the people, times, and places in which the arguments are developed.³

Stephan Toulmin developed a method of argumentation that requires the writer to use logical structure, not in an attempt to prove any point, but in the hopes of convincing one's readers of the validity of the points used in the argument. Using claim, because clause, grounds, warrant, backing, rebuttal, and qualifiers, the writer hopes to convince the reader to accept the claim of the argument.

2. DESCRIPTION OF THE CASE C-388/01⁴

Now knowing the theory of the model I will try to apply it to the chosen case of The European Court of Justice. It is a case of The Commission of European Communities versus The Italian Republic. The Commission brought an action under Article 226 EC for a declaration that, by allowing discriminatory, advantageous rates for admission to museums, monuments, galleries, archaeological digs, parks and gardens classified as public monuments, granted by local or decentralized State authorities only in favour of Italian nationals and persons resident within the territory of those authorities running the cultural sites in question, who are aged over 60 or 65 years, and by excluding from such advantages tourists who are nationals of other Member States and non-residents who fulfill the same objective age requirements, the Italian Republic has failed to fulfill its obligations under Articles 12 EC and 49 EC.

2.1 ITALIAN LEGISLATION⁵

According to Toulmin's model of argumentation we can say that the law is used as a „because clause“ which is added to a claim as a reason that supports the claim⁶. The clause is to strengthen one's arguments and is defined as Qualifier. In this case it is the Italian legislation which is holding the function of qualifiers on the Italian side. For example it is the

²Toulmin Argument, Writing center, University of Colorado, Colorado Springs, <http://web.uccs.edu/wrtgcntr/services/archive/handouts/Toulmin%20Argument.doc> as consulted on 15.10.2008

³ Keser E., Toulmin A Critical Account of Theoretical and Practical Argument, Cyberargumentation, 2001, Excerpts from Traditional and Contemporary Logic, <http://www.nyu.edu/classes/keefe/brain/argue2.html> as consulted on 15.10.2008

⁴ As in Case C-388/01 The Commission of European Communities versus The Italian Republic

⁵ In Case C-388/01 The Commission of European Communities versus The Italian Republic

⁶Toulmin Argument, Writing center, University of Colorado, Colorado Springs, <http://web.uccs.edu/wrtgcntr/services/archive/handouts/Toulmin%20Argument.doc> as consulted on 15.10.2008

Article 1(1) of Decree No 507 of the Ministry of Cultural Assets and Natural Sites of 11 December 1997, which states, that admission to monuments, museums, galleries, archaeological digs, parks and gardens classified as national monuments shall be authorised in exchange for payment for a ticket whose validity may be independent of the date of issue. Article 4(3) of that decree provides that free admission shall be granted to Italian citizens aged fewer than 18 years or over 60 years. Coming back to the case, the Court has already held that national legislation on admission to the museums of one Member State which entails discrimination affecting only foreign tourists is, for nationals of other Member States, prohibited by Articles 7 and 59 of the EEC Treaty. Regarding the articles we can again be talking about qualifiers but seeing it from the contents when talking about discrimination we are moving to the level of Warrant, which are represented by values or principles. It depends on each of the arguing parties in which way this argument will be used. It is also clear from the Court's case-law⁷ that the principle of equal treatment, of which Article 49 EC embodies a specific instance, prohibits not only overt discrimination by reason of nationality but also all covert forms of discrimination which, by the application of other criteria of differentiation, lead in fact to the same result.

That is true, in particular, of a measure under which a distinction is drawn on the basis of residence, in that that requirement is liable to operate mainly to the detriment of nationals of other Member States, since non-residents are in the majority of cases foreigners.⁸ In that context, it is immaterial whether the contested measure affects, in some circumstances, nationals of the State in question resident in other parts of the national territory as well as nationals of other Member States. In order for a measure to be treated as being discriminatory, it is not necessary for it to have the effect of putting at an advantage all the nationals of the State in question or of putting at a disadvantage only nationals of other Member States, but not nationals of the State in question.⁹

3. THE TOULMIN MODEL OF ARGUMENTATION

3.1 THE CLAIM OF THE CASE

Within Toulmin's schema, the writer must first choose a topic and then form an opinion about the topic. This information is written in one sentence, which is called the claim.¹⁰ The Commission is stating the claim in expressing its view that the provision for advantageous admission charges infringes Articles 12 EC and 49 EC. Granting advantageous admission charges only to Italian nationals constituted a restriction on the right to have access to services to which were entitled tourists visiting Italian archaeological and cultural sites.

3.2 SUPPORTING OF THE CLAIM

In the present case, it is common ground that the free admission to museums, monuments, galleries, archaeological digs, parks and gardens classified as public monuments, granted by local or decentralized authorities, is only in favour of Italian nationals and persons resident

⁷ see, inter alia, Case C-3/88 Commission v Italy [1989] ECR 4035, paragraph 8

⁸ see, inter alia, Case C-224/97 Ciola [1999] ECR I-2517, paragraph 14

⁹ Case C-281/98 Angonese [2000] ECR I-4139, paragraph 41

¹⁰ Toulmin Argument, Writing center, University of Colorado, Colorado Springs, <http://web.uccs.edu/wrtgcntr/services/archive/handouts/Toulmin%20Argument.doc> as consulted on 15.10.2008.

within the territory of the authorities running the museum or public monument in question, in particular where they are aged over 60 or 65 years, so that the benefit of free admission is denied to tourists who are nationals of other Member States and non-residents who fulfill the same objective age requirements.

The Italian Government does not deny that the amendments made to Article 4 of Decree No 507 by Decree No 375, in order to extend to the nationals of all Member States the benefit of the advantageous rates at issue, do not apply to the museums or other monuments run by local or decentralized State authorities.¹¹

In further arguing from both parties of the case we can mostly see the use of facts and actual situation defined by Toulmin as grounds which are giving the strength to different arguments and in further way supporting the claim.¹²

As regards, first, the economic grounds put forward by the Italian Government. According to the Italian Government, cultural sites cannot be operated without financial resources. The fact that Italian nationals contributed to such public expenditure through the taxes they paid had to be taken into account. A tariff which depended on characteristics of visitors to cultural sites was the expression of a particular social policy. The Italian Government also pointed out that the Commission's allegations related to local sites, for example the Doge's Palace in Venice, for which the central Government was not responsible. That followed from Article 47 of the Decree of the President of the Republic No 416 of 24 July 1977.

The Commission on the other hand submitted that purely economic considerations could not provide grounds of general interest justifying the measure. The Court recognized the need to safeguard the cohesion of the tax system only where there was a direct link between the advantageous admission charges for Italian nationals and the taxes they paid. The Italian Republic had proved neither necessity nor proportionality. Nor had it submitted that granting advantageous admission charges to all citizens of the European Union would impair the cohesion of the tax system. Moreover, the only taxpayers who benefited were those who actually claimed the advantageous admission charges. Finally, it was inconsistent to rely on the argument as to the cohesion of the tax system while enacting Decree No 375/99 extending the advantage to all citizens of the Union for national sites.

In further steps Italian Government pointed out that cultural sites belonged to the State or to local authorities and that it were for their owners to determine conditions of admission, in particular the tariff structure. As regards the reduction available to residents, a distinction had to be drawn between State and local museums, namely that the latter were likewise not the responsibility of the Government.

In order to make that assessment, the first thing to be considered is whether the measures concerning sites owned by local authorities are to be attributed to the Member State (the Italian Republic). Then, the question as to whether those national provisions constitute a restriction within the meaning of Article 49 EC is to be considered. If they do, then the question arises as to whether there is any justification for the measures.

¹¹ Case C-388/01 The Commission of European Communities versus The Italian Republic

¹² Toulmin Argument, Writing center, University of Colorado, Colorado Springs, <http://web.uccs.edu/wrtgcntr/services/archive/handouts/Toulmin%20Argument.doc> as consulted on 15.10.2008

As the Court has consistently held, Member States are accountable not only for measures of the central State and the bodies it governs, but also for measures of local or regional authorities (including bodies legally separate from but none the less governed by such authorities). In the present case, this means that the Italian Government is responsible also for measures laid down by local authorities or by separate bodies to be attributed to those authorities.

3.3 RESTRICTION ON THE FREEDOM TO PROVIDE SERVICES

Claim is usually supported by instated value or a principle which is defined as the warrant in Toulmin's model of legal argumentation.¹³ In This case it is the principle of freedom to provide services included freedom of tourists to go to a foreign country and to enjoy services under the same conditions as residents.

The explanation "Why did you use this argument as having greater value which is beyond the case?" is the matter of supporting the warrant In Toulmin model of legal argumentation this would be described as backing.¹⁴ As he asks the question, "Why do you believe that?" This question could be perhaps answered In this connection, there must be borne in mind the case-law of the Court and the related academic literature regarding the scope of this fundamental freedom in the context of tourism. The Court has held that the freedom to provide services includes the freedom for the recipients of services, to go to another Member State in order to receive a service there, without being obstructed by restrictions, and that tourists, among others, must be regarded as recipients of services.

As regards the meaning for tourists of the freedom to provide services, the Court has held that the freedom to provide services includes the freedom for the recipients of services, including tourists, to go to another Member State in order to enjoy those services under the same conditions as nationals ... That right relates not only to access to services envisaged in the EEC Treaty but also to all the ancillary advantages which affect the conditions under which those services are provided or received.

And of course the museum sector, which the present case also concerns, the Court has held that, visiting museums is one of the determining reasons for which tourists, as recipients of services, decide to go to another Member State and that there is therefore a close link between the freedom of movement which they enjoy under the Treaty and museum admission conditions.

Moreover, a second warrant which I found in the case is that the Court itself concluded that, discrimination with regard to admission to museums may have an effect on the conditions under which services are provided, including the price thereof, and may therefore influence the decision of some persons to visit a country.

In some instances, for example in Venice and Treviso, the Italian tariffs refer to nationality and thus appear to constitute direct discrimination, whereas in others, for example in Florence and Padua, the tariffs refer to residence and the discrimination therefore appears to be indirect. As the Court has consistently held, Community law prohibits indirect discrimination

¹³Toulmin Argument, Writing center, University of Colorado, Colorado Springs, <http://web.uccs.edu/wrtgcntr/services/archive/handouts/Toulmin%20Argument.doc> as consulted on 15.10.2008

¹⁴ *Ib Id.*

as well. The Court's reason for this is that, national rules under which a distinction is drawn on the basis of residence are liable to operate mainly to the detriment of nationals of other Member States, as non-residents are in the majority of cases foreigners.

3.4 POSSIBLE JUSTIFICATION FOR THE DISCRIMINATION

Seeing the case from a different point of view it is first to be observed that discriminatory national provisions cannot be justified on the ground of so-called general interest, that is to say for reasons not provided for expressly in primary law such as Article 30 EC: only provisions which apply without distinction may be justified in this way. This principle applies also to the freedom to provide services, which is what the present case concerns.

However, even if the Court were to accept in a case such as the present that in principle the measures could be justified by reasons in the general interest, aims of a purely economic nature cannot constitute such reasons.

As regards the Italian Government's argument concerning the cohesion of the tax system this argument could be regarded as the „rebuttal“ used in Toulmin's model of argumentation. A rebuttal acknowledges the limitations of the claim. Under some circumstances, the claim may not be true. In this case it is to be observed that the link the Court's case-law requires between the particular persons on whom the advantage is conferred and their contribution to the tax take is absent.

4. CONCLUSION

It is of no surprise that the Court of European communities declares in its judgement: *”By allowing discriminatory, advantageous rates for admission to museums, monuments, galleries, archaeological digs, parks and gardens classified as public monuments, granted by local or decentralised State authorities only in favour of Italian nationals and persons resident within the territory of those authorities running the cultural sites in question, who are aged over 60 or 65 years, and by excluding from such advantages tourists who are nationals of other Member States and non-residents who fulfil the same objective age requirements, the Italian Republic has failed to fulfill its obligations under Articles 12 EC and 49 EC.”*¹⁵

After discussing the theory, and analyzing the case from both sides of possible argumentation. We can say that there being thus no justification for the discriminatory price reductions, and that's why it is clear, that the Italian Republic has infringed rules laid down in the EC treaty.

Literatura:

- Legal Argumentation Jeanne Curran and Susan R. Takata and Individual Authors, June 2004, <http://www.csudh.edu/dearhabermas/factslaw01.htm> as consulted on 15.10.2008
- Keser E., Toulmin A Critical Account of Theoretical and Practical Argument, Cyberargumentation, 2001, Excerpts from Traditional and Contemporary Logic, <http://www.nyu.edu/classes/keefe/brain/argue2.html> as consulted on 15.10.2008

¹⁵ art.28, Case C-388/01 The Commission of European Communities versus The Italian Republic

- As in Case C-388/01 The Commission of European Communities versus The Italian Republic
- Case C-3/88 Commission v Italy [1989] ECR 4035
- Case C-224/97 Ciola [1999] ECR I-2517
- Case C-281/98 Angonese [2000] ECR I-4139

Kontaktní údaje na autora – email:

palodrlicka@gmail.com

CERTAIN ASPECTS OF ONLINE ARBITRATION

JANA HERBOCZKOVÁ

Právnická fakulta Masarykovy univerzity, Česká republika

Abstrakt v rodném jazyce

V 90. letech minulého století došlo k obrovskému vývoji internetu, což vedlo ke vzniku nových druhů právních sporů, ale také k vytvoření nových nástrojů, které zjednodušují mechanismy řešení těchto sporů. Cílem tohoto příspěvku je analyzovat nedostatečnost použití tradičních způsobů řešení sporů v kyberprostoru a vhodnost použití alternativních, popř. online způsobů řešení sporů, zvláště arbitráže, v této oblasti. Příspěvek se snaží identifikovat potencionální právní problémy a překážky týkající se online arbitráže a navrhnout možná řešení těchto problémů.

Klíčová slova v rodném jazyce

Online arbitráž, online řešení sporů, New Yorská úmluva, online rozhodčí smlouva, online rozhodčí nález, vykonatelnost.

Abstract

There has been a great evolution of internet in the 90's of the last century, which have given rise to new types of legal conflicts, but at the same time it has created new tools which can simplify the dispute resolution mechanisms. This contribution analyzes why the traditional dispute resolution mechanisms are not suitable for cyberspace and suggests that the alternative or online dispute resolution, especially arbitration, is better suited for these purposes. It is trying to identify legal problems concerning online arbitration and suggest possible solutions.

Key words

Online arbitration, online dispute resolution, New York Convention, online arbitration agreement, online award, enforceability.

1. INTRODUCTION

There has been a great evolution of internet and other communication technologies in the 90's of the last century. The abolition of borders in markets because of Internet led to an enormous development of e-commerce and had an influence on the legal world. The new technologies have given rise to new types of legal conflicts and increased the complexity of traditional conflicts. On the other hand, it has created new tools which have a potential to significantly simplify not only the transactions but also the dispute resolution arising therefrom. The use of these new tools may be a source of legal uncertainty. This contribution analyzes why the traditional dispute resolution mechanisms are not suitable for cyberspace and suggests that the alternative or online dispute resolution, especially arbitration, is better suited for these purposes. Nevertheless these new mechanisms cannot exist in vacuum and have to be reconciled with existing legal framework. The contribution is therefore trying to identify legal problems concerning the online arbitration and suggest possible solutions.

2. UNSUITABILITY OF STATE SYSTEM OF COURTS FOR ONLINE DISPUTES

The state system of courts is not a suitable system of online dispute resolution. Four main problems can be identified as regards the use of court dispute settlement in this area¹. First problem is the inadequacy of current private international law when applied to delocalized online disputes, which are difficult to reconcile the concept of jurisdiction and the concept of choice of law. The second problem is the inability and unwillingness of judges to follow rapid technological and procedural changes and accordingly develop their skills. Third problem is connected with long delays in the court litigation and the fourth problem includes high costs thereof. To put it in other words, the court system of dispute resolution lacks the specialization, speed and flexibility necessary for resolution of online disputes.

According to the private international law the conflict rules lead to the application of national law to international problems. The national law has been developed for national, not international situations, and therefore it cannot always provide answers to international business problems. Moreover, the connecting factors of the private international law do not count with cyberspace realities².

According to conflict rules the determination of jurisdiction and decision of law for a dispute is based on the localization of the dispute. In the e-commerce, nevertheless, places are practically unallocated. Therefore in e-business disputes even the preliminary issues, such as the assertion of the jurisdiction and choice of law, become very complicated and unpredictable.

Let us take the EU law as an example. The Brussels I regulation³ sets the rules for determination of jurisdiction. The basic rule provided for in Article 2(1) is that the court of the Member State where the defendant is domiciled has jurisdiction. But what if the defendant is domiciled in one state, but the contract was entered into via Internet subsidiary registered in another state through a webpage with domain name `www.co.uk` or `www.en.fr`? What if the defendant is domiciled out of the EU, but has a subsidiary in the EU? The rule provided for in Art. 5 (1) of the Brussels I regulation is of no help either. Is the performance according to which the jurisdiction would be determined a sale of goods or provision of services? And how will the court determine the place of the specific performance, if the transaction took place on the internet? Art. 5(5) of the Brussels I regulation states that as regards a dispute arising out of the operations of the branch, agency or other establishment, the courts for the place in which the branch, agency or other establishment is situated has jurisdiction. How many branches can a defendant have? How many domain names does it have, `co.uk/.it/.es/.fr`? Do all of the courts in these Member States have jurisdiction?

As for determination of substantive law the Rome Convention⁴, and since December 2009 the Rome I regulation⁵, is applicable in the EU. The Rome Convention allows the parties to a

¹ López, J.E.M., *Vindobona Journal of International Commercial Law and Arbitration*, 2006, No. 10/53, p. 2

² Strout, J.R., *Online Arbitration: a Viable Solution for Resolving Disputes that Arise from Online Transactions*, 1 *Journal of American Arbitration*, 2001, No. 75, p. 3-5

³ Council Regulation (EC) No 44/2001 of 22 December 2000 on jurisdiction and the recognition and enforcement of judgments in civil and commercial matters

⁴ Convention on the Law Applicable to Contractual Obligations opened for signature in Rome on 19 June 1980 (80/934/EEC). Available at: http://www.rome-convention.org/instruments/i_conv_orig_en.htm

dispute to choose the law applicable to their contract. In the absence of this choice, the law most closely connected is applicable. To put it simply, it is presumed that the law most closely connected is the law of habitual residence of the party which effects characteristic performance. But again, how does the court establish the habitual residence of the characteristic performer, if it can be accessed through different domain names registered in many jurisdictions and accessible worldwide?

For legal certainty of the parties the jurisdiction and the law applicable to the dispute has to be clearly determined. But the determination of these questions is very difficult in transactions entered into via Internet. The cyberspace transactions are in tension with the private international law rules, which are territorial and national in nature. The private international law links the determination of these two questions with the territory of a certain country⁶.

3. ONLINE DISPUTE RESOLUTION MECHANISMS

Alternative dispute resolution mechanisms, and especially arbitration, seem to be better suited for resolution of e-business disputes. It is more flexible, specialized and expeditious. Not only can the parties agree that their potential dispute will be settled in arbitration in a particular state, but by their agreement they can effectively avoid using the conflict rules and agree on both the procedural and the substantive law applicable to the dispute. The problems of jurisdiction and choice of law are thus entirely solved and legal certainty of the parties is achieved. As for a substantive law the parties may refer either to national law of a particular state, or to *lex mercatoria*, equity or good conscience.

Arbitrators enjoy more freedom than the courts as they are not bound by *lex fori* in determination of procedural and substantive law. In the absence of choice by the parties to the dispute it is up to the arbitrator to determine the place of arbitration, procedural and substantive law. In most countries, unless there is an agreement of the parties on applicable substantive law, the arbitrator may apply the rules of law, which it considers appropriate. E.g. according to the European Convention on International Commercial Arbitration⁷ and its Article VII(1) “the arbitrators shall apply the proper law under the rule of conflict that the arbitrators deem applicable“. Doing this, the arbitrators shall take account of the terms of the contract and trade usages“. Similarly, Article 28(2) of the UNCITRAL Model Law on International Commercial Arbitration⁸ states that “failing any designation by the parties, the arbitral tribunal shall apply the law determined by the conflict of rules which it considers applicable.” What is more, within arbitration parties are more willing to comply with the award than with the court judgment. The widespread acceptance of the New York Convention⁹ distinctively simplifies recognition and enforcement of arbitral awards in foreign jurisdictions.

⁵ Regulation (EC) No. 593/2008 of 17 June 2008 on the law applicable to contractual obligations, applicable since 17 December 2009 (with the exception of Article 26 which shall be applicable since 17 June 2009)

⁶ Alvaro, J.A.G., Online dispute resolution - Unchartered Territory, *Vindobona Journal of International Commercial Law and Arbitration*, 2003, No. 7/187, p. 1-5

⁷ Available at: <http://www.law.berkeley.edu/faculty/ddcaron/Documents/RPID%20Documents/rp04011.html>

⁸ Available at: http://www.uncitral.org/pdf/english/texts/arbitration/ml-arb/07-86998_Ebook.pdf

⁹ Convention on the Recognition and Enforcement of Foreign Arbitral Awards - the "New York" Convention 1958. Available at: http://www.uncitral.org/uncitral/en/uncitral_texts/arbitration/NYConvention.html

Since the enormous development of Internet in last two decades, the ways to simplify the arbitration by the new computer technology have been examined. So called Online Dispute Resolution (ODR) has been developed as a new form of alternative dispute resolution mechanisms adapted to unique nature of cyberspace. The ODR can be defined as a dispute resolution method that makes use of Internet advantages and web and computer technologies. Many providers have started to provide online mediation or online arbitration, such as Nova Forum, Private Judge or Word&Bond¹⁰, most of them originate from the USA and Europe¹¹. In most online arbitrations a sole arbitrator is appointed¹² and an award issued within five days after the close of hearings and submission of all evidence. Generally, it is expected that the online disputes should be resolved within maximum period of ten to thirty days¹³.

Many advantages have been observed as regards ODR. The use of computer technologies has influenced and simplified the arbitration procedure. For instance simultaneous translation software has been developed to facilitate participation of multilingual parties in real-time video conferences. Special software exists to secure storage, access and distribution of information. Nevertheless, it is essential that the software is designed so that it does not make the participation of the parties more difficult and ensures the equality of the parties, i.e. it has to ensure that the parties have equal communication powers and users skills. This way, the ODR can empower weaker parties, e.g. small companies, who are usually deterred from seeking dispute resolution due to high costs, geographic distances and related travel expenses. By avoiding such obstacles, these small companies may easily enter into dispute resolution with large multinational companies.

At the same time, various problems have been identified as regards the application of traditional principles of international commercial arbitration to online arbitration. Some scholars argue that online arbitration is indeed an improvement of traditional arbitration method and the traditional rules and principles cannot be simply translated to cyberspace situations¹⁴. According to other scholars, online arbitration cannot retain its validity without traditional principles and requirements, such as tangible writing and face-to-face meetings between the parties. It can be admitted that currently there is a rather hybrid form of online arbitration which combines the elements of traditional concept of arbitration as well as new set of rules that make this form of dispute resolution more independent¹⁵.

Let us make an example which would help us describe the above mentioned problems: an Australian buyer has made an online order of agricultural vehicles from a Japanese seller. Now there is a dispute over whether these vehicles are in accordance with the contract or are defective. In accordance with the emailed arbitration agreement the parties have submitted their dispute to online arbitration through an institution in Geneva. They have appointed Romanian, Italian and Turkish arbitrators. The hearings are conducted by email and

¹⁰ Tyler C.M., *Seventy –six and Counting: An Analysis of ODR Sites*, in Katch E., Choi, D., *Proceedings of the UNECE Second Forum on Online Dispute Resolution*, Center for Information Technology and Dispute Resolution, University of Massachusetts, 2003, available at: www.odr.info/unece2003/pdf/Tyler.pdf.

¹¹ There are also some providers for Canada, Australia and few from other parts of the world

¹² See www.eresolution.ca/services/general/arbitration.html

¹³ See www.intellicourt.com/procedures.html

¹⁴ de Sylva, M. O., *Effective Means of Resolving Distance Selling Disputes*, 2001, 67 *Arbitration*, p. 230- 239

¹⁵ Berger, K.P., *Lex Mercatoria Online: The CENTRAL Transnational Law Database* at www.tldb.de, 2002, *Arbitration International*, No. 1, p. 83-94

videoconferences. After the arbitrators exchange several emails, they reach their final decision and issue an electronic award, which they email to the parties from the presiding arbitrator's vacation resort in Florida.

It is evident on this place that a great advantage of online arbitration is that there can be communication between various people of the world and that arbitrators can be chosen from different countries.

Pursuant to the above example we can pose several questions: is the arbitration agreement valid, if it has been done by emails? Where is the place of arbitration? What about applicable procedural and substantive law? In which jurisdiction was the award made? Can such award be recognized and enforced?

4. THE ONLINE ARBITRATION AGREEMENT

In this contribution the "online arbitration agreement" is referred to as an agreement, in which parties agree to settle their dispute in arbitration, which would be held through medium of technology (i.e. internet). Such an agreement can be made either in paper form or electronically¹⁶.

The general rule in both national and international law is that for an arbitration agreement to be valid it has to be in writing and has to be signed. The question is whether these requirements are satisfied if the arbitration agreement is entered into electronically?

The Article II of the New York Convention¹⁷ provides that "Each contracting state shall recognize an agreement in writing under which the parties undertake to submit to arbitration all or any differences which have arisen or which may arise between them in respect of a defined legal relationship". "The term "agreement in writing" shall include an arbitral clause in a contract or an arbitration agreement signed by the parties or contained in an exchange of letters or telegrams"¹⁸. In other words, the New York Convention does not state anything about the electronic transmission as a possible means of conclusion of an arbitration agreement.

Nevertheless, over last decade both international and national laws have started to address the development in e-commerce and facilitate electronic contracts. Article 7(2) of the UNCITRAL Model Law on International Commercial Arbitration ("the Model Law on Arbitration")¹⁹ states that any method of communication can serve as a record of the agreement²⁰. The UNCITRAL Model Law on E-Commerce ("the Model Law on E-

¹⁶ Another possible explanation of arbitration agreement is concluded by electronic transmission, but the arbitration procedure itself will be conducted in a traditional form.

¹⁷ Convention on the Recognition and Enforcement of Foreign Arbitral Awards - the "New York" Convention 1958. Available at: http://www.uncitral.org/uncitral/en/uncitral_texts/arbitration/NYConvention.html

¹⁸ Article II (2) of the New York Convention

¹⁹ Available at: http://www.uncitral.org/uncitral/en/uncitral_texts/arbitration/1985Model_arbitration.html

²⁰ Article 7 of the UNCITRAL Model Law on International Commercial arbitration: "The arbitration agreement shall be in writing. An agreement is in writing if it is contained in a document signed by the parties or in an exchange of letters, telex, telegrams or other means of telecommunication which provides a record of the agreement".

Commerce”)²¹ is going even further by modernizing the concepts of writing and signatures and thus facilitating the e-commerce. It uses the concept of “data messages”, which include electronic data interchange (EDI), email, telegram, telex and telecopy²². All of these forms of communication satisfy the requirement of “in writing” if the information contained therein is accessible so as to be usable for subsequent reference (Article 6). As regards the contract formation, an offer and the acceptance of an offer may be expressed by means of data messages, unless otherwise agreed by the parties (Article 11).

On the EU level, similar development can be observed. Article 9(1) of the Electronic Commerce Directive²³ requires Member States to ensure that their legal system allows contracts to be concluded by electronic means.

The legal certainty in e-commerce could not exist without electronic signature. A digital signature which serves to ensure that the electronic letter of statement cannot be sent by another person or by mistake, is widely used in e-commerce. The e-signature is provided for as valid signature of a person in Article 7(1) of the Model Law on E-Commerce and, on the EU level, in Directive on Electronic Signatures²⁴, which provides that the EU Member States shall ensure that an electronic signature is not denied legal effectiveness and admissibility as evidence in legal proceedings solely on the grounds that it is in electronic form²⁵. As a result of the above stated efforts, most online contracts are legally binding. This implies that validity of online arbitration agreements shall be recognized accordingly²⁶.

Nevertheless, there still exists a question, whether an online arbitration agreement and an award based thereupon will be recognized and enforced under the New York Convention. The answer to this question will depend on the attitude towards an electronic agreement within a particular state, party to the Convention. If such a state recognizes the existence of online arbitration agreements, it would usually recognize and enforce a foreign arbitral award based on an online arbitration agreement²⁷.

5. SEAT OF ARBITRATION

As already stated above, it is very difficult to determine a seat of online arbitration. Under present national and international law the arbitration award has a substantial link with the

²¹ Available at: http://www.uncitral.org/uncitral/en/uncitral_texts/electronic_commerce/1996Model.html

²² Article 2 of UNCITRAL Model Law on Electronic Commerce

²³ Directive 2000/31/EC of the European Parliament and of the Council of 8 June 2000 on certain legal aspects of information society services, in particular electronic commerce, in the Internal Market ('Directive on electronic commerce'), OJ (L 178), p. 1-16.

²⁴ Directive 1999/93/EC of the European Parliament and of the Council of 13 December 1999 on a Community framework for electronic signatures. OJ (L 013), p.12-20

²⁵ Unless it is based upon a qualified certificate issued by an accredited certification-service-provider, has not been created by a secure signature-creation device (Article 5(2)) and has not been subject to certification or prior authorization (Article 3(1)).

²⁶ Bordone, R.C., *Electronic Online Dispute Resolution: A Systems Approach: Potential, Problems and a Proposal*, 1998, *Harvard Negot. Law Review*, 3/178, p. 192

²⁷ Ortiz, A.L., *Arbitration and IT*, *Arbitration International*, 2005, No. 21/3, p. 352-355

jurisdiction in which it is made²⁸. Many national jurisdictions have adopted the attitude, that the *lex arbitri* law is the only law which ensures complete and effective control over the arbitration procedure and thus prevents abuse of powers of the arbitrators and safeguards the due process requirement. Such an attitude nevertheless appears to be directly inconsistent with the purpose of online arbitration, where it is uncertain where the seat of arbitration is.

This question can be either considered from the point of view of the traditional territorial concept, i.e. that the parties are usually free to choose the seat of arbitration or they just involuntarily choose the seat of the online arbitration institution. In the absence of the choice by the parties, it is up to the arbitrators to do so. Such an obligation is provided for e.g. in Article 20(1) of the Model Law on Arbitration, which states that failing an agreement on the place of the arbitration by the parties, “the place of arbitration shall be determined by the arbitral tribunal....”.

On the other hand, this problem can be analyzed from the point of view of the concept of delocalization, whose proponents argue that the arbitration should be detached from the control imposed by law of the place of arbitration (*lex loci arbitri*)²⁹. They argue that the national law is not well suited to the fast development and practice of international commercial arbitration and that jurisdiction should be exercised by the country where the enforcement of an award is sought. The arbitrator is not only allowed to disregard the substantive law of *lex arbitri*, but may also apply the procedural law which it deems appropriate.

However, this delocalization concept interferes with the current framework of the New York Convention, which states in its Article V(1)(e) that the court of the country where the enforcement of an award is sought has the right to reject such an enforcement if the award has not become binding under the law of the country in which the award was made.

6. THE APPLICABLE PROCEDURAL LAW

Three forms of arbitration procedure can be distinguished: traditional arbitration procedure, the use of Internet only for initial submissions, which are followed by traditional procedure, or running the process completely online, including an electronic arbitration agreement, digital signatures, video-conferences and an online award³⁰.

Generally, it is acceptable to use new technologies in the arbitration proceedings. Subject to the parties' agreement, the arbitrators may collect online evidence and substitute an oral testimony by written evidence in order to shorten the proceedings³¹. Nevertheless, if certain national law requires face-to-face hearings, this requirement has to be observed in order to have an enforceable award (Article V(1)(d) of the New York Convention). It is thus obvious

²⁸ See Article I (1) of the New York Convention: „This Convention shall apply to the recognition and enforcement of arbitral awards made in the territory of a state other than the State where the recognition and enforcement of such awards are sought, and arising out of differences between persons, whether physical or legal“.

²⁹ Yu, H., Nasir, M., Can Online Arbitration Exist Within the Traditional Arbitration Framework? *Journal of International Arbitration*, 2003, No. 20/5, p. 463

³⁰ e.g. Virtual Magistrate procedure, www.vmag.org/docs

³¹ Yu, H., Nasir, M., Can Online Arbitration Exist Within the Traditional Arbitration Framework? *Journal of International Arbitration*, 2003, No. 20/5, p. 465

that the online arbitration cannot completely ignore the requirements of traditional laws. I.e. if the arbitration procedure is not in accordance with the parties' agreement or in accordance with the law of the country where the arbitration took place, its enforcement can be refused.

In the absence of parties' agreement, the online arbitration clashes with the traditional laws. If the place of arbitration cannot be determined in case of online arbitration, how do we know what country's procedural law is applicable? The only escape is the parties' choice of procedural law or use of procedure of an online arbitration institution. Nevertheless in case such choice is missing, there is no institution (which might well happen in online arbitration) and the place of the arbitration is not known, the validity of an online arbitration will certainly be called into question under the New York Convention. One may consider the New York Convention to be out of date, but it is still valid and widely accepted Convention, which simply cannot be ignored.

7. THE APPLICABLE SUBSTANTIVE LAW

Currently, among scholars there is a discussion over whether to create an independent set of substantive rules applicable to the online arbitration or to simply apply traditional rules used in other types of dispute resolution³². There are two types of opinions: one group advocates the application of traditional rules. They claim that in the cyberspace the traders deal with the physical value of the goods or services and that the nature of the transactions and possible disputes resulting therefrom do not differ in purpose from real transactions and disputes. Therefore, according to them, it is not necessary to create a new body of substantive rules applicable to the e-commerce.

On the other hand, there is a group of those who propose a creation of separate set of rules adapted to the specifics of e-commerce. They claim that national rules determined according to traditional private international law are inadequate for international commerce. The less it is adequate to international e-commerce. These rules were created for national situations and their connecting factors do not count with e-commerce, which is, as stated above, to a large extent delocalized. Moreover, for e-commerce these rules are too rigid and cannot keep track with new and fast developments. In their view, the national rules hinder and are detrimental to possible development of international trade, especially the online one³³.

It has thus been widely accepted that the traditional choice of law rules are inadequate for international business transactions. Therefore a new set of rules has been recognized that regulates the specifics of international business. This set of rules is usually referred to as *lex mercatoria*. The second group of scholars is of the opinion that currently, similarly to the gradual recognition and subsequent codification of *lex mercatoria*, the process of creation, recognition and creeping codification of specific set of substantive rules applicable to e-commerce transactions and disputes, so called *lex informatica*³⁴, is under way. They admit

³² Patrikios, A., Resolution of Cross-Border E-Business Disputes by Arbitration Tribunals on the Basis of Transnational Substantive Rules of Law and E-Business Usages: The Emergence of the Lex Informatica, University of Toledo Law Review, 2006-2007, No. 38, p. 271 - 305

³³ Hardy, I.T., The Proper Legal Regime for „Cyberspace“, 1994, U.Pitt.Law Review, 55/993; Johnson D.R., The New Case law of Cyberspace, <http://www.cli.org/DRJ/case.html>

³⁴ Patrikios, A., Resolution of Cross-Border E-Business Disputes by Arbitration Tribunals on the Basis of Transnational Substantive Rules of Law and E-Business Usages: The Emergence of the Lex Informatica, University of Toledo Law Review, 2006-2007, No. 38, p. 271 - 305

that this set of rules is not yet mature, but it will gradually be formed and possibly codified. According to the advocates of this approach, the *lex informatica* forms a subgroup of *lex mercatoria*, but contains rules that reflect the specifics of cyberspace transactions. According to the advocates of *lex informatica*, there is a need for uniformity and predictability in e-commerce and thus the *lex informatica* meets these requirements as it is flexible and responsive to rapid changes in this area. The application of *lex informatica* not only to online disputes but also to online transactions as such will increase competitiveness of providers of e-business. The creation of such a set of rules is thus economically beneficial. Creation of a separate set of rules has also a psychological dimension, as a neutral transnational set of rules would be applied on delocalized international transactions and disputes. The *lex informatica* thus make a balance between freedom of business and need for regulation.

Because of principle of party autonomy the parties to e-contract can choose in the arbitration agreement that their rights and obligations will be governed by the *lex informatica*. In the absence of such an express choice by the parties, this choice may be made by the arbitrators. Currently, the concept of *lex informatica* is not that widely accepted, therefore it would be safer for the parties to refer rather to *lex mercatoria*, which is widely accepted by international arbitration institutions³⁵. But it is expected that the concept of *lex informatica* would undergo similar process of creation and codification as *lex mercatoria* and will be perfectly suited for international e-transactions. All of this depends on whether the concept of *lex informatica* will be accepted by the international commercial community. At the same time, an extensive research has to be conducted in order to recognize the content and scope of *lex informatica* and to identify particular rules (which would consequently lead to its codification).

Moreover, the contracts and disputes decided according to *lex mercatoria/lex informatica*, do not contradict the New York Convention and there are no obstacles for the awards based on it to be recognized and enforced. The awards based on *lex mercatoria* are widely recognized and confirmed by the 1992 Cairo Resolution of the International Law Association (providing that arbitration awards based on transnational rules are enforceable if they have been applied by the arbitrators pursuant to agreement of the parties or when the parties have remained silent regarding the applicable law)³⁶, national court decisions³⁷ as well as writings by a honorable scholars³⁸. As the *lex informatica* forms a part of *lex mercatoria*, there is no reason why there

³⁵ e.g. the ICC. <http://www.iccwbo.org/id93/index.html>

³⁶ Transnational Rules in International Commercial Arbitration in Patrikios, A., Resolution of Cross-Border E-Business Disputes by Arbitration Tribunals on the Basis of Transnational Substantive Rules of Law and E-Business Usages: The Emergence of the *Lex Informatica*, University of Toledo Law Review, 2006-2007, No. 38, p. 303

³⁷ Rivkin, D.W., Enforceability of Arbitral Awards based on *Lex Mercatoria*, 1993, *Arbitration International*, 9/67

³⁸ e.g. Patrikios, A., Resolution of Cross-Border E-Business Disputes by Arbitration Tribunals on the Basis of Transnational Substantive Rules of Law and E-Business Usages: The Emergence of the *Lex Informatica*, University of Toledo Law Review, 2006-2007, No. 38; Berger, K.P., *Lex Mercatoria and Arbitration: The Discussion of the New Law Merchant*, 1998, Thomas E. Carbonneau ed.; Gaillard, E., *Thirty Years of Lex Mercatoria: Towards the Selective Application of Transnational Rules*, 1995, *ICSID Rev.-FILJ* 10/208; Gaillard, E., *Transnational Law: A Legal System or a Method of Decision Making* 2001, *Arbitration International*, 17/59; Lando, O., *The Lex Mercatoria in International Commercial Arbitration*, 1985, *ICLQ*, 34/747; Paulsson, J., *La Lex Mercatoria Dans L'Arbitrage*, 1990, 55; Johnson, D.R., *The New Case Law of Cyberspace*, available at: <http://www.cli.org/DRJ/case.html> (in this article the author suggests that the new case law of cyberspace can be derived from custom and principles based on consensus); Johnson D.R., Post, D.G., *Law and Borders-The Rise of Law in Cyberspace*, 1996, *Stan.L.Rev.*, 48/1367, Johnson, D.R., Post, D.G., *And How shall the Net be*

should be any differentiation between the enforceability of awards based on *lex mercatoria* and *lex informatica*.

8. THE ONLINE ARBITRATION AWARD³⁹

One of the reasons why the parties have recourse to arbitration as a means of resolution of their dispute is the finality and easy enforceability of the award, especially due to strong influence of the New York Convention. If the award fulfills the procedural requirements provided for in Article V and was issued in the territory of country signatory to the Convention, it is almost certain that the award will be enforced in other country.

In online arbitration parties usually voluntarily fulfill the award without having to apply for enforcement by the national courts⁴⁰. This is because the parties, who enter into online transactions and agree to resolve their dispute in an online arbitration, usually are driven by the intention to gain profits and to retain their commercial relationship. However in case of non-compliance of the losing party with the award, the winning party has to enforce the award through a national court, which will examine the whole procedure of the online arbitration before deciding to enforce the online award. In this point the online award will clash with the territorial principle embedded in Article I of the New York Convention. The question is where (in which state) was the award made? The problem is solved if the parties or the arbitrators (if not the parties) have chosen the place of arbitration. The New York Convention provides that an award is considered to be made at the seat of the arbitration. The Model Law on Arbitration provides in its Article 31(3) that an award “shall state its date and place. The award shall be deemed to have been made at that place”. This presumption applies regardless of where the hearings were held or where the award was signed and delivered by the tribunal.

In the absence of such a choice, under the traditional territorial approach, the online award will probably not be enforced because of the New York Convention. Nevertheless, this problem can be considered from the point of view of the delocalization theory, under which if the award is issued by electronic means, domestic laws governing the e-commerce will decide the validity of the award⁴¹.

Article 31 of the Model Law on Arbitration and Article 32(2) of the UNCITRAL Arbitration Rules⁴² require “the award to be in writing”. Article IV of the New York Convention provides that “to obtain recognition and enforcement, the applicant party shall, at the time of the application, supply duly authenticated originals or duly certified copies of the award and the arbitration agreement. How can these requirements be reconciled with the online award?

Governed? A Mediation on the Relative Virtues of Decentralized, Emergent Law, 1996, available at: <http://cli.org/emdraft.html>; Johnson, D.R., Post, D.G., The New Civic Virtue of the Internet: A Complex Systems Model for the Governance of Cyberspace, 1998, available at: <http://www.temple.edu/lawschool/dpost/Newcivicvirtue.html>;

³⁹ Lanier, T.J., Where on Earth does Cyber-Arbitration Occur?: International Review of Arbitral Awards Rendered Online, *ILSA Journal of International and Comparative Law*, 2000-2001, No. 7/2, p. 1 - 14

⁴⁰ Bordone, R.C., Electronic Online Dispute Resolution: A System Approach: Potential, Problems and a Proposal, 1998, *Harvard Negot. Law Review*, No. 3, p. 175, 178

⁴¹ Yu, H., Nasir, M., Can Online Arbitration Exist Within the Traditional Arbitration Framework? *Journal of International Arbitration*, 2003, No. 20/5, p. 471

⁴² Available at: http://www.uncitral.org/uncitral/en/uncitral_texts/arbitration/1976Arbitration_rules.html

Article IV has to be read together with the Article III of the New York Convention, which stipulates that “The Contracting State shall recognize and enforce arbitral awards in accordance with the procedural laws of the territory where the award is relied upon”. This means that if the state of enforcement accepts an electronic form of writing there should be no barrier to the enforcement of the electronic award⁴³.

9. CONCLUSION

Pursuant to the above analysis, alternative dispute resolution methods, better to say online dispute resolution methods, particularly online arbitration, are better suited for resolving of online disputes than national court systems. They are better adapted to deal with technically complex matters, can more readily answer to rapid developments and create better conditions for delocalized transactions.

In last decade various initiatives have been developed to resolve e-commerce disputes, especially as regards consumers⁴⁴ and domain names⁴⁵.

Although online dispute resolution mechanisms are being used more frequently, so far it does not seem very likely that international commercial arbitration will use fully electronic procedures. It is more likely that a combination of electronic systems and traditional procedures will be used.

Although many national legal systems as well as international instruments (such as the Model Law on Arbitration, Model Law on E-Commerce, EU Electronic Commerce Directive) support the electronization of commercial transactions and thus also a dispute resolution, it still has to be in accordance with the requirements of the New York Convention. Being as of the 50's of the last century, it has become to a large extent obsolete, which creates certain amount of uncertainty. Nevertheless the New York Convention is widely accepted and thus represents a very strong legal instrument. Its requirements for enforcement of the arbitral award are irreconcilable with the specifics of the online arbitration. Although an extensive interpretation of its provisions can be of some help, its modernization and amendment is necessary in order to keep track with the developments of modern society⁴⁶.

Literatura:

- Alvaro, J.A.G., Online dispute resolution - Unchartered Territory, *Vindobona Journal of International Commercial Law and Arbitration*, 2003, No. 7/187.
- Lanier, T.J., Where on Earth does Cyber-Arbitration Occur?: *International Review of Arbitral Awards Rendered Online*, *ILSA Journal of International and Comparative Law*, 2000-2001, No. 7/2, p. 1 – 14.

⁴³ See <http://vmag.vcl.ip.org/doksys/96-0001>

⁴⁴ e.g. “European Extra Judicial Network” (sponsored by European Commission’s Directorate General for Health and Consumer Protection), see www.eejnet.org; or “Online Confidence” (sponsored by European Union’s Directorate General for the Information Society and Eurochambers, see www.eurochambers.be

⁴⁵ Alternative system for resolving domain name online disputes is managed by ICANN and was designed by WIPO, which has created the Uniform Domain Name Dispute Resolution Policy of 26 August 1999.

⁴⁶ There is an UNCITRAL initiative to draw up an interpretative instrument or include a reference to the New York Convention on the use of electronic communications in international contracts. See Ortiz, A.L., *Arbitration and IT*, *Arbitration International*, 2005, No. 21/3, p. 360

- López, J.E.M., Alternative Dispute Resolution for E-Commerce, *Vindobona Journal of International Commercial Law and Arbitration*, 2006, No. 10/5.
- Ortiz, A.L., Arbitration and IT, *Arbitration International*, 2005, No. 21/3, p. 343 – 360.
- Patrikios, A., Resolution of Cross-Border E-Business Disputes by Arbitration Tribunals on the Basis of Transnational Substantive Rules of Law and E-Business Usages: The Emergence of the Lex Informatica, *University of Toledo Law Review*, 2006-2007, No. 38, p. 271 – 305.
- Rozehnalová N., *Rozhodčí řízení v mezinárodním a vnitrostátním obchodním styku*, Praha: ASPI, a.s., 2008.
- Strout, J.R., Online Arbitration: a Viable Solution for Resolving Disputes that Arise from Online Transactions, *1 Journal of American Arbitration*, 2001, No. 75.
- Tyler, M.C., Online Alternative Dispute Resolution, *Vindobona Journal of International Commercial Law and Arbitration*, 2003, No. 7/199.
- Wahab, M., The Global Information Society and Online Dispute Resolution: A New Dawn for Dispute Resolution, *Journal of International Arbitration*, 2003, No. 21/2, p. 143-168.
- Yu, H., Nasir, M., Can Online Arbitration Exist Within the Traditional Arbitration Framework? *Journal of International Arbitration*, 2003, No. 20/5, p. 455-473.

Kontaktní údaje na autora – email:

JanaHerboczkova@seznam.cz

THE FREE MOVEMENT OF JUDGMENTS WITHIN THE EUROPEAN UNION: PROCESS OF RECOGNITION AND ENFORCEMENT OF FOREIGN JUDGMENTS

VERONIKA HRADILOVÁ

Právnická fakulta Masarykovy univerzity, Česká republika

Abstrakt

Tento příspěvek se zabývá procesem uznání a výkonu cizích soudních rozhodnutí v rámci evropského justičního prostoru. Zaměřuje se na uznání a výkon ve věcech občanských a obchodních podle úpravy v Nařízení Rady (ES) č. 44/2001, o příslušnosti a uznávání a výkonu soudních rozhodnutí v občanských a obchodních věcech, Nařízení Rady (ES) č. 805/2004, kterým se zavádí evropský exekuční titul pro nesporné nároky a Nařízení Evropského parlamentu a Rady (ES) č. 1896/2006, kterým se zavádí řízení o evropském platebním rozkazu.

Klíčová slova

Cizí soudní rozhodnutí, uznání cizího soudního rozhodnutí, prohlášení vykonatelnosti, výkon cizího soudního rozhodnutí.

Abstract

This contribution deals with the process of recognition and enforcement of foreign judgments within the European Area of Justice. It focuses on such process in civil and commercial matters under the provision of Regulation (EC) No. 44/2001 on jurisdiction and the recognition and enforcement of judgments in civil and commercial matters ("Brussels I Regulation"), Regulation (EC) No. 805/2004 creating a European Enforcement Order for uncontested claims and Regulation (EC) No. 1896/2006 creating a European order for payment procedure.

Key words

Foreign judgment, recognition of foreign judgment, declaration of the enforcement, enforcement of foreign judgment.

INTRODUCTION

The process of recognition and enforcement of foreign judgments belongs to a key issue whether the judgments will have legal effect in other state and will be enforceable on the territory of another state. In case of impossibility to recognize foreign judgment in another state, the court decision loses its legal function and calls for weakness of the branch of law. In the process of recognition and enforcement of foreign judgments is the most important to recognized the decisions and give them the value which is given to the decisions of domestic courts.

This contribution deals with the process in recognition and enforcement of foreign judgments within the European Union. It focuses on such process in civil and commercial matters under

the provisions of Brussels I Regulation¹, Regulation creating a European Enforcement Order for uncontested claims and Regulation creating a European order for payment procedure.

1. COUNCIL REGULATION (EC) NO. 44/2001 ON JURISDICTION AND THE RECOGNITION AND ENFORCEMENT OF JUDGMENTS IN CIVIL AND COMMERCIAL MATTERS

Under Article 65 of the EC Treaty², the European Community is allowed to adopt the measures relating to judicial cooperation in civil and commercial matters. Under the provision it includes “improving and simplifying the recognition and enforcement of decisions in civil and commercial cases“.³

The main aim of European Community, in the area of freedom, security and justice, is to ensure mutual trust in the administration of justice in the European Community judgments and to recognize such judgments in another Member State automatically without any procedure. There is a need of guarantee that the decision published in one Member State is recognized in other Member State without any control. In accordance with the principle of mutual trust, the enforcement of foreign judgment published in another Member State is carried through an effective, rapid and simple mechanism. The result is that “the declaration that a judgment is enforceable should be issued virtually automatically after purely formal checks of the documents supplied, without there being any possibility for the court to raise of its own motion any of the grounds for non-enforcement provided for by this Regulation“.⁴

The recognition and enforcement of foreign judgments is proceeded in three steps:

1. the recognition of foreign judgment,
2. the declaration of the enforcement of the foreign judgment (exequatur),
3. the enforcement of foreign judgment.

¹ Council Regulation (EC) No. 44/2001 on jurisdiction and the recognition and enforcement of judgments in civil and commercial matters.

² „Measures in the field of judicial cooperation in civil matters having cross-border implications, to be taken in accordance with Article 67 and in so far as necessary for the proper functioning of the internal market, shall include:

(a) *improving and simplifying:*

- *the system for cross-border service of judicial and extrajudicial documents,*

- *cooperation in the taking of evidence,*

- *the recognition and enforcement of decisions in civil and commercial cases, including decisions in extrajudicial cases;*

(b) *promoting the compatibility of the rules applicable in the Member States concerning the conflict of laws and of jurisdiction;*

(c) *eliminating obstacles to the good functioning of civil proceedings, if necessary by promoting the compatibility of the rules on civil procedure applicable in the Member States.”*

³ Article 65 (a) of Treaty Establishing the European Community.

⁴ Article 17 of Preamble of Council Regulation (EC) No. 44/2001.

1.1 THE RECOGNITION OF FOREIGN JUDGMENTS

According to the article 33 of Brussels I Regulation, the decisions issued by court in one Member State have fundamentally the same effect in another Member State. So far as the definition of judgment, the judgment means any judgment given by court of a Member State and no matter how the judgment is called.⁵

The essential requirement is the fact that the decision falls into scope of the Regulation which covers the competence over the legal relationships under article 1 of the Regulation. It is exclusively applicable to the civil and commercial matters. The revenue, customs and administrative matters are excluded. To other excluded areas belong the status or legal capacity of natural persons, the rights in property arising out of family relations, the area of social security, also bankruptcy, proceedings relating to the winding-up of insolvent companies or other legal persons, judicial arrangements, compositions and finally the arbitration.

The main benefit of the Regulation is the recognition of foreign judgment automatically, without any other proceedings.⁶ The court which recognizes foreign judgment may not review such foreign judgment as to its substance.⁷ Only interested party may interpose an insufficiency for its recognition.

In particular case the court has a duty to refuse the recognition of foreign judgment, especially when the judgment does not fulfill the conditions for recognition. The reasons for non recognition of foreign judgment are following:

- a. the recognition is contrary to public policy in the Member State in which recognition is sought – article 34(1);
- b. the default of appearance – article 34 (2): the defendant was not served with the document which instituted the proceedings or with an equivalent document in sufficient time and in such a way as to enable him to arrange for his defense before court,;
- c. the obstacle of *res iudicata*:
- d. the decision is incompatible with judgment given in a dispute between the same parties in the Member State of recognition – article 34 (3);
- e. the decision is incompatible with judgment given in a dispute in same action and between the same parties in another Member State or in a third State and this judgment fulfils the conditions for its recognition in the Member State where the recognition is addressed – article 34 (4);
- f. the lack of jurisdiction over the dispute – article 35 (1):
 - i. in case of breaking “jurisdiction rules” in matters relating to insurance (article 8), over consumer contracts (article 8) and exclusive jurisdiction (article 22);
 - ii. in case of international jurisdiction based on agreements concluded between Member States before the Regulation has entered into force – article 72.

⁵ Article 32 of Brussels I Regulation: „*For the purposes of this Regulation, judgment means any judgment given by a court or tribunal of a Member State, whatever the judgment may be called, including a decree, order, decision or writ of execution, as well as the determination of costs or expenses by an officer of the court.*“

⁶ Article 33 (1) of Brussels I Regulation: „*A judgment given in a Member State shall be recognised in the other Member States without any special procedure being required.*“

⁷ Article 36 of Brussels I Regulation.

1.2 THE DECLARATION OF THE ENFORCEMENT OF THE FOREIGN JUDGMENT (EXEQUATOR)

The declaration of the enforcement of the foreign judgment presents specific process which legalizes whether the foreign judgment contains required formalities.⁸ The foreign judgment shall be enforced in another Member State under the condition that any interested party applies for enforcement and the legal body in another Member State declares the enforceability of such judgment.⁹ The application shall be submitted to the court or another competent authority indicated in the list in Annex II.¹⁰ In the Czech Republic it is the district court where the obliged party is domiciled or where the decision shall be enforced, or at bailiff.

The party seeking for recognition of foreign judgment (“plaintiff”) shall produce the formalities:

- the copy of the judgment which satisfies the conditions necessary to establish its authenticity – article 53 (1);
- the certificate referred to in Article 54 and 58 of the Regulation on judgments and court settlements – Annex V.

As far as the formalities in Article 53 are completed, the court shall declare enforcement of foreign judgment immediately and without any review.¹¹

The declaration of enforceability of foreign judgment shall be served on the party against whom enforcement is sought („obliged party“), accompanied by the judgment.¹² The obliged party may appeal against the decision on enforcement of foreign judgment.¹³ The Regulation specifies the period for an appeal against enforceability of foreign judgment in article 43 (5):

- the general period – one month from the delivery of declaration of enforceability of foreign judgment;
- the peculiar period – two month in case that the obliged party is domiciled in a Member State other than that in which the declaration of enforceability was given.

1.3 THE ENFORCEMENT OF FOREIGN JUDGMENT

The Regulation defines the basic assumptions, which shall be fulfilled in order to allow the enforcement of foreign judgment:

- the decision must be enforceable in the Member State of issuing,

⁸ Kapitán, Z.: Evropský justiční prostor ve věcech civilních. Část VI. Uznání a výkon rozhodnutí podle nařízení Rady (ES) č. 44/2001. Právní fórum, Praha, ASPI, a. s., č. 7, str. 246.

⁹ Article 38 (1) of Brussels I Regulation.

¹⁰ Article 39 (1) of Brussels I Regulation.

¹¹ Article 41 of Brussels I Regulation: „The judgment shall be declared enforceable immediately on completion of the formalities in Article 53 without any review under Articles 34 and 35. The party against whom enforcement is sought shall not at this stage of the proceedings be entitled to make any submissions on the application.“

¹² Article 42 (2) of Brussels I Regulation.

¹³ Article 43 (1) of Brussels I Regulation.

- the application of any interested party for enforcement of foreign judgment in another Member State,
- the existence of any reason for refusal to recognize foreign judgment.

Basically, after the declaration of the enforcement of the foreign judgment the court issues an order of enforcement of foreign judgment. According to the principle of subsidiarity, the procedure of enforcement of foreign judgment is governed by the rules of domestic legal order.

2. REGULATION (EC) NO. 805/2004 OF THE EUROPEAN PARLIAMENT AND OF THE COUNCIL CREATING A EUROPEAN ENFORCEMENT ORDER FOR UNCONTESTED CLAIMS

The Regulation seeks for mutual trust in the administration of justice in the Member States. The aim of the Regulation creating a European Enforcement Order for uncontested claims is to ensure the principle of mutual recognition of foreign judgments which are certified as a European Enforcement Order in another Member State. There was a need to simplify the process of enforcement of foreign judgments without any intermediate proceedings prior to recognition and enforcement in another Member State.

In accordance with the Regulation, the court is permitted to issue “a European Enforcement Order” under specific conditions. As stated in Preamble of the Regulation “judgment that has been certified as a European Enforcement Order by the court of origin should, for enforcement purposes, be treated as if it had been delivered in the Member State in which enforcement is sought”.¹⁴

European Enforcement Order has an optional function to Brussels I Regulation. It is a choice of the creditor to apply for certification as European Enforcement Order, instead of the process of recognition and enforcement of foreign judgment under Brussels I Regulation.¹⁵ The Regulations states that “This Regulation shall not affect the possibility of seeking recognition and enforcement, in accordance with Regulation (EC) No 44/2001, of a judgment, a court settlement or an authentic instrument on an uncontested claim.”¹⁶

The judgment which has been certified as European Enforcement Order is easily and simply recognized and enforced in another Member State without any immediate proceedings, especially without the declaration of enforceability and any possibility of opposing its recognition.¹⁷ Article 5 of Regulation (EC) No. 805/2004 calls for abolition of the declaration of enforceability (known as *exequatur*).

Because of the abolition of *exequatur* we may say that the recognition and enforcement of foreign judgments is reduced to only two-step process, instead of three-step process as presented in Brussels I Regulation. It brings the positive advantages for the creditor: simple, speed-up process, without any immediate proceedings.

¹⁴ Article 8 of Preamble of Regulation (EC) No. 805/2004.

¹⁵ Article 20 of the Preamble of Regulation (EC) No. 805/2004.

¹⁶ Article 27 of Regulation (EC) No. 805/2004.

¹⁷ Article 5 of Regulation (EC) No. 805/2004.

The essential requirement is the fact that the enforcement order falls into scope of the Regulation which covers the competence over the legal relationships under article 2 of Regulation (EC) No. 805/2004. This is the same competence as stated in Brussels I Regulation. It is exclusively applicable to the civil and commercial matters. The revenue, customs, administrative matters and the liability of the State for acts and omissions in the exercise of State authority (the only one difference with provision of Brussels I Regulation) are excluded. To other excluded areas belong the status or legal capacity of natural persons, the rights in property arising out of family relations, the area of social security, also bankruptcy, proceedings relating to the winding-up of insolvent companies or other legal persons, judicial arrangements, compositions and finally the arbitration.

European Enforcement Order is exclusively designed for uncontested claims. Article 3 of Regulation includes the definition of claims regarded as uncontested:

- the debtor has expressly agreed to it by admission or concluded before a court in the course of proceedings;
- the debtor has never objected to it in the court proceedings, in compliance with the relevant procedural requirements under the law of origin;
- the debtor has not appeared or been represented at a court hearing regarding that claim after having initially objected to the claim, provided that such conduct amounts to a tacit admission of the claim or of the facts provided by the creditor under the law of origin;
- the debtor has expressly agreed to it in an authentic instrument.¹⁸

The court dealing with the uncontested claim issues a judgment certified as European Enforcement Order under the conditions specified in article 6 (1) of Regulation:

- the judgment is enforceable in the Member State of origin;
- the judgment is not in conflict with the rules on jurisdiction as laid down in Brussels I Regulation;
- the court proceedings in the place of origin fulfill the minimal requirements set out in article 3 (1) b) or c) in provision of articles 12 – 19 of Regulation (EC) No. 805/2004;
- the judgment was issued by court in the Member State of the debtor's domicile within the meaning of Article 59 of Regulation (EC) No 44/2001 and
 - a claim is uncontested within the meaning of Article 3(1)(b) or (c),
 - it relates to a contract concluded by a consumer outside his trade or profession, and
 - the debtor is the consumer.

The enforcement of European Enforcement Order is governed by the law of the Member State of enforcement under the same conditions as domestic judgment of the place of enforcement.¹⁹

The party, the creditor, seeking for enforcement of European Enforcement Order shall provide the formalities under article 20 (2) of Regulation:

- the copy of the judgment which satisfies the conditions necessary to establish its authenticity;
- the copy of European Enforcement Order certificate (Annex I-III);

¹⁸ Article 3 (1) of Regulation (EC) No. 805/2004.

¹⁹ Article 20 (1) of Regulation (EC) No. 805/2004.

- if necessary, a transcription of the European Enforcement Order certificate or a translation into the official language of the Member State of enforcement or into another language that the Member State of enforcement has indicated it can accept.²⁰

The judgment issued by the court in Member State which has been certified as European Enforcement Order is recognized and enforced in another Member State without any immediate proceedings and without obstacles such as the process of declaration of the enforcement of the foreign judgment.

3. REGULATION (EC) NO 1896/2006 OF THE EUROPEAN PARLIAMENT AND OF THE COUNCIL CREATING A EUROPEAN ORDER FOR PAYMENT PROCEDURE

This Regulation belongs to actual European Community instrument because it will be applicable from 12 December 2008. The main aim of the Regulation is to simplify the litigation cases in uncontested pecuniary claims.²¹ The European order for payment procedure is exclusively established for the reason to collect pecuniary claims for a specific amount that have fallen due at the time of submitting the application for a European order for payment.²²

The essential requirement is the fact that the European order for payment procedure falls into scope of the Regulation which covers the competence over the legal relationships under article 2 of Regulation (EC) No. 1896/2006. This is the similar competence as stated in Brussels I Regulation and Regulation (EC) No. 805/2004 creating a European Enforcement Order for uncontested claims. It is exclusively applicable to the civil and commercial matters. The revenue, customs, administrative matters and the liability of the State for acts and omissions in the exercise of State authority are excluded. To other excluded areas belong the rights in property arising out of family relations, the area of social security and in comparison with Brussels I Regulation and Regulation (EC) No. 805/2004 additionally are included claims arising from non-contractual obligations.

The creditor shall apply for a European order for payment procedure using the standard form in Annex I.²³ The court where the application for European order for payment was delivered shall determine its jurisdiction in accordance with Brussels I Regulation.²⁴ The court is obliged to examine whether the application fulfills formal requirements and whether the claim is to be founded.²⁵ The court shall reject the application for European order for payment and against such rejection claimant has no right to appeal. However, the rejection does not prevent

²⁰ Article 20 (2) of Regulation (EC) No. 805/2004.

²¹ Article 1(1) of Regulation (EC) No. 1896/2006: “*The purpose of this Regulation is:*

(a) to simplify, speed up and reduce the costs of litigation in cross-border cases concerning uncontested pecuniary claims by creating a European order for payment procedure; and

(b) to permit the free circulation of European orders for payment throughout the Member States by laying down minimum standards, compliance with which renders unnecessary any intermediate proceedings in the Member State of enforcement prior to recognition and enforcement.”

²² Article 4 of Regulation (EC) No. 805/2004.

²³ Article 7(1) of Regulation (EC) No. 805/2004.

²⁴ Article 6 of Regulation (EC) No. 805/2004.

²⁵ Article 8 of Regulation (EC) No. 805/2004.

claimant from pursuing the claim by means of a new application for a European order for payment or other procedure available under the law of Member State.²⁶

So far as the application meets formal requirements, the court issues the European order for payment within 30 days of the application for European order for payment.²⁷ The defendant has two options: to pay the specified amount to the claimant, or to oppose the European order by lodging with the court of origin a statement of opposition within 30 days from the delivery of the order.²⁸

The European order for payment is recognized and enforced in another Member State without the declaration of enforceability and any possibility of opposing its recognition.²⁹ The enforcement of European order for payment is governed by the law of the Member State of enforcement under the same conditions as domestic judgment of the place of enforcement.³⁰

The claimant seeking for enforcement of European order for payment shall provide the formalities under article 21 (2) of Regulation:

- □ the copy of the European order for payment which satisfies the conditions necessary to establish its authenticity;
- if necessary, a translation into the official language of the Member State of enforcement or into another language that the Member State of enforcement has indicated it can accept.

CONCLUSION

The main aim of European Community is to ensure mutual trust in the administration of justice in the European Community judgments and to recognize such judgments in another Member State automatically without any procedure. There is a need of enforcement of foreign judgments through an effective and simple mechanism.

The current trend in European Community legislation – Regulation (EC) No. 805/2004 creating a European Enforcement Order for uncontested claims and Regulation (EC) No. 1896/2006 creating a European order for payment procedure – calls for the judgments which are easily and simply recognized and enforced in another Member State without any immediate proceedings, especially without the declaration of enforceability. The abolition of exequatur results into two-step process of the recognition and enforcement of foreign judgments, instead of three-step process as incorporated into Brussels I Regulation. It brings the positive advantages for the claimant: simple, speed-up process, without any immediate proceedings.

Literatura:

- Council Regulation (EC) No. 44/2001 on jurisdiction and the recognition and enforcement of judgments in civil and commercial matters.

²⁶ Article 11 of Regulation (EC) No. 805/2004.

²⁷ Article 12 (1) of Regulation (EC) No. 805/2004.

²⁸ Article 12 (3) of Regulation (EC) No. 805/2004.

²⁹ Article 19 of Regulation (EC) No. 805/2004.

³⁰ Article 21 (1) of Regulation (EC) No. 805/2004.

- Regulation (EC) No. 805/2004 of the European Parliament and of the Council creating a European Enforcement Order for uncontested claims.
- Regulation (EC) No 1896/2006 of the European Parliament and of the Council creating a European order for payment procedure.
- Treaty Establishing the European Community.
- Kapitán, Z.: Evropský justiční prostor ve věcech civilních. Část VI. Uznání a výkon rozhodnutí podle nařízení Rady (ES) č. 44/2001. Právní fórum, Praha, ASPI, a. s., č. 7.

Kontaktní údaje na autora – email:

61167@law.muni.cz

THE IMPACT OF CIVIL JURISDICTION RULES ON THIRD STATES (ARTICLE 4)

RADKA CHLEBCOVÁ

Právnická fakulta Masarykovy univerzity, Česká republika

Abstrakt v rodném jazyce

Bruselská úmluva i bruselské nařízení se aplikují i v situacích, které jsou více či méně spojeny se třetími státy, a kdy bychom očekávali aplikaci národního práva. Pro pochopení vztahu národních norem a evropských norem o mezinárodní pravomoci je klíčové znění článku 4 zmíněných norem. Článek 4 je často považován pouze na hranici mezi uvedenými systémy. Dle některých názorů se dá pokládat spíše za ustanovení, které umožňuje inkorporovat národní procesní normy do systému norem evropských. Znamená to, že pravomoc založená na národních ustanoveních je podrobena omezením pramenícím z bruselského nařízení.

Klíčová slova v rodném jazyce

Bruselské nařízení, Bruselská úmluva, třetí státy, extraterritorialita, exorbitantní pravidla, domicil, prorogace, výlučná pravomoc, alternativní pravomoc.

Abstract

Brussels Convention or Brussels I. Regulation apply also in situations which are more or less connected with third states and where we would expect national law to be applicable. In order to understand the relation between the national and European law on civil jurisdiction, we have to prove the application scope of Article 4 and its relation to other provisions of Brussels I. Regulation. Article 4 is usually considered to be a borderline between the national and European system. Some authors attribute to the Article 4 the role of connection or incorporation link between national and European system. It means that the jurisdiction based on the national rules is subject to the restriction contained in the Brussels I. Regulation.

Key words

Brussels Regulation, Brussels Convention, Third states, Extraterritoriality, Exorbitant rules, Domicile, Prorogation, Exclusive jurisdiction, Alternative jurisdiction.

1. INTRODUCTION

This conference paper deals with the applicability of Brussels Convention on jurisdiction and the enforcement of judgments in civil and commercial matters (hereinafter „Brussels Convention”) and Council Regulation (EC) No 44/2001 of 22 December 2000 on jurisdiction and the recognition and enforcement of judgments in civil and commercial matters (hereinafter „Brussels I Regulation, Brussels I.”) to third states. To be more precise, this paper deals with the extracommunity cases and with the applicability the Brussels Convention and Brussels I. Regulation to this cases. Article 2 of the mentioned documents, its nature and the interaction of national civil jurisdiction rules and European civil jurisdiction rules should be proven in details. The other provisions of Brussels Convention and Brussels I. Regulation are supposed to be mentioned in the extend which is necessary to understand the nature of Article 2. The application scope of Art. 2 is a very complex issue and therefore is supposed to be left out.

1.1 EXTRATERRITORIAL NATURE OF EUROPEAN JURISDICTION RULES

Although it was not the intention of the drafters of Brussels Convention, the civil jurisdiction rules of Brussels Convention and Brussels I. Regulation are applicable not only in intracommunity cases but also in extracommunity cases. The extent of the application of Brussels Convention and Brussels I. Regulation in these situations is not clear.

If the dispute is connected not only with the territory of Member State of European Union (e.g. because of the defendant's domicile) but also with the territory of a non-Member State (e.g. domicile of one of the parties is in the third state, the place of performance, place where the harmful event occurred or may occur) the Brussels I provides no instructions for allocation of jurisdiction.¹ But it does not mean that the provisions of Brussels Convention or Brussels I. are not applicable to the case. We have to prove its provisions in detail in order to determine when they are regulating the case with third state element.

2. ARTICLE 4: DEFENDANT'S DOMICILE IN A NON-MEMBER STATE

Brussels Convention as well as Brussels regulation use one basic ground for granting jurisdiction in international cases: The domicile of the defendant in the member state of CE. Article 4 on the other hand deals with the defendants who are domiciled outside of EC. If the defendant is not domiciled in a Member State, the jurisdiction of the courts of each Member State shall be determined by the law of that Member State. Article 4 stipulates the only exceptions from its wording. These are Article 22 and 23 - exclusive jurisdiction and prorogation of jurisdiction. Provisions dealing with exclusive jurisdiction and prorogation of jurisdiction are supposed to have priority over the Article 4. One of the reasons could be the importance of these provisions. Other reason might be, that these two provisions seem to be applicable regardless of the domicile. It seems to be so at least at the first sight, because if we prove the application scope of these provisions in detail, the results are not so unambiguous.

2.1 THE REASON FOR THIS PROVISION

According to the Jenard Report on the Convention on jurisdiction and the enforcement of judgments in civil and commercial matters (hereinafter „Jenard Report“), Article 4 was necessary in order to ensure the free movement of judgments. This Article prevents refusal of recognition or enforcement of a judgment given on the basis of rules of internal law relating to jurisdiction. This Article may also perform a function in the case of *lis pendens* – especially in the situation when the jurisdiction of one court was based on the national civil jurisdiction rules whereas another court of EC has exclusive jurisdiction based on Article 23. In the absence of an article such as Article 4, there would be no rule in the Brussels Convention or Brussels I. Regulation expressly recognizing the jurisdiction of two European courts when the jurisdiction before one of them was based on national law.²

If the defendant is not domiciled in a Member State, the jurisdiction should be determined by the national civil jurisdiction rules including the rules specified in Annex 1 (so called *exorbitant rules*). The civil courts jurisdiction in international cases is usually based on the

¹ Fentiman, R., Civil Jurisdiction and Third States: **Owusu** and **After**. In: Common Market Law Review, 2006, volume 43, issue 3, p. 705-734.

² Jenard Report, p. 20, 21.

link of the cases and forum. It should be based on reasonableness, fairness and comity.³ But this is certainly not the case of exorbitant rules where the basis of jurisdiction is unpredictable and surprising. The exorbitant rules on civil jurisdiction are contained in the legal system of majority of European states (except from Spain). Because of their negative impact on the legal certainty the list of these rules was collected in Annex I. The use of these rules for granting civil jurisdiction is forbidden in the framework of Brussels Convention and Brussels I. Regulation.

2.2 BORDERLINE OR LINK FOR INCORPORATION?

Article 4 seems to be only a borderline between the national system of civil jurisdiction rules and the European system. If the defendant is domiciled outside of the EC, the national system of civil jurisdiction rules is supposed to determine whether there is a member state's court responsible for dealing with the action. In reality Art 4 seems to be not only a borderline, but the true connection of national and European civil jurisdiction rules systems. According to some authors⁴, the Art. 4 is taking the national rules and incorporating them into the European system. Since the national rules are incorporated into the European system, it seems to be necessary to comply with the restriction for granting international jurisdiction contained in the Brussels I. Regulation.

The civil jurisdiction based on the national civil jurisdiction rules should therefore be compatible not only with exactly mentioned restrictions (Art. 22, 23) but also with all other restrictions imposed on the process of granting jurisdiction.

1. The protective jurisdiction rules (insurance, consumer protection, employee protection).
2. The appearance before the court
3. The lis pendens rules
4. Recognitions and enforcement rules

2.2.1 THE PROTECTIVE JURISDICTION RULES

The reason for priority application of protective jurisdiction follows from the nature of this jurisdiction and from the necessity to protect the weaker party in dispute. Moreover, the wording of all protective grounds for jurisdictions contains a special clause for situation when the stronger party is domiciled outside of the EC:

Where a consumer enters into a contract with a party who is not domiciled in the Member State but has a branch, agency or other establishment in one of the Member States, that party shall, in disputes arising out of the operations of the branch, agency or establishment, be deemed to be domiciled in that State.⁵

³ Mansel, P., H., Festschrift für Erik Jayme, Band I., München: Sellier. European Law Publishers GmbH. 2004, s. 169 an.

⁴ Briggs, A., Rees, P., Civil Jurisdiction and Judgments, LLP, 2005.

⁵ Compare Art. 9 par. 2, Art. 15 par. 2 and Art. 16 par. 2.

This provision contains a fiction of a domicile. Even if the stronger party was not domiciled in the member state of EC, but has in one of the member states its branch, agency or other establishment, we suggest that this party was domiciled in the member state.

The branch, agency or other establishment is regulated by Article 5 paragraph 5. At this place seems to be necessary to compare the wording of Article 5 paragraph 5 and the wording of Article 9 paragraph 2, Article 15 paragraph 2 and Article 16 paragraph 2. Article 5 deals with the alternative grounds for jurisdiction. In the situation when a party is domiciled in one member state, she or he can also be sued in another member state where the branch, agency or other establishment is situated. As opposite to the Article 5 paragraph 5, where the domicile as well as the branch, agency or other establishment are situated in the EC, the protective grounds for jurisdiction require only the branch, agency or other establishment be situated in the member state. Because the real domicile of the stronger party is situated outside of the EC, it is necessary to interpret this provision as fiction of a domicile.

The problem is that the protective grounds of jurisdiction have mentioned the possibility of fiction of domicile on one hand but at the same time stipulated that the Article 4 still prevails on the other hand. If Article 4 has still the application priority, than we have to look for jurisdiction rule in national law in every cases when the defendant is domiciled outside of the EC. It should not be possible to use the grounds for jurisdiction which are stipulated in the Brussels Convention or in the Brussels I. Regulation, unless they are expressly mentioned in the Article 4. Therefore, it does not seem to be possible to use the fiction of domicile contained in Articles 9 paragraph 2, Article 15 paragraph 2 and Article 16 paragraph 2.

The relation of Article 4 and Article 9 paragraph 2, Article 15 paragraph 2 and Article 16 paragraph 2 is not clear. Nevertheless, the fiction of jurisdiction is often used in order to enable the weaker party to sue before own courts. The necessity to protect weaker parties as well as the importance of this protection leads us to the conclusion, that the list of exceptions provided for in Article 4 is not definitive. We might therefore extend the group of provisions which ask for prior application. This approach could be a brilliant argument for explaining why are the *lis pendens* rules or the rules for recognition and enforcement of judgments applicable also to the judgments where the jurisdiction was based on the national rule. Nevertheless, it is not able to explain the relation of Art. 4 and Art. 24 (appearance before the court).

2.2.2 THE APPEARANCE BEFORE THE COURT

The second provision we have to prove is Article 24. According to the wording of Article 24, apart from jurisdiction derived from other provisions of this Regulation, a court of a Member State before which a defendant enters an appearance shall have jurisdiction. This rule shall not apply where appearance was entered to contest the jurisdiction, or where another court has exclusive jurisdiction by virtue of Article 22.

Article 24 does not mention any requirement concerning the domicile of the parties. Therefore, it seems that it is possible to apply this provision even if both of the parties are domiciled in third state.

Article 4 has expressly mentioned only the priority application of Art. 22 and Art. 23. It does not seem to be possible that the authors of the Brussels Convention have on one hand mentioned the Art. 22 and Art. 23 and have forgotten Art. 24 on the other hand. Neither the case law nor the commentary is helpful at this point. Does Art. 24 apply only to the defendant

who is domiciled in the EC or is it possible to extend the application of this provision also to the defendant from third states? And accordingly to the answer at this question, the Article 24 be applied regardless of the wording of Article 4?

The Jenard report has defined the scope of application of Art. 24 only in respect to the defendant domiciled in the EC.⁶ Therefore, according to the Jenard Report the Art. 24 should be interpreted restrictively and impact only defendants domiciled in the EC.⁷

To make the issue even more complicated, the European Court of Justice (hereinafter “ECJ”) has mentioned the application scope of Art. 24 in the case C-412/98, Group Josi. ECJ came to the conclusion that under Article 18 of the Convention (Art. 24 of the Brussels I. Regulation), the voluntary appearance of the defendant establishes the jurisdiction of a court of a Contracting State before which the plaintiff has brought proceedings, without the place of the defendant's domicile being relevant. However, although the court seised must be that of a Contracting State, that provision does not further require that the plaintiff be domiciled in such a State.⁸

The relation between Article 4 and 24 seems to be unclear and complicated. If it is not possible to extend the application of Article 24 to extracommunity cases, it is not possible to say that Article 24 should have a priority over the Article 4. Then we have to ask whether it is possible to suggest that protective grounds for jurisdiction should prevail although they are not expressly mentioned in the wording of Article 4?

2.2.3 LIS PENDENS AND RECOGNITION AND ENFORCEMENT OF JUDGMENT

As far as rules on lis pendens and recognition and enforcement of judgments are concerned, the situation is clear. Both of these rules apply to the judgments of member state's courts regardless of the basis for jurisdiction (national v. European civil jurisdiction rules). The applicability of rules on lis pendens and recognition and enforcement of judgments follows therefore directly from the Brussels Conventions or Brussels I. Regulation.

2.3 SURVIVAL OF EXORBITANT JURISDICTION RULES

The other result of incorporating the national civil jurisdiction rules into the application scope of the Brussels Convention or Brussels I. Regulation is a persisting impact of exorbitant grounds for jurisdiction. As was already mentioned before, the exorbitant grounds are not based on predictable grounds for granting jurisdiction. Originally, the exorbitant grounds were mentioned in Article 3 of the Brussels Conventions. The second paragraph of Article 3 had contained demonstrative enumeration of these rules. Jenard Report points out that these rules of jurisdiction are not totally excluded. They are excluded only in respect of persons who are domiciled in another Contracting State. Thus they remain in force with respect to persons who are not domiciled within the Community.⁹

⁶ Jenard report, p. 38.

⁷ Kruger, T., *Civil Jurisdiction Rules of the EU and their Impact on Third States*. Oxford: Oxford University Press, 2008, p. 124.

⁸ Judgment of ECJ C-412/98, Group Josi, p. 44-45.

⁹ Jenard Report, p. 19.

Nevertheless, in the situation when the national civil jurisdiction rules are incorporated into the Brussels Convention or Brussels I. Regulation, the judgments from national courts where the jurisdiction was based on the national rule, are recognizable and enforceable in conformity with the Brussels Convention or Brussels I. Regulation. The national ground for jurisdiction is not proved any more and especially it is not reason for rejecting recognition and enforcement of judgments. Therefore, even if the jurisdiction was based on the exorbitant rule, the judgment is free recognizable and enforceable throughout the whole European Union. Exorbitant rules are in this way not only still alive, but profiting from the free movement of judgments.

3. SUMMARY

Article 4 seems to be one of the most important provisions for dealing with situation concerning the third state. It is necessary to prove not only the wording of Article 4 but to prove the relation of Article 4 with other provisions of the Brussels I. Regulation. This is the only way how to understand properly the application sphere of the European procedural law.

Literatura:

- Rozehnalová, N., Týč, V., Evropský justiční prostor (v civilních otázkách). Brno: Masarykova univerzita Brno, 2003.
- Pontier, J. A., Burg, E.: EU Principles on Jurisdiction and Enforcement of Judgments in Civil and Commercial Matters. The Hague: T. M. C. Aster Press, 269 s.
- Magnus, U., Mankowski, P.: Brussels I Regulation. München: Sellier European Law Publishers. Art. 23., 852 s.
- Audit, B., The Application of Private International Norms to "Third Countries" : the Jurisdiction and Judgements Example. In: Nuyts, A., Watté, N., International civil litigation in Europe and relations with third states. Bruxelles : Bruylant, 2005, str. 63.
- Fentiman, R., Civil Jurisdiction and Third States: Owusu and After. In: Common Market Law Review, 2006, volume 43 , issue 3 , p. 705-734.
- Fentiman, R., National Law And The European Jurisdiction Regime. In: Nuyts, A., Watté, N., International civil litigation in Europe and relations with third states. Bruxelles : Bruylant, 2005, str. 83-128.
- Arroyo, D. P. F., Exorbitant and Exclusive Grounds of Jurisdiction in European Private International Law : Will They Ever Survive? In: Mansel, P. H., Festschrift für Erik Jayme, Band. I. München: Sellier European Law Publishers GmbH., 2004, str.169-186.
- Siehr, K., European Private International Law and Non-European Countries, In: Borchers, P. J., Zekoll, J., International conflict of laws for the third millennium : essays in honor of Friedrich K. Juenger. Ardsley, NY : Transnational Publishers, 2001, str. 289-299.
- Mansel, P., H., Festschrift für Erik Jayme, Band I., München: Sellier. European Law Publishers GmbH. 2004, s. 169 an.

- Briggs, A., Rees, P., Civil Jurisdiction and Judgments, LLP, 2005.
- Kruger, T., Civil Jurisdiction Rules of the EU and their Impact on Third States. Oxford: Oxford University Press, 2008, p. 124.
- Schlosser, P. F., Unzulässige Diskriminierung nach Bestehen oder Fehlen eines EG-Wohnsitzes im Europäischem Zivilprozessrecht. In: Lorenz, S., a kol., Festschrift für Andreas Heldrich zum 70. Geburtstag. München: C.H.Beck, 2005.
- Stadler, A., From the Brussels Convention to Regulation 44/2001: Cornerstones of a European Law of Civil Procedure. In: Common Market Law review, 2005, č. 42, str. 1637 an.
- Heinze. Ch. A., Dutta, A., Ungeschriebene Grenzen für europäische Zuständigkeit bei Streitigkeiten mit Drittstaatenbezug. In: IPRax, 2005, s. 224 an.
- Jenard Report.
- Posudek C-1/03 Soudního dvora (pléna) ze dne 7. 2. 2006 ve věci Pravomoc Společenství uzavřít novou Luganskou úmluvu o soudní příslušnosti a uznávání a výkonu rozhodnutí v občanských a obchodních věcech, p. 153.
- Andrew Owusu v. N. B. Jackson (C-281/02).
- Opinion of Advocate General Léger delivered on 14 December 2004, Case C-281/02, p. 126.
- Coreck Maritime GmbH v. Handelsveem BV, (C-387/98).
- Rozhodnutí ESD ve věci sp. zn. C- 412/1998: Group Josi Reinsurance Company SA.
- Opinion of Mr. Advocate General Fennelly delivered on 9 March 2000, Case C- 412/1998.

Kontaktní údaje na autora – email:

Radka.chlebcova@law.muni.cz

IS THE ENGLISH DOCTRINE OF JUDICIAL PRECEDENT BECOMING ONLY AN ILLUSION?

ROMAN KALIŠ

Právnická fakulta Masarykovy univerzity, Česká republika

Abstrakt v rodném jazyce

Cílem tohoto příspěvku je zabývat se akademickou otázkou vztahu anglické doktríny soudního precedentu a práva tvořeného legislativní činností britského parlamentu. Je skutečností, že význam legislativní činnosti parlamentu ve Spojeném království stále roste. Je však skutečně možné říci, že anglická doktrína soudního precedentu ztrácí na významu a stává se pouhou iluzí? Cílem toho příspěvku je prokázat, že tomu tak v žádném případě není.

Klíčová slova v rodném jazyce

Soudní precedent, ratio decidendi, obiter dictum, zákon v. judikatura.

Abstract

The purpose of this paper is to deal (in the form of an academic essay) with the relationship of the English doctrine of judicial precedent and the law created by legislative activity of the U.K. Parliament. It is a reality that the importance of parliamentary legislative power is growing. However, does it really mean that it diminishes the importance of the judicial lawmaking and that the doctrine of judicial precedent is becoming only an illusion? This purpose of this paper is to proof that it is by no means the case.

Key words

Judicial precedent, ratio decidendi, obiter dictum, statute v. case law.

1. INTRODUCTION

Doctrine of judicial precedent has always played pre-eminent role in English law. It will be shown in this essay that this doctrine is not an illusion, it simply cannot be. Conversely, it is a living and continually developing feature of English legal system which is to work in the future as well as it did in the past¹. The first part of this essay deals with the question of ratio decidendi, Truth is that this ratio is usually difficult to find, however it will be shown that this sole fact is not able to undermine the doctrine of precedent as such. The second part addresses the approach the judiciary takes to the decision's ratio. Is the judiciary really ignoring it whenever possible? It shall be proven below that it does not. The final part deals with the relationship between statutory rules and case law and with the way these are applied by courts. It shall be shown that despite the growing number of statutory rules and despite the priority of statute, there are areas of law which are governed by precedents only and even in other areas of law, it is usually the case law which is eventually looked at when dealing with a case.

¹ As Philip James says in his Introduction to English Law: "...the Common Law may well prove as vital and enduring as the Roman Law, its mighty rival". James, Philip Seaforth, Introduction to English Law: 5th ed, 1962, Butterworths, London, from p. 13

2. RATIO DECIDENDI

It follows from the doctrine of precedent that like cases should be treated alike. It means that if a court is dealing with a case which shares material facts with a previous, already decided case, the court is generally bound² by the previous decision and should arrive to the same conclusion³. However the court is not bound by the whole decision but only by the rules and principles the decision creates and is based on. This is what is called its ratio decidendi. It is the crucial part of a binding precedent⁴ which contains the relevant authoritative statements and legal reasoning. It is therefore to be understood as the indispensable principle of law abstracted from the material facts, which is used by the judge to make his decision⁵. Only the ratio binds judges in the future and all other pronouncements are said in passing and are considered obiter dicta.

Nobody disputes that the location of this essential part of a binding decision may and usually is a very difficult task, for English judges are not limited in length and in what they cover in their judgment, they usually do not specifically distinguish between ratio decidendi and obiter dicta statements. The scope of the ratio varies as well and usually depends even on elements found outside of the particular case⁶. If we are looking at a very long decision of appellate court, or in case judges do not agree as to the reasons for decision, the task will get even more difficult. However there are certain guides how to locate the ratio:

When all judges deciding a case agree as to its outcome, their majority view contains binding ratio decidendi. On the other hand, when a judge adopts a dissenting opinion, we can be certain that it is obiter dicta and we do not need to take his statements into account as binding⁷.

It has been written above that judges mostly do not strictly distinguish in their decisions between ratio decidendi and obiter dicta. Sometimes, however, they do make such distinction (even though not expressly). As Denis Keenan notes, a judge may say “if it were necessary to decide the further point, I should be inclined to say that...” These “if statements” are not to be applied to the material facts of the current

² Courts are normally bound by decision of a higher court and usually even by its own previous decisions

³ It comes from the doctrine of stare decisis adopted by medieval traveling judges

⁴ For not all precedents are binding (for instance decisions of Scottish courts normally do not bind English judges, however they may have persuasive power, decisions from other Commonwealth jurisdictions may be of persuasive power as well).

⁵ *Household Fire Insurance Company v Grant* (1978), The court decided in this case that “...letter of acceptance took effect when it was posted, the reason behind this principle being that the Post Office was the common agent of the parties” (Keenan, Denis J., Smith & Keenan's English law: 13th ed., 2001, Harlow: Longman, from p. 171).

⁶ The time plays its role as well, the judges may over years ascribe a broad ratio to a case, or conversely a very narrow one which is then difficult to apply in the future, for material facts of every case are almost never the same.

⁷ However, dissenting opinions are often of persuasive nature, especially if pronounced by judges of high repute (Lord Atkin in *Donoghue v Stevenson* [1932] A.C. 562)

case and are therefore obiter dicta⁸. It is only by application a statement becomes binding, everything else said by a judge is an expression of his opinion about further hypothetical questions and even though it may have significant persuasive power, it is not binding.

However, in rare cases it may be really impossible to discover any ratio decidendi⁹. The Court of Appeal held, for example, that there was no discernible ratio in case *Central Asbestos Co Ltd v Dodd*¹⁰. Even though it is unpleasant and will make the decision making more complicated, it is not anything, which a judge could not deal with. In such circumstances the court will have to go back in time and find an earlier case dealing with the same issue and apply it to the situation dealt with now¹¹.

3. APPLICATION OF RATIO DECIDENDI IN SUBSEQUENT CASES

Some critics assert that judges can easily (and often do) ignore the ratio and eventually decides the case regardless of the ratio found. It is not so. Judges of course may, in some cases, depart from a previous ratio. However this discretion is absolutely necessary in order for the law to keep pace with reality and to sustain its development. Judges do not exercise this freedom in arbitrary way. There are rules saying where this departure is admissible and where it is not. In general all higher courts bind the courts below and are usually bound even by its own previous decision¹². There are, however, situations when strict following of the previous case's ratio would have adverse effect. To deal with these situations several exceptions from the rule of binding precedent developed:

a judge does not have to follow previous decision if he distinguishes the current case from the previous one on material facts, it means that he needs to find features of the case he considers which are sufficiently different from the previous case¹³,

as already mentioned above, the court logically does not have to follow a previous judgment if its ratio is not discernible¹⁴,

if a decision conflicts with a basic legal principle it also ceased to be binding¹⁵,

if an important precedent or a statutory rule has not been considered by the court making the previous decision, subsequent courts can ignore such decision¹⁶,

decision which has been overruled by a statute is also of no binding force¹⁷

⁸ Keenan, Denis J., *Smith & Keenan's English law: 13th ed.*, 2001, Harlow: Longman, from p. 171

⁹ For instance there is no majority opinion deciding for a specific *ratio*

¹⁰ *Central Asbestos Co Ltd v Dodd* [1972] 2 All ER 1135

¹¹ In case there is no such decision, the court will create a new precedent based on the rules and principles of case law as whole.

¹² This is however only a simplification, for it is not purpose of this essay to consider the court structure in more detail

¹³ Narrowing the *ratio decidendi* by distinguishing, *Quin v Leatham* [1901] AC 495

¹⁴ *Central Asbestos Co Ltd v Dodd* [1972] 2 All ER 1135

¹⁵ *Beswick v Beswick*, 1967

¹⁶ Decisions made *per incuriam*

if there are several decisions issued by the same rank of courts, the court dealing with the question should generally choose the later one, however it is not this simple, for the later one does not necessarily have to be the correct one, conversely it could have been issued in ignorance of the previous decision¹⁸

After coming into effect of the Human Rights Act 1998, the courts ceased to be bound by any previous case law conflicting with the Convention.

4. STATUTE V PRECEDENT

It comes from the doctrine of Parliamentary Sovereignty that Parliament is the supreme law making body in the land¹⁹ and “no-one may question the validity of an Act of Parliament”²⁰.

Statutes, as a form of parliamentary legislation, are therefore the primary source of English Law. However despite the above mentioned facts, it is the case law created by judges that constitutes the cornerstone of the English Legal system, for English law has never been generally codified. Law of contract, tort and equity law, are still until these days covered by case law only. However even a statute once dealt with in case will be interpreted by judges²¹ and eventually, it will be the case that will be looked back by court, once deciding a similar issue in the future. A lawyer, when dealing with a legal issue, will search reported cases²² even if the issue is already regulated by statute. Disadvantage of statutes is that they are formed on basis of theory conversely case-law is purely built by reasoned decisions, coming from real life situations. It enjoys a great deal of certainty²³ and flexibility. Judges are here to “apply the principles which emerge from the case-law of the past, to adapt them to the conditions of the present, and so to mould them that they may be fit to serve for the future”²⁴. Critics assert that the case law is too rigid, complex and may sometimes cause injustice²⁵. However statutory rules can easily cause the same problem for the judges cannot depart from a statutory rule if its wording is clear and without ambiguity.²⁶ It takes a long process to change a statutory rule and it may be even impossible to arrive to a change, sometimes only because of political tensions and disagreements. There is also no difference in complexity between precedents and Acts of Parliament, for there is not only highly organized general codes but usually also a complex bulk of statutory rules as well²⁷.

¹⁷ For statute is the highest source of law

¹⁸ Colchestr Estates (Cardiff) v Carlton Industries [1984] 2 All ER 601

¹⁹ The Crown and Parliament Recognition Act 1689 declared Parliament to be a Sovereign body

²⁰ Terrett, S., English Legal System, Workbook 1, University of Cambridge, 2005

²¹ About 50 % of all High Court CASE and 90 % of House of Lords cases deals with statutory interpretation, for even statutes are not always clear and without confusion

²² Law Reports

²³ for since the judicial decisions are usually consistent, it is possible to predict the court’s future ruling

²⁴ James, Philip Seaforth, Introductin to English Law: 5th ed, 1962, Butterworths, London, from p. 13

²⁵ It was recognized even by the House of Lords in 1966 Practice Statement

²⁶ Fothergill v Monarch Airlines Ltd [1981]

²⁷ Some become obsolete even before they are first used

5. CONCLUSION

Throughout the centuries the English legal system has been built up by creating and applying precedent after precedent, and even today when Parliament keeps passing more and more statutory rules, the judge made law has not lost its importance. It is certainly not an illusion. It has been shown in this essay that even though locating the ratio decidendi is not an easy task and sometimes even impossible one, there is no way how this fact could affect the doctrine of precedent. Judges despite enjoying quite wide discretion as how to apply rules derived from the ratio on the future cases do not exercise this right arbitrarily for there are rules they have to obey. It has not been claimed in this essay that the system of precedent is perfect, however neither are rules created by statutes. We should take advantage of using these two features of English legal system as complementary, so we can enjoy the better parts of both.

Literatura:

- James, Philip Seaforth, *Introductin to English Law: 5th ed*, 1962, Butterworths, London
- Wilson, G., *Cases & Materials on the English Legal System*, 1973, Sweet and Maxwell,
- Keenan, Denis J., *Smith & Keenan's English law: 13th ed.*, 2001, Harlow: Longman
- Martin, J., Turner, C., *The English Legal System:2nd ed.*, 2005, Hodder Arnold
- Terrett, S., *English Legal System, Workbook 1*, University of Cambridge, 2005
- Ashmore, D., *English Legal System, Workbook 2*, University of Cambridge 2005
- Wikipedia, the free encyclopedia, Precedent, <http://en.wikipedia.org/wiki/Precedent>
- Donoghue (or *McAlister v Stevenson*, [1932] All ER Rep 1; [1932] AC 562; House of Lords, <http://www.leeds.ac.uk/law/hamlyn/donoghue.htm>

Kontaktní údaje na autora – email:

romankalis@seznam.cz

PROHIBITION OF DISCRIMINATION ON THE GROUNDS OF DISABILITY IN THE EC LAW

JANA KOMENDOVÁ

Právnická fakulta Masarykovy univerzity, Česká republika

Abstrakt v rodném jazyce

Příspěvek se zabývá právem ES, které upravuje diskriminaci z důvodu zdravotního postižení. Skládá se ze tří hlavních částí. První část je věnována primárnímu právu, které je právním základem pro přijetí sekundární legislativy, druhá část je zaměřena na sekundární právo upravující diskriminaci z důvodu zdravotního postižení a třetí část rozebírá výklad pojmu “zdravotní postižení” v judikatuře Evropského soudního dvora.

Klíčová slova v rodném jazyce

Rovné zacházení, zákaz diskriminace v zaměstnání a povolání, osoby se zdravotním postižením, zdravotní postižení, nemoc, přímá diskriminace, nepřímá diskriminace, obtěžování, navádění k diskriminaci, přiměřené uspořádání, pozitivní činnost, důkazní břemeno.

Abstract

The contribution deals with the EC law regulating discrimination based on disability. It is divided into three main parts. The first part is dedicated to the primary law which is the legal base for adoption of secondary legislation, the second part focuses on the secondary law regulating disability based discrimination and the third part analyses the interpretation of the notion of disability in the case law of the European Court of Justice.

Key words

Equal treatment, prohibition of discrimination in employment and occupation, persons with disabilities, notion of disability, sickness, direct discrimination, indirect discrimination, harassment, instruction to discriminate, reasonable accommodation, positive action, burden of proof.

One of the objectives on which the European Community (hereinafter EC) is founded is improving of living and working conditions. This objective may be achieved inter alia through realization of the principle of equal treatment and prohibition of discrimination based on various grounds. The EC law recognises as grounds of discrimination sex, racial or ethnic origin, religion or belief, disability, age and sexual orientation. Disability differs from other types of discrimination in that it is a possibility which faces all members of society.¹ Another difference between disability and other grounds of discrimination is that in order to keep the principle of equal treatment with persons with disabilities it is sometimes necessary to take certain measures to enable the persons with disabilities to participate in various fields of social life.

¹ Fredman, S.: *Discrimination Law*, New York, Oxford University Press, 2002, s. 67.

1. PRIMARY LAW

The most important amendments in the primary law concerning discrimination were introduced by the Treaty of Amsterdam amending the EC Treaty adopted in 1997. This Treaty for the first time recognised disability as grounds of discrimination. New Article 13 of the EC Treaty states that without prejudice to the other provisions of this Treaty and within the limits of the powers conferred by it upon the Community, the Council acting unanimously on a proposal from the Commission and after consulting the European Parliament, may take appropriate action to combat discrimination based on sex, racial or ethnic origin, religion or belief, disability, age or sexual orientation. This provision of the EC Treaty is very significant due to the fact that it is placed in the Chapter one called "*Principles*". The inclusion of Article 13 in the EC Treaty, directly after Article 12, and, subsequently, the adoption of the two 2000 directives, are vital elements in the process of recognition that equality and non-discrimination are no longer matters related to market integration.²

However, contrary to nationality based discrimination provided for in article 12 the Article 13 does not have direct effect.³ The article 13 is only a legal base for adoption of appropriate measures to combat discrimination on the abovementioned grounds. It does not specify the kind of measures that can be adopted. Because it does not expressly exclude any measures, the term must include not merely all instruments referred to in Article 249 (ex 189) EC, but also the other measures which the Community employs, such as guidelines, action programmes and communications.⁴ But it should be noted that its ambit is restricted to the prohibition of discrimination and that it does not extend to measures to promote equality of opportunity on the wider scale.⁵

The opening phrase of the Article 13 of the EC Treaty "*without prejudice to the other provisions of this Treaty*" may appear as all other provisions of the EC Treaty take precedence over it. However, the formula used in Article 13 EC may be intended to allow non-discrimination clauses to be inserted in legal instruments adopted on the basis of other Treaty provisions.⁶ The measures taken on the basis of this Article must fall within the limits of the powers conferred upon the Community.

2. SECONDARY LAW

On the basis of the article 13 of the EC Treaty the Council Directive 2000/78/EC of 27 November 2000 establishing a general framework for equal treatment in employment and occupation (hereinafter Directive) was adopted. Its purpose is stipulated in the article 1 as to lay down a general framework for combating discrimination on the grounds of religion or belief, disability, age or sexual orientation as regards employment and occupation, with a

² Prechal, S.: Equality of Treatment, Non-discrimination and Social Policy: Achievements in Three Themes, Common Market Law Review, Vol. 41 Issue 2, Kluwer Law International, Netherlands, 2004, p. 550.

³ The Article 12 of the EC Treaty states that nationality based discrimination shall be prohibited.

⁴ Flynn, L.: The implications of article 13 EC - after Amsterdam, will some forms of discrimination be more equal than others? Common Market Law Review Vol. 36 Issue 6., Kluwer Law International, Netherlands, 1999, p.1136.

⁵ Ellis, E.: EU Anti-Discrimination Law, Oxford, Oxford University Press, 2005, p. 14.

⁶ Flynn, L.: The implications of article 13 EC - after Amsterdam, will some forms of discrimination be more equal than others? Common Market Law Review Vol. 36 Issue 6., Kluwer Law International, Netherlands, 1999, p.1134.

view to putting into effect in the Member States the principle of equal treatment. For the purposes of the Directive the **principle of equal treatment** is defined in its article 2 (1). It means that there shall be no direct or indirect discrimination whatsoever of any of the grounds referred to in the directive. However the Directive does not require the recruitment, promotion or maintenance in employment of an individual who is not competent, capable and available to perform the essential functions of the post concerned.⁷

2.1 NOTION OF DISCRIMINATION

The directive defines the fundamental terms as direct discrimination and indirect discrimination and provides for the forms of discrimination. **Direct discrimination**

on the base of disability shall be taken to occur where one person is treated less favourably than another is, has been or would be treated in a comparable situation, on the grounds of disability **Indirect discrimination** on the base of disability shall be taken to occur where an apparently neutral provision, criterion or practice would put person having a particular disability at a particular disadvantage compared with other persons. However, there are two exceptions:

- That provision, criterion or practice is objectively justified by a legitimate aim and the means of achieving that aim are appropriate and necessary, or
- As regards persons with a particular disability, the employer or any person or organisation, to whom the Directive applies, is obliged under national legislation to take appropriate measures in line with the principles contained in Article 5 in order to eliminate disadvantages entailed such provision, criterion or practice..

The Directive recognises as a form of discrimination also harassment and an instruction to discrimination. **Harassment** shall occur when unwanted conduct related to a disability takes place with the purpose or effect of violating the dignity of a person and of creating an intimidating, hostile, degrading, humiliating or offensive environment. The directive enables to define the concept of harassment is in accordance with the national laws and practice of the Member States. **An instruction to discriminate** is not defined in the Directive. However, according to the article 2 (4) an instruction to discriminate against person on the grounds of disability shall be deemed to be discrimination.

2.2 SCOPE OF APPLICATION

The scope of application of the Directive is defined in the Article 3. The personal scope of application includes all persons, as regards both the public and private sectors, including public bodies. The material scope of application includes

- Conditions for access to employment, to self-employment or to occupation, including selection criteria and recruitment conditions, whatever the branch of activity and at all levels of the professional hierarchy, including promotion;
- Access to all types and all levels of vocational guidance, vocational training advanced vocational training and retraining, including practical work experience;

⁷ See preamble to the Council Directive 2000/78/EC of 27 November 2000 establishing a general framework for equal treatment in employment and occupation, point 17.

- Employment and working conditions, including dismissals and pay,
- Membership of, and involvement in, an organisation of workers or employers, or any organisation whose members carry on a particular profession, including the benefits provided for by such organisations.

The Directive expressly excludes from its scope of application differences of treatment based on nationality and is without prejudice to provisions and conditions relating to the entry into and residence of third-country nationals and stateless persons in the territory of Member States, and any treatment which arises from the legal status of the third-country nationals and stateless persons concerned. The Directive also does not apply to payments of any kind made by state schemes or similar, including state social security or social protection schemes.

The Directive enables to Member States to provide that it shall not apply to armed forces in so far as it relates to discrimination on the grounds of disability and age. The explanation of this provision is contained in par. 18 of its preamble stipulating that the Directive does not require, in particular, the armed forces and the police, prison or emergency services to recruit or to maintain in employment persons who do not have the required capacity to carry out the range functions that they may be called upon to perform with regard to the legitimate objective of preserving the operational capacity of those services. The par. 19 continues that in order that the Member States may continue to safeguard the combat effectiveness of their armed forces, they may choose not to apply the provisions of this Directive concerning disability and age to all or part of their armed forces. The Member States who make that choice must define the scope of such derogation.

2.3 CONCEPT OF REASONABLE ACCOMMODATION

With respect to persons with disabilities the Directive introduced the important concept of **reasonable accommodation**. The article 5 of the Directive provides for that in order to guarantee compliance with the principle of equal treatment in relation to persons with disabilities, reasonable accommodation shall be provided. This means that employers shall take appropriate measures, where needed in a particular case, to enable a person with a disability to have access to, participate in, or advance in employment, or to undergo training, unless such measures would impose a disproportionate burden on the employer. Such measures may consist of for example adapting premises and equipment, patterns of working time, the distribution of tasks or the provision of training or integration resources.⁸ The burden imposed on an employer shall not be disproportionate when it is sufficiently remedied by measures existing within the framework of the disability policy of the Member State concerned.

The explanation of the concept of reasonable accommodation is included into the preamble to the Directive. Its point 16 states that the provision of measures to accommodate the needs of disabled people at the workplace plays an important role in combating discrimination on grounds of disability. Contrary to other provisions of the Directive the article 5 imposes the obligation directly on employers who shall take the appropriate action. However, not fulfilling this obligation is not considered as a form of discrimination.

⁸ See preamble to the Council Directive 2000/78/EC of 27 November 2000 establishing a general framework for equal treatment in employment and occupation, point 20.

2.4 POSITIVE ACTION

Article 7 of the Directive lays down the **positive action**. According to this provision with a view to ensuring full equality in practice, the principle of equal treatment shall not prevent any Member State from maintaining or adopting specific measures to prevent or compensate for disadvantages linked to disability. Par. 2 of this Article contains specific provision with respect to people with disabilities. It states that with regard to disabled persons, the principle of equal treatment shall be without prejudice to the right of Member States to maintain or adopt provisions on the protection of health and safety at work or to measures aimed at creating or maintaining provisions or facilities for safeguarding or promoting their integration into the working environment.

2.5 BURDEN OF PROOF

Article 10 (2) of the Directive regulates the **burden of proof**. According to this provision Member States shall take such measures as are necessary, in accordance with their national judicial systems, to ensure that, when persons who consider themselves wronged because the principle of equal treatment has not been applied to them establish, before a court or other competent authority, facts from which it may be presumed that there has been direct or indirect discrimination, it shall be for the respondent to prove that there has been no breach of the principle of equal treatment. Paragraph 1 shall not prevent Member States from introducing rules of evidence which are more favourable to plaintiffs.

3. INTERPRETATION OF DISABILITY

In the opinion of the author of this contribution the problems may appear in practice due to the fact that the Directive does not define the grounds of discrimination. It is not clear which types of discrimination shall be prohibited. The result is especially unsatisfactory in relation to such an extremely vague and open-ended term as disability.⁹ In spite of the fact that various international or non-governmental organisations have been trying to provide unified and standard language in this field, there exist no universal definition of disability. Various notions of disability are provided for by national laws of Member States. For example the Czech legal order requires that a person must be recognised as a person with disability by the competent authority in order to enjoy the advantages in employment. The competent authority may only recognise as person with disability a natural person whose impairment lasts or is probable to last at least one year. Moreover, a lot of national laws of Member States contain more definitions of disability with respect to the area in which this group of persons are to be protected (e.g. education, employment, social security or social protection). Some national laws protect against discrimination not only persons with disabilities but also persons who are not themselves disabled but are in certain relation to a person with disability.

With respect to notion of disability the Directive does not state that it should be provided for in the national laws of the Member States. It follows from the need for uniform application of Community law and the principle of equality that the terms of a provision of Community law which makes no express reference to the law of the Member States for the purpose of determining its meaning and scope must normally be given an autonomous and uniform

⁹ Ellis, E.: EU Anti-Discrimination Law, Oxford, Oxford University Press, 2005, p. 35.

interpretation throughout the Community, having regard to the context of the provision and the objective pursued by the legislation in question.¹⁰

For the purposes of the Directive this term is interpreted in the case-law of the ECJ. At the present time there are two judgements dealing with the interpretation of the term disability. Both of them concern the dismissal. In the first case (C-13/05) the ECJ examined the relation between sickness and disability, more precisely replied the question whether the term sickness falls within the scope of protection provided by the Directive. The ECJ interpreted the term disability in the light of the purpose of the Directive which is lay to down a general framework for combating discrimination on the grounds of religion or belief, disability, age or sexual orientation as regards employment and occupation, with a view to putting into effect in the Member States the principle of equal treatment. In the light of that objective, the concept of 'disability' for the purpose of Directive 2000/78 must be given an autonomous and uniform interpretation.¹¹

According to the opinion of the ECJ the concept of disability is different from the concept of sickness. The ECJ interpreted the concept of disability in relation to the concept of reasonable accommodation. The importance which the Community legislature attaches to measures for adapting the workplace to the disability demonstrates that it envisaged situations in which participation in professional life is hindered over a long period of time. In order for the limitation to fall within the concept of disability, it must therefore be probable that it will last for a long time. There is nothing in Directive 2000/78 to suggest that workers are protected by the prohibition of discrimination on grounds of disability as soon as develop any type of sickness.¹²

In the second case (C-303/06) the ECJ dealt with question whether the Directive only protects from direct discrimination and harassment person who is himself disabled, or whether the principle of equal treatment and the prohibition of direct discrimination apply equally to employee who is not himself disabled but who is treated less favourably by reason of the disability of his child, for whom he is the primary provider of the care required by virtue of the child's condition. The Advocate General in the Opinion in this Case noted that directly targeting a person who has a particular characteristic is not the only way of discriminating against him or her; there are also other, more subtle and less obvious ways of doing so. One way of undermining the dignity and autonomy of people who belong to a certain group is to target not them, but third persons who are closely associated with them and do not themselves belong to the group. A robust conception of equality entails that these subtler forms of discrimination should also be caught by anti-discrimination legislation, as they too affect the persons belonging to suspect classifications. Indeed, the dignity of the person with a suspect characteristic is affected as much by being directly discriminated against as it is by seeing someone else suffer discrimination merely by virtue of being associated with him. In this way, the person who is the immediate victim of discrimination not only suffers a wrong himself,

¹⁰ See Judgement of the ECJ of 11 July 2006 in Case Sonia Chacón Navas v. Eurest Colectividades SA (c – 13/05), par. 40.

¹¹ Op. Cit par. 42.

¹² Op. Cit par. 45, 46.

but also becomes the means through which the dignity of the person belonging to a suspect classification is undermined.¹³

In its judgement the ECJ gave the notion of disability an extensive interpretation. It agreed with the opinion of Advocate General.. In the opinion of the ECJ, it does not follow from those provisions of Directive 2000/78 that the principle of equal treatment which it is designed to safeguard is limited to people who themselves have a disability within the meaning of the directive. On the contrary, the purpose of the directive, as regards employment and occupation, is to combat all forms of discrimination on grounds of disability. The principle of equal treatment enshrined in the directive in that area applies not to a particular category of person but by reference to the grounds mentioned in Article 1. That interpretation is supported by the wording of Article 13 EC, which constitutes the legal basis of Directive 2000/78, and which confers on the Community the competence to take appropriate action to combat discrimination based, inter alia, on disability.¹⁴ An interpretation of the Directive limiting its application only to people who are themselves disabled is liable to deprive that directive of an important element of its effectiveness and to reduce the protection which it is intended to guarantee.¹⁵

CONCLUSION

In the light of the foregoing considerations, it is possible to make conclusion that the EC law does not recognise as grounds of discrimination any limitation resulting from physical, mental or psychological impairment which hinders the participation of the person concerned in professional life. Only limitation that is probable to last for a long time falls within the concept of disability. However, national laws of some Member States prohibit discrimination on the grounds of state of health. Contrary to discrimination on the grounds of racial or ethnic origin, the EC law regulates the discrimination based on disability only in the field of employment and occupation.

Literatura:

- Treaty Establishing the European Community;
- Council Directive 2000/78/EC of 27 November 2000 establishing a general framework for equal treatment in employment and occupation;
- Judgment of the European Court of Justice of 11 July 2006 in Case Sonia Chacón Navas v Eurest Colectividades SA, (C-13/05);
- Opinion of Advocate General Poiares Maduro in Case Coleman v. Attridge Law and Steve Law (C-303/06);
- Judgment of the European Court of Justice of 17 July 2008 In Case S. Coleman v Attridge Law and Steve Law (C-303/06);

¹³ See the Opinion of Advocate General Poiares Maduro in Case Coleman v. Attridge Law and Steve Law (C-303/06) par 12, 13.

¹⁴ See Judgement of the ECJ of 17 July in Case S. Coleman v. Attridge Law and Steve Law (C-303/06) par 38.

¹⁵ Op. Cit. par. 51.

- Ellis, E.: EU Anti-Discrimination Law, Oxford, Oxford University Press, 2005, 401 pages, ISBN 0-19-926683-2;
- Flynn, L.: The implications of article 13 EC - after Amsterdam, will some forms of discrimination be more equal than others? Common Market Law Review Vol, 36 Issue 6,, Kluwer Law International, Netherlands, 1999, ISSN – 0165-0750;
- Fredman, S.: Discrimination Law, New York, Oxford University Press, 2002, 205 pages, ISBN 0-19-876566-5;
- Prechal, S.: Equality of Treatment, Non.discrimination and Social Policy: Achievements in Three Themes, Common Market Law Review, Vol. 41 Issue 2, Kluwer Law International, Netherlands, 2004, ISSN – 0165-0750,
- Waddington, L., Bell M.: More equal than others; distinguishing European union equality directives, Common Market Law Review Vol. 38 Issue 3 Kluwer Law International, Netherlands , ISSN – 0165-0750,
- Waddington, L., Hendriks, A.: The Expanding Concept of Employment Discrimination in Europe: From Direct and Indirect Discrimination to Reasonable Accommodation Discrimination, The International Journal of Comparative Labour Law and Industrial Relations, Vol. 18 Issue 4, Kluwer Law International, Netherlands, ISSN – 0952-617X.

Kontaktní údaje na autora – email:

Jana.Komendova@law.muni.cz

KRITISCH ÜBER DIE INKRIMINIERUNG DES GENOZIDS

DAMJAN KOROŠEC

Faculty of Law, University of Ljubljana, Slovenia

Abstract

The author begins by a short presentation of cases of genocide throughout the history of mankind. He then presents more prominent critiques of the present contents of the criminal legal concept of genocide and on its basis he indicates the future of incrimination of genocide in international criminal law (at this moment integration of additional categories of protected groups, introduction and/or strengthening of culturocidal elements of the definition of genocide) and tries to take away from the reader the fear of rethinking the concept of genocide. Among others the author substantiates, that on the one hand the cautiousness of the modern legal systems is in several views well grounded, when it does not follow every solution, found in sociology, criminology or politics, but criticizes noncritical sticking to enumerative concepts of protected groups and advocates for a comprehensive goal oriented search for the best possibilities to modernize the definition of these groups.

Key words

Substantive criminal law, international criminal law, genocide, incrimination, culturocide.

1. KRITISCH ÜBER DIE INKRIMINIERUNG DES GENOZIDS

dr. Damjan Korošec¹

Genozid als faktisches Problem in der globalen Geschichte der Menschheit

Obwohl der Begriff Genozid als eine Neuprägung aus dem griechischen Genos (die Rasse, der Stamm, das Volk) und des lateinischen occidere (töten) erstmals vom polnischen Juden Raphael Lemkin während des zweiten Weltkrieges als ein Oberbegriff für einige nazistische Massenmorde im Jahre 1943 verwendet wurde,² kam es zum „töten von Rassen, Stämmen und Völker“ schon wesentlich früher.

Verschiedene Autoren berichten, dass erste Erscheinungsformen des Genozids schon vor der Antike zu beklagen sind,³ wobei nur wenige Einzelheiten bekannt sind. Bereits in der Bibel (im Alten Testament) findet man klare Zeichen des Genozids im heutigen Sinn.⁴ Der berühmte antike griechische Historiker Thukydides (cca. 460 bis cca. 400 vor Christus) berichtet zum Beispiel, dass die Athener in den Peloponnesischen Kriegen die gesamte Bevölkerung des Melos niederschlachteten, weil sie nicht willig war, sich zu ergeben.⁵

¹ Dr. Damjan Korošec, außerordentlicher Professor für Strafrecht an der Chatedra für Strafrecht der Juristischen Fakultät der Universität Ljubljana (Slowenien).

² Siehe Huttenbach, S. 167, Selbmann, S. 33, Encyclopaedia Britannica 2005 Ultimate Reference Suite DVD, Stichwort »Genocide«.

³ Selbmann, S. 17.

⁴ Op.cit., ibidem. Zusatz in Eckklammern: D.K.

⁵ Der Brockhaus in Text und Bild 2004 – elektronische Edition, Stichwort »Thukydides«, Encyclopaedia Britannica 2005 Ultimate Reference Suite DVD, Stichwort »Genocide«.

Genozides handeln wird heute zum Beispiel innerhalb des Römischen Imperiums erkannt (die Zerstörung Jerusalems im Jahre 74),⁶ im Massaker der Angehörigen der christlichen Sekte der Katharen im XIII. Jahrhundert auf dem Gebiet Frankreichs (was von Theoretikern manchmal als der „erste moderne Fall des Genozids“ gedeutet wird⁷), in vielen Kriegen des Mittelalters und in unzähligen kolonialen Eroberungen mit gewalttätigen Kontakten vor allem der Europäer mit für sie neuen Kulturen, Religionen und sozialen Strukturen, vor allem in Südamerika, aber auch in Afrika, Asien, Australien, auf Tasmanien und anderswo.⁸ Zu genozidartigen Tötungen in diesen Teilen der Welt kam es oft als Antwort auf Widersetzungen der erzwungenen kulturellen Bekehrung (Konversion, Assimilation).⁹

Zwei Wellen der türkischen Massenmorde an den Armeniern Anfang des vorigen Jahrhunderts (1895-1896 und besonders 1915) nennen nur noch wenige in der modernen Literatur des internationalen Strafrechts nicht Genozid¹⁰, heute allgemein bekannt ist der entsetzliche Ausmaß des Genozids an den Juden, aber auch an den Roma und Sinti und anderen, einschließlich den psychisch kranken, die als lebensunwert in den so genannten Euthanasieprogrammen¹¹ umkamen, was alles im zweiten Weltkrieg das nazistische Regime verbrach. Als Genozid gelten auch Massenzwangsdeportationen in der Sowjetunion in den vierziger Jahren des vorigen Jahrhunderts und andere erzwungene Massendeportationen.

Auch nach der allgemeinen Durchsetzung des Begriffs Genozid nach dem Ende des Zweiten Weltkriegs (allen voran durch die Verabschiedung der UNO-Konvention über die Vermeidung und Bestrafung des Verbrechens des Genozids in Jahre 1948) war die Welt weiter mit „Tötungen von Rassen, Stämmen und Völker“ konfrontiert und dieser Definition sehr ähnlichen Formen von Massentötungen von ideologischen und politischen Gegnern. Theoretiker des modernen internationalen Strafrechts zählen zu den neueren Fällen Tötungen der Tibeter seitens der Chinesischen Volksarmee während der Chinesischen Okkupation Tibets, Tötungen in Kambodscha unter dem Regime des Pol Pot, Misshandlung der Maya in Guatemala, Geschehnisse in Osttimor, Tötungen der Tutsi seitens der Hutu in Ruanda sowie Tötungen in Bosnien und Herzegowina während des blutigen Zerfalls des Sozialistischen föderativen Jugoslawien.¹²

Genozid als dogmatisches Problem des materiellen Strafrechts

Eine offensichtliche Konstante im Grunde aller ernsthaften juristischen Diskussionen über Genozid ist zumindest seit der Verabschiedung der UNO-Konvention über die Vermeidung und Bestrafung des Verbrechens des Genozids die Suche nach einer guten konzeptuellen Definition des Genozids und Zweifel in die Ausgereiftheit der deskriptiven Definition dieses internationalen Delikts, das sich seit dem Jahre 1948 praktisch unverändert aus einem in das andere strafrechtliche Dokument des internationalen Rechts zieht (und wird von dort oft

⁶ Selbmann, S. 17

⁷ Encyclopaedia Britannica 2005 Ultimate Reference Suite DVD, Stichwort »Genocide«.

⁸ Der Brockhaus in Text und Bild 2004 – elektronische Edition, Stichwort »Völkermord«, Unterstichwort »Geschichtliches«.

⁹ Huttenbach, S. 172.

¹⁰ Siehe diesbezügliche Analysen bei Selbmann, S. 21-23 und Schiessl, S. 204.

¹¹ Selbmann, S. 17.

¹² Siehe vor allem die Übersicht bei Selbmann, S. 68-75. Siehe auch Zgaga 2007, S. 262-264.

völlig unkritisch von nationalen Strafrechtsgesetzgebern abgeschrieben). Der Zweifel ist sehr ausgeprägt und schlägt oft in offene Ablehnung um. Die konventionelle beziehungsweise gesetzliche Deskription des Genozids wird von Theoretikern als „oberflächliche Umschreibungen“¹³ verstanden, als „hoffnungslos unklar und plump“ erklärt¹⁴, sie sei ohne Aussagekraft,¹⁵ Folge der Abwesenden oder zumindest mangelhaften theoretischen Auseinandersetzungen mit der Materie,¹⁶ eine Perversion des Konzepts,¹⁷ Ausartung einer ursprünglich erfolgsversprechenden, neologistisch klaren Idee,¹⁸ lückenhafte und wirkungslose rechtliche Regelung.¹⁹ Aus der mehr oder weniger einheitlichen allgemeinen ablehnenden Haltung gegenüber der traditionellen deskriptiven Definition des Genozids in den verfügbaren umfassenden strafrechtlichen Auseinandersetzungen mit dem Thema sind des weiteren implizite Haltungen der Autoren zu erkennen, dass diese Definition diskriminierend (bezüglich der rechtswidrigen Ausschließung einiger Opfergruppen aus der Definition), unmoralisch (bezüglich der rechtswidrigen Ausschließung einiger Opfergruppen aus der Definition, bezüglich der Art und Weise der Entstehung der UNO-Konvention über die Vermeidung und Bestrafung des Verbrechens des Genozids, wobei ausdrücklich die Meinung vertreten wurde, das Genozid nur gegen Gruppen verübt werden kann, die „geschichtlich die Hauptgruppen von Massentötungen waren“²⁰ und wegen der Behandlung des Menschen als Teil einer Gruppe und nicht als Menschen) und veraltet sei (bezüglich der rechtswidrigen Ausschließung einiger Opfergruppen aus der Definition, wegen der Abwesenheit einer klaren universellen strafrechtlichen Jurisdiktion im geltenden internationalen Strafrecht, wegen lückenhaften institutionellen Kontrollmechanismen und ähnlichem), immer wieder stoßt man aber auch auf Diskurse in philosophische und soziologische Defizite und vor allem in strafrechtlich immer schwerer auszuhaltende Unklarheiten der Beziehung zwischen dem Kulturozid und dem Genozid.

Nach Meinung der Theoretiker, ist das so genannte „wesentliche konzeptuelle Epizentrum des Begriffs Genozid“²¹ im Begriff der „völligen oder teilweisen Zerstörung [der besonders geschützten Gruppe]“ versteckt, was der Natur der Sache nach ein juristischer Euphemismus für „Ausrottung“²² sei. Beide diese Begriffe seien jedoch verhängnisvoll zu unklar. Besonders ein Teil der Theorie betont immer wieder, dass sowohl der Begriff der Zerstörung als auch der Begriff der Ausrottung zu undeutlich zum Ausdruck brächten, dass es sich nicht nur um das biologische Leben handelt beziehungsweise handeln darf, sondern um das gesamte schöpferische Erbe der besonders geschützten Gruppen, ihre Literatur, Kunst, also Kultur.²³ Es handelt sich um Theoretiker, die die Begriffsfusion zwischen Kulturozid und Genozid

¹³ »Surface description«. Huttenbach, S. 172.

¹⁴ »Hopelessly ambiguous and awkward«. Zusammenfassung der theoretischen Ansichten bei Lippman, S. 177.

¹⁵ Siehe vor allem Huttenbach, S. 173.

¹⁶ So wörtlich Selbmann, S. 151.

¹⁷ Selbmann, S. 34.

¹⁸ Nach Huttenbach, S. 172.

¹⁹ Aus Berichten der UNO-Sonderberichterstatter über Genozid (1978 – Ruhashyankiko und 1985 – Whitaker), wie zusammengefasst bei Lippman, S. 188 und Selbmann, S. 64-67.

²⁰ Nach Lippman, S. 181-182.

²¹ Huttenbach, S. 174.

²² »Extermination«.

²³ Siehe besonders Huttenbach, S. 173-174.

befürworten. Aus diesem Standpunkt lehnen sie auch die Begriffe Zerstörung (»destruction«) und Ausrottung (»extermination«), wie auch Begriffe wie »elimination«, »eradication«, »erasing«, »extinction« und Ähnliche ab, da sie allesamt nicht genügend die Ausradierung der Vergangenheit der Gruppe, ihres geschichtlichen Bestehens, der Erinnerung an sie umfassten, was ihrer Meinung nach der wesentliche Kern des Konzepts des Genozids sein müsse. Huttenbach empfiehlt stattdessen typischerweise als bestmögliche Ausdrücke „Annihilation“ (»Annihilation«) im philosophischen Sinn (aus Etwas Nichts machen) und die mehr biblisch-theologische „Nullifikation“ (»Nullification«).

Die Theoretiker, die eine ernsthafte Durchleuchtung des bisherigen Verharrens an bloß so genanntem physischem, so genanntem biologischen und so genanntem psychischen Genozid fordern, beziehungsweise fordern, dass man unbedingt die kulturozide Komponente des Genozids systematisch stärken müsste, werden immer lauter (sogar die UNO-Sonderberichterstatte zum Genozid, N. Ruhashyankiko im Bericht im Jahre 1978 und B. Whitaker im Bericht im Jahre 1985²⁴ können diesem Thema nicht ausweichen: sie empfehlen Forschungen in dieser Richtung). Diese Theoretiker betonen, das im Gegensatz zum kulturoziden Element unmittelbares töten und verletzen von Menschen mit noch so schrecklichen allgemeinen physisch-biologisch-psychisch vernichtenden Vorsätzen und Absichten kein grundlegendes Unterscheidungsmerkmal sein kann zu den so genannten gewöhnlichen Verbrechen gegen die Menschlichkeit beziehungsweise zu anderen Verbrechen, die wegen ihrer Natur und Schwere dem Genozid ähnlich sein könnten²⁵: ohne der kulturoziden Komponente ergäbe es ihrer Meinung nach keinen Sinn, das Konzept des Genozids neben dem Konzept der Verbrechen gegen die Menschlichkeit weiter zu erhalten.

Nach den umfangreichsten modernen monografischen Abhandlungen des Phänomens Genozid (vor allem Katz, 1994; Charny, 2000;²⁶ Selbmann, 2002), die das Phänomen auf monumentale Weise aus der Sicht mehrerer Wissenschaftsfächer behandeln (Geschichte, Soziologie, Psychologie, Politik, Recht), zu urteilen, bestehen zwei Extreme der Definition des Genozids. Nach dem einen verdiene ausschließlich der nazistische Holocaust wegen seiner furchtbaren geschichtlichen Einmaligkeit den Status der besonderen Kategorie über²⁷ anderen Massentötungen. Nach dem anderen Extrem solle Genozid ein sehr breites Konzept von Angriffen auf bestimmte Menschengruppen sein (hierher zählt Charny mehrere hundert Arten der Geschehnisse²⁸), gewalttätige massenhafte Menschenrechtsverletzungen seien dabei bloß eine Unterart des Genozids.

Eine der bekanntesten Typologien des Genozids, die als Kompromiss gilt, die also irgendwo in die Mitte zwischen der oben dargestellten Extremen einzuordnen ist, ist die soziologische Typologie des Leo Kuper aus den achtziger Jahren des vorigen Jahrhunderts. Diese unterscheidet vier Kategorien des Genozids: (1.) gegen autochthone Bevölkerung, (2.) gegen Minderheiten, (3.) gegen Gruppen im Dekolonisierungsprozess und schließlich (4.) gegen

²⁴ Diese Berichte in vorliegender Darstellung übernommen nach Lippman, S. 188 und Selbmann, S. 64-67.

²⁵ Siehe vor allem Selbmann, S. 219-231.

²⁶ Hier übernommen nach Huttenbach. Siehe vor allem Huttenbach, S. 168-169.

²⁷ Katz spricht von einem »Plus-Genozid« im Sinne von einer einzigen wirklich besonderen Kategorie der Annihilierung beziehungsweise der Nullifizierung von Gruppen von Menschen.

²⁸ Siehe Zusammenfassung mit kritischen Anmerkungen bei Huttenbach, S. 169.

ethnische, nationale und religiöse Gruppen, die für mehr Autonomie, Gleichberechtigung oder gesellschaftliche Macht oder für die Sezession kämpfen.²⁹

Wie auch immer, die gegenwärtige (und ungewöhnlich stabile) deskriptive Definition des Genozids im internationalem Recht umfasst vier Kategorien besonders geschützter Gruppen: völkische, ethnische, rassische und religiöse, innerhalb all dieser weiter das so genannte physische Genozid (töten, körperliches und seelisches verletzen, bringen in zerstörerische Umstände), das so genannte biologische Genozid (auferlegen von Maßnahmen gegen die Fortpflanzung, in der Regel auch die Zwangsumsiedlung der Kinder) und das so genannte psychische Genozid (entsprechende Auslegung des seelischen Verletzens) und es kann die Tatsache nicht verneint werden, dass sich dies nicht an vertiefte, umfangreiche konzeptuelle Begründungen stützt, sondern ihre lange und relativ ruhige Existenz immer offensichtlicher immer mehr der politischen Trägheit der internationalen Völkergemeinschaft verdankt.

Aus den bereits erwähnten Berichten der UNO-Sonderberichterstatter über Genozid (Ruhashyankiko und Whitaker) und der relativ umfangreichen neueren strafrechtlichen Literatur ist ersichtlich, dass die Einschränkung der Opfer des Genozids auf national, ethnisch, rassisch oder religiös bestimmte Gruppen nicht begründet ist. Die UNO-Sonderberichterstatter, noch klarer und entschlossener aber die heutigen Theoretiker des nationalen und internationalen Strafrechts verlangen vertiefte Forschung der Gebotenheit der Erweiterung der Gruppen zumindest auch auf politische (hier werden besonders politische Bewegungen und Dissidenten hervorgehoben), aber auch auf Gruppen, die nach Geschlecht, der geschlechtlichen Orientierung (Homosexuelle) bestimmt sind, sowie auf ökonomische und berufliche Klassen. Besonders wegen offensichtlicher Schwierigkeiten mit einer entsprechenden, strafrechtlich genügend klaren Definition der politischen Natur der Bewegung beziehungsweise der Gruppe, der Politik und des politischen als solchen (einschließlich der Grenze zwischen den politischen, den philosophischen und anderen persönlichen Überzeugungen des Einzelnen), erscheint aus der Sicht des modernen Persönlichkeitsrechtes als vernünftigste Forderung, dass man so schnell wie möglich die genormte Aufzählung einzelner Kategorien (insbesondere die in jeder Hinsicht missglückte Argumentation mit historischen Erfahrungen bei der Ausgrenzung(!) einzelner Gruppen und Kategorien, wie dies im Verabschiedungsverfahren der UNO-Konvention über die Vermeidung und Bestrafung des Verbrechens des Genozids zu beobachten war) aufgeben sollte und stattdessen eine Neuformulierung der besonders geschützten Gruppen zu unternehmen in der Form einer „nichtaufzählenden“ (nonenumerativen), konzeptuellen Definition. Der Deutsche Strafrechtstheoretiker Selbmann³⁰ zum Beispiel bietet in diesem Sinne eine subjektiv-objektive Definition der geschützten Gruppe als eine »vo[m Täter] definierte identifizierbare Gruppe«,³¹ wobei es sich selbstverständlich um eine Definition handelt, die auf persönlichen Umständen aufbaut, wegen deren überhaupt erst von einer gesellschaftlichen Gruppe (und nicht vielleicht bloß von einer einzelnen Familie, Bewohner einer bestimmten Hausadresse, Arbeiter in einem bestimmten Betrieb) die Rede sein kann.

Es ist mehr oder weniger offensichtlich, dass die Hervorhebung einiger persönlicher Umstände in den zurzeit normierten deskriptiven Definierungsversuchen der Opfer des Genozids vor allem Resultat (Tragischer) geschichtlicher Zufälligkeiten ist, weiter das

²⁹ Zusammengefasst nach Selbmann, S. 151.

³⁰ Selbmann, S. 188.

³¹ Selbmann, S. 188.

Resultat einer übertriebenen Angst „der Beschützer und Wächter des internationalen Rechts“ vor dem Banalisieren der Definition der schwersten bekannten Straftatform, weiter der allgemeinen Trägheit der internationalen Politik und der Diplomatie, des (nicht unbedingt nur den Menschenrechten wohlgesinnten) Einflusses der religiösen Führer auf die Moral und zumindest fragmentär auch auf die Weltpolitik, vielleicht auch der global verbreiteten Vorurteile gegen gleichgeschlechtlich gesinnte Menschen. Auch nach meiner persönlichen Meinung kann es nur der Ausdruck schlechten politischen Geschmacks und der gleichzeitig schwer erträglichen moralischen und juristischen Engstirnigkeit sein, wenn jemand, der es befiehlt, hunderte wegen ihrer Hautfarbe oder Sprache umzubringen, wegen der Straftat des Genozids verfolgt werden muss, der andere, der die gleiche Zahl ermordet, weil er mit ihren politischen Anschauungen nicht einverstanden ist, oder weil er meint, dass Homosexuelle Sünder sind, die man ausrotten muss, jedoch nur für das so genannte gewöhnliche Verbrechen gegen die Menschlichkeit verfolgt wird oder gar nur wegen mehrerer Morde, also innerhalb von Kategorien, bei denen man nicht von der Tatsache absehen kann, dass sie traditionell als weniger schwer gelten von der „geweihten“ Kategorie des Genozids.³² Zumindest aus der Sicht des Strafrechts, des modernen Persönlichkeitsrechts und der libertären Ethik sind keine überzeugenden Gründe gegen eine gründliche Reform des Konzepts des Genozids in die geschilderte Richtung der Neudefinierung der besonders geschützten gesellschaftlichen Gruppen³³ ersichtlich.

Wie aus der neueren strafrechtlichen Literatur ersichtlich³⁴, müsste man unter anderem genau wissenschaftlich prüfen und nach Bedarf als verbotene Handlung entsprechend, dass heißt nach Möglichkeit in der Form der allgemeinen konzeptuellen Definition in die Inkriminationsnorm des Genozids folgende Handlungen einschließen: Versklavung, Vertreibung, Zwangsumsiedlung, religiöse Umkehrung, Umweltvernichtung, Handelsblockade, Vergewaltigung und Zwangsschwangerschaft (die einen Einfluss auf die Struktur der Bevölkerung haben), Tötung von gesellschaftlicher Elite, (systematisches beziehungsweise umfangreiches) Verbrennen von Toten als Methode des endgültigen Auslöschens der physischen Reste der Vorfahren, (systematisches beziehungsweise umfangreiches) Zerstören von Gräbern und Grabstätten als Methode des endgültigen Auslöschens der physischen Reste der Vorfahren, aber auch öffentliches Verneinen von geschichtlich erwiesenen Fällen von Genozid und ähnlicher Handlungen. Besonders müsste man auch die Gebotenheit der Mitinkriminierung der unfreiwilligen Umsiedlung der autochthonen beziehungsweise indigenen Bevölkerung prüfen.

Die UNO-Konvention über die Vermeidung und Bestrafung des Verbrechens des Genozids aus dem Jahre 1948 müsste man weiter nach absolut mehrheitlicher Meinung der Theoretiker trotz des gewohnheitsrechtlichen Verbots im internationalem Recht besonders mit unmissverständlichen Normen über die universelle strafrechtliche Jurisdiktion erneuern, sowie mit modernen Normen über Unterlassungsverantwortung und über unantastbare strafrechtliche Verantwortlichkeit für Handeln auf dienstliche Weisung (jedoch hier nicht unbedingt nach dem Vorbild des umstrittenen Art. 28 des Rom-Statuts).

³² Siehe Zgaga 2007, S. 258 und Zgaga 2008, S. 89.

³³ In der neuesten slowenischen Strafrechtswissenschaft ausdrücklich zustimmend bezüglich sozialer und politischer Gruppen zum Beispiel Jager, S. 95.

³⁴ Folgende Kurzübersicht nach Lippman, S. 188-190.

Abschließend

Genozid ist ein besonders schweres Verbrechen, das für strafrechtliche Analysen der Beziehung zwischen Moral und Recht, des allgemeinen Teils im internationalen auf der einen und im nationalen Strafrecht auf der anderen Seite, der politischen Trägheit der internationalen Gesellschaft und noch vieles mehr besonders geeignet zu sein scheint. In der vorliegenden Kurzdarstellung versuchte ich mich auf einige wichtigste strafrechtstheoretische Kritiken der Inkriminierung des Genozids im modernen Strafrecht zu konzentrieren und aus dieser Sicht über die Zukunft dieser Inkriminierung zu spekulieren. Es zeigt sich ein ernst zu nehmender Bedarf nach neuen Konzeptionen und folglich einer Neugestaltung der Inkriminierungsnorm.

Literature:

- Ambos K. Der Allgemeine Teil des Völkerstrafrechts – Ansätze einer Dogmatisierung. Berlin: Duncker&Humblot, 2002.
- Ambos K. General Principles of Criminal Law in the Rome Statute. Criminal Law Forum 1999; 1 (10) (S. 1-32).
- Ambrož M. Vrednostne (normativne) prvine v splošnem pojmu kaznivega dejanja. Doktorska disertacija. Ljubljana: Univerza v Ljubljani – Pravna fakultete, 2005.
- Bring O. International Criminal Law in Historical Perspective. Comments and Materials. Stockholm: Juridiska Fakulteten, 2001.
- Cassese A., Gaeta P., Jones J. R.W.D. (ur.) The Rome Statute of the International Criminal Court: A Commentary – Volume I. Oxford: Oxford University Press, 2002.
- Clark R.S. Subjektive Merkmale im Völkerstrafrecht – Das Römische Statut des Internationalen Strafgerichtshofs und die Verbrechenselemente. Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft 2002; 2: S. 372-402.
- Deisinger M. Kazenski zakonik s komentarjem – posebni del. Ljubljana: Gospodarski vestnik, 2002.
- Derby D.H. Torture. V: Bassiouni C. (ur.) International Criminal Law. Part I: Crimes. Ardsley: Transnational Publishers, 1999 (S. 705–761).
- Frulli M. Are Crimes against Humanity More Serious than War Crimes? European Journal of International Law 2001; 2: S. 329-350.
- Gil A.G. Die Tatbestände der Verbrechen gegen die Menschlichkeit und des Völkermordes im Römischen Statut des Internationalen Strafgerichtshofes. Zeitschrift für die Gesamte Strafrechtswissenschaft 2000; 2: 381-397.
- Huttenbach H.R. From the Editor: Towards a Conceptual Definition of Genocide. Journal of Genocide Research 2002; 2: S. 167-175.

- Jager M. Genocid. V: Bavcon L. et al. Mednarodno kazensko pravo. Ljubljana: ČZ Uradni list R Slovenije, 1997, S. 92-95.
- Jescheck H.H. Genocide. V: Bernhardt R. (ur.) Encyclopedia of Public International Law - Volume II. Amsterdam: Elsevier Science, 1995 (S. 541-544).
- Josipović I., D. Krapac, P. Novoselec. Stalni mednarodni kazneni sud. Zagreb: Hrvatski pravni centar i Narodne novine, 2001.
- Katz S.T. The Holocaust in Historical Context. Vol. I. The Holocaust and Mass Death Before the Modern Age. New York: Oxford University Press, 1994.
- Korošec D. Genocid in sodobno kazensko pravo. Pravniki 2006; 5-6; S. 192-221.
- Korošec D. Grundlagen der Strafverfolgung völkerrechtlicher Verbrechen in Slowenien. V: Eser A., Sieber U., Kreicker H. (ur.) Nationale Strafverfolgung völkerrechtlicher Verbrechen. Teilband 3. Schriftenreihe des Max-Planck-Instituts für ausländisches und internationales Strafrecht – Band S 95.3. Berlin: Duncker & Humblot Verlag, 2004 (S. 329-413).
- Korošec D. Splošni del materialnega kazenskega prava v Rimskem statutu. Zbornik znanstvenih razprav Pravne fakultete v Ljubljani 2003; LXII.; S. 251-280.
- Korošec D., L. Bavcon. Mednarodno kazensko pravo – posebni del (razen vojnih hudodelstev in hudodelstev zoper človečnost) [...]. Ljubljana: Pravna fakulteta univerze v Ljubljani, 2003.
- Kühner R. Torture. V: R Bernhardt (ur.) Encyclopedia of Public International Law – Volume IV. Amsterdam: Elsevier Science, 2000 (S. 868–871).
- Lippman M. A Road Map to the 1948 Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide. Journal of Genocide Research 2002; 2: S. 177-195.
- Merkel R. Gründe für den Ausschluss der Strafbarkeit im Völkerstrafrecht. Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft 2002; 2: S. 437-454.
- Mössner J.M. Hague Peace Conferences of 1899 and 1907. V: Bernhardt R. (ur.) Encyclopedia of Public International Law - Volume II. Amsterdam: Elsevier Science, 1995 (S. 671-677).
- Paust J.J. et al. International Criminal Law – Cases and Materials. Durham: Carolina Academic Press, 2000.
- Safferling C.J.M. Das Opfer völkerrechtlicher Verbrechen. Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft 2003; 2: S. 352-384.
- Schabas W.A. An Introduction to the International Criminal Court. Cambridge: Cambridge University Press, 2001.

- Schiessel C. An Element of Genocide: Rape, Total War, and International Law in the Twentieth Century. *Journal of Genocide Research* 2002; 2: S. 197-210.
- Schlögel A. Geneva Red Cross Conventions and Protocols. V: Bernhardt R. (ur.) *Encyclopedia of Public International Law - Volume II*. Amsterdam: Elsevier Science, 1995 (S. 531-541).
- Selbmann F. *Der Tatbestand des Genozids im Völkerstrafrecht*. Leipzig: Leipziger Universitätsverlag, 2002.
- Škrk M. Poglavitne mednarodnopravne značilnosti rimskega statuta mednarodnega kazenskega sodišča. *Pravnik* 2002; 11-12, S. 676-679.
- Švrljuga M. *Posebni del Rimskega statuta Mednarodnega kazenskega sodišča*. Diplomaska naloga. Ljubljana: Univerza v Ljubljani, 2005.
- Triffterer O. (ur.) *Commentary on the Rome Statute of the International Criminal Court*. Baden Baden: Nomos, 1999.
- Triffterer O. »Command Responsibility«, Grundstrukturen und Anwendungsbereiche von Artikel 28 des Rom Statuts. Eignung auch zur Bekämpfung des internationalen Terrorismus? V: Prittwitz C. e tal. (izd.). *Festschrift für Klaus Lüddersen zum 70 Geburtstag am 2. Mai 2002*. Baden-Baden: Nomos, 2002, S. 437-462.
- Triffterer O. Causality, a Separate Element of the Doctrine of Superior Responsibility as Expressed in Art. 28 Rome Statute? *Leiden Journal of International Law* 2002; 4: S. 859-890.
- Weigend T. Zur Frage eines »internationalen« Allgemeinen Teils. V: Schünemann B., Aschenbach H., Bottke W., Haffke B., Rudolphi H.J. (izd.) *Festschrift für Claus Roxin zum 70. Geburtstag am 15. Mai 2001*. Berlin: Walter de Gruyter, 2001.
- Werle G. *Völkerstrafrecht*. Tübingen: J.C.B. Mohr (Paul Siebeck), 2003.
- Zagorac D. Genocid – katere skupine so zaščitene? *Pravna praksa* 2003; 14: S. 37-38.
- Zagorac D. (ur.) *Rimski statut Mednarodnega kazenskega sodišča in drugi dokumenti z uvodnimi pojasnili - druga, spremenjena in dopolnjena izdaja, prvi zvezek*. Ljubljana: Amnesty International Slovenije, 2003.
- Zagorac D. *Izbrane sentence iz prakse mednarodnih kazenskih sodišč za nekdanjo Jugoslavijo in Ruando*. V: Korošec D., D. Zagorac, M. Ambrož. *Praktikum za mednarodno kazensko pravo*. Ljubljana, Uradni list RS, 2005.
- Zgaga S. Kazniva dejanja zoper spolno nedotakljivost v sodni praksi Mednarodnega sodišča za nekdanjo Jugoslavijo in Ruando ter njun vpliv na Rimski statut. *Pravosodni bilten* 2007; 2: S. 253-270.

- Zgaga S. Kazniva dejanja zoper spolno nedotakljivost v sodni praksi ad hoc mednarodnih in hibridnih sodišč. Pravniki 2008; 1-3: S. 85-104.

Contact – email

damjan.korosec@pf.uni-lj.si

SOME ASPECTS OF WORKING TIME OF WORKERS IN TRANSPORT IN SLOVAK AND EUROPEAN LABOUR LAW

VIKTOR KRIŽAN

Bratislavská vysoká škola práva, Slovenská republika

Abstract in original language

Príspevok pojednáva o pracovnom čase v doprave tak ako je upravený v európskom a slovenskom práve. Poukazuje na nedostatky implementácie sekundárneho práva Únie a poskytuje návrhy, ako by bolo možné tieto problémy odstrániť.

Abstract

This contribution deals on working time in public transport as is modified in the European and Slovak law. It shows weaknesses of the implementation of the secondary law of the European Union, and provides suggestions on how it would be possible to eliminate these problems.

INTRODUCTION

Problematic of working time is one of the most challenging questions of the present. As a result of the globalization process and the high demands for the performance of employees go into the forefront the protective function of labour law, which is inter also apparent in the regulation of working hours and rest periods.

According to the provisions of Article 137 of the Treaty on European Union in order to achieve the objectives of the European Community, Community supports and complements the activities of the Member States, inter alia, in improving the working environment, working conditions, social security and social protection. To this end, the Council is acting in these areas in the form of guidelines to receive the minimum requirements for gradual implementation with regard to the conditions and technical rules adopted in each of the Member States. These directives cannot impose any administrative, financial and legal restrictions that would prevent the creation and development of small and medium-sized enterprises.

On the basis of this provision were issued several directives, which subject is regulation of working time. However, for employees in the transport, due to their special requirements of work covered by different legal regulation of working time. This group is exempt from the general matter of working time than in European law, as well as at national level, as in the length of the maximum allowable working hours, standby, work overtime and night work.

1. WORKING TIME IN GENERAL

The most important directive containing general modification of working time is the Directive 2003/88/EC of the European Parliament and of the Council of 4 November 2003 concerning certain aspects of the organisation of working time, which sets minimum requirements for health and safety for the organization of working time.

Directive 2003/88/EC sets out minimum requirements for health and safety for the organization of working time. Material scope of the directive according to article 1 refers to:

- a. the minimum daily rest, weekly rest periods and annual leave, breaks and maximum weekly working time,
- b. certain aspects of night work, shift work and patterns of work,
- c. to all sectors, public and private.

Directive 2003/88/EC concerning certain aspects of working time in its Article 20 provides that the mobile employees are not subject to the provisions of Articles 3 (daily rest), 4 (breaks from work), 5 (weekly rest) and 8 (length of night work).

So that the protection of employees retained to mobile employees are covered by the directives, which will be subject to the following interpretation:

- Council Directive 1999/63/EC of 21 June 1999 concerning the Agreement on the organisation of working time of seafarers concluded by the European Community Shipowners' Association (ECSA) and the Federation of Transport Workers' Unions in the European Union (FST)
- Directive 1999/95/EC of the European Parliament and of the Council of 13 December 1999 concerning the enforcement of provisions in respect of seafarers' hours of work on board ships calling at Community ports
- Council Directive 2000/79/EC of 27 November 2000 concerning the European Agreement on the Organisation of Working Time of Mobile Workers in Civil Aviation concluded by the Association of European Airlines (AEA), the European Transport Workers' Federation (ETF), the European Cockpit Association (ECA), the European Regions Airline Association (ERA) and the International Air Carrier Association (IACA) (Text with EEA relevance)
- Directive 2002/15/EC of the European Parliament and of the Council of 11 March 2002 on the organisation of the working time of persons performing mobile road transport activities
- Council Directive 2005/47/EC of 18 July 2005 on the Agreement between the Community of European Railways (CER) and the European Transport Workers' Federation (ETF) on certain aspects of the working conditions of mobile workers engaged in interoperable cross-border services in the railway sector.

2. COUNCIL DIRECTIVE 1999/63/EC OF 21 JUNE 1999 CONCERNING THE AGREEMENT ON THE ORGANISATION OF WORKING TIME OF SEAFARERS CONCLUDED BY THE EUROPEAN COMMUNITY SHIPOWNERS' ASSOCIATION (ECSA) AND THE FEDERATION OF TRANSPORT WORKERS' UNIONS IN THE EUROPEAN UNION (FST)

On September 30th 1998, European Community Shipowners' Association (ECSA) and the Federation of Transport Workers in the European Union (FST) signed agreement, which included a joint application to the European Commission to implement the agreement through a Council decision on a proposal from the Commission. Such a procedure is allowed to the social partners by Article 139, paragraph 2 of the EU Treaty, under which the social partners to jointly request that the agreements concluded at Community level have been made to the Commission proposal to Council.

On the basis of the above procedure on June 21st 1999 the Council of the European Union adopted Directive 1999/63/EC, which concerns the organization of the working time of seafarers concluded by the European Community Shipowners Association (ECSA) and the Federation of Transport Workers in the European Union (FST).

The main purpose of the directive is to realize the agreement of social partners, which is located in the Annex to the Directive, which concerns the organization of working time of seafarers. Member States may maintain or introduce provisions more favourable than the provisions of the directive.

The Agreement applies to seafarers on board every seagoing ship, whether publicly or privately owned, which is registered in the territory of any Member State and is ordinarily engaged in commercial maritime operations. For the purpose of this Agreement a ship that is on the register of two States is deemed to be registered in the territory of the State whose flag it flies.

In clause 2 the agreement defines the basic terms. For the purposes of this Agreement, the term "hours of work" means time during which a seafarer is required to do work on account of the ship. The term "hours of rest", means time outside hours of work, however, this term does not include short breaks. Seafarer means any person who is employed or engaged in any capacity on board a seagoing ship to which the Agreement applies.

The importance of the agreement lies in the provision of limits for length of working hours and rest periods. The maximum working time of the seafarer must not exceed 14 hours for 24 hours and 72 hours in any seven-day period. The minimum rest period must not be less than 10 hours for 24 hours and at the same time, 77 hours in any seven-day period.

The above-mentioned time period can be divided into a maximum of two parts, one of which must be at least six hours and the interval between two successive periods of rest shall not exceed 14 hours.

Within the limits are determined by either the maximum working time, which in the time period cannot exceed, or a minimum period of rest, which shall be provided in a given period of time. The normal standard working time of seafarers based on the eight-day working time of one day of rest per week and rest during the holidays. Member States to learn the procedure to authorize or register a collective agreement which determines the current working time more favourable than this standard.

Seafarer, younger than 18 years may not employ the work at night. This provision does not apply in the case, if there had been disrupted training of young seafarers from 16 to 18 years in accordance with established programs and schedules.

The captain of the ship is granted the right to request a seafarer that shall not be in the interest of safety of the ship, passengers or cargo on board, or to assist other ships or persons who are at sea are in an emergency situation. At the same time, it may temporarily suspend the hours of work or hours of rest and require a seafarer to perform hours of work necessary to restore the normal situation. After the renewal of the normal situation is the master must ensure that any seafarer who have performed work in a scheduled rest period was sufficient time to rest.

The Agreement identifies the area leave for seafarers. In accordance with national legislation and / or the practice of each seaman entitled to paid annual leave of at least four weeks, or on

the proportion of employment in the event of the period less than one year. With the exception of situations where there is a termination of the employment relationship, the minimum period of paid annual leave are not replaced by a financial reward.

The mechanism for monitoring and enforcement of compliance with the Directive 1999/63/EC provides Directive 1999/95/EC, which concerns the application of the provisions in respect of seafarers' hours of work on ships calling at ports in particular in order to improve maritime safety, working conditions and health and safety of seafarers on board ships. The directive reflects the provisions of ILO convention #180 on the working time of seafarers and ships' crews for each ship berth in any port of the Community, irrespective of the flag they are flying in order to identify and remedy any situation which is obviously risky to the safety or health of seafarers.

Seafarers' hours of work in the Slovak Republic is governed by Act No. 435/2000 Coll. on shipping in the provisions of § 44.

According to that law, if the length of working time member of ships' crews is not regulated by the shipowner, the law it set at 40 hours per week. The length of working time member of ships' crews, however, must not exceed 14 hours within 24 hours and 72 hours over seven consecutive days. Running the length of one cannot exceed 12 hours, including mandated overtime. Time to rest between two changes cannot be less than eight hours. These limitations do not apply in emergencies, in which the master of sea vessels ruled that there was a threat to the security of maritime vessels or cargo. Total time periods boat crew member under the law shall not be less than 10 hours within 24 hours and 77 hours over seven consecutive days. Head of a seagoing ship is authorized to order the standby in case of urgent operational needs, or if there is a threat to the safety of persons, sea-going vessels or cargo. If this is not serious operational reasons, the commander of maritime vessels are required to stay in the sea-going vessels in port to allow the boat crew member reasonably long periods by adjusting working hours and at the request of individual members of ships' crews to provide compensatory leave for overtime and on holidays.

Legal working time of seafarers in the Slovak Republic currently considered sufficient, although the definition does not ship crew member, like the Convention regulates the legal definition of a seaman. By law, it is a person over 18 years; their work is carried out in employment. Each member of ships' crews must be called to the boat crew members, the entry of the board confirms the top of his service on a seagoing ship, and boat crew member removal from the list of members of ships' crews confirmed the termination of his services to a seagoing ship. I consider it appropriate for the legislature to consider the legal definition of a seaman / member of ships' crews; because the scope is different personal Directive 1999/63/EC may miss effect.

Even though the law on shipping does not contain provisions on the area leave or how its implementation, in common, transitional and final provisions enshrined subsidiary scope of the Labour Code, which provides base area leave of four weeks, which corresponds to the requirements of the Directive 1999/63/EC.

3. COUNCIL DIRECTIVE 2000/79/EC OF 27 NOVEMBER 2000 CONCERNING THE EUROPEAN AGREEMENT ON THE ORGANISATION OF WORKING TIME OF MOBILE WORKERS IN CIVIL AVIATION CONCLUDED BY THE ASSOCIATION OF EUROPEAN AIRLINES (AEA), THE EUROPEAN TRANSPORT WORKERS' FEDERATION (ETF), THE EUROPEAN COCKPIT ASSOCIATION (ECA), THE EUROPEAN REGIONS AIRLINE ASSOCIATION (ERA) AND THE INTERNATIONAL AIR CARRIER ASSOCIATION (IACA)

Directive 2000/79/EC, which relates to the European Agreement on the Organization of Working Time of Mobile Workers in Civil Aviation concluded by the Association of European Airlines (AEA), the European Transport Workers' Federation (ETF), the European Cockpit Association (ECA), the European Regions Airline Association (ERA) and the International Air Carrier Association (IACA) provides more detailed requirements, minimum standards as regards the organization of working time of mobile staff in civil aviation. Even in the event of 2000/79, has been applied the same procedure as in the case of the Directive 1999/63/EC of 21 June 1999 concerning the Agreement on the organisation of working time of seafarers concluded by the European Community Shipowners' Association (ECSA) and the Federation of Transport Workers' Unions in the European Union (FST). On March 22nd 2000 concluded the Association of European Airlines, the European Transport Workers' Federation, the European Cockpit Association, the European Regions Airline Association and the International Air Carrier Association agreement on the organization of working time of mobile staff in civil aviation, according to Article 139 of the Treaty have asked for the implementation of this agreement into practice.

For the working time is by this agreement considered any period during which the worker is working, at the employer's disposal and carrying out his activity or duties, in accordance with national laws and/or practice. Mobile staff in civil aviation means crew members on board a civil aircraft, employed by an undertaking established in a Member State. Block flying time means the time between an aircraft first moving from its parking place for the purpose of taking off until it comes to rest on the designated parking position and until all engines are stopped.

Mobile staff in civil aviation has a sense of entitlement to a minimum of four weeks paid leave per calendar year for which it is not possible to provide monetary compensation, with the exception of termination of employment.

Before boarding a regular basis during the course of his employment is the flying personnel entitled to free health examination. For the medical treatment is covered by medical confidentiality.

The maximum annual working hours, including standby to establish guidelines for 2,000 hours in flying time is limited to 900 hours. The employer is obliged to allocate time so that the worker of civil aviation should be available for at least seven days local leave without the services of a duty in a calendar month and 96 days leave in a calendar year, at the same time, however, that part of the leave may leave to recovery.

In the Slovak Republic is the Directive 2000/79/EC implemented in a number of laws and in particular:

- Act No. 462/2007 Coll. On the organization of working time in transport
- Act No. 311/2001 Coll. Labour Code

- Act No. 124/2006 Coll. on health and safety at work
- Act No. 125/2006 Coll. Labour Inspection
- Act No. 578/2004 Coll. on health care providers, health care workers, trade organizations in the health service

As you can see at a glance, the legislature directive, despite its severity, implemented in a large number of special laws (a total of 7), where the case law on the organization of working time in transport is still the subsidiary scope of the Labour Code. Such an implementation is in my view unnecessarily disorganized for the employer, as they require a broad overview of the number of legislation, some of which, moreover, do not belong to labour law.

Employees of civil aviation, according to paragraph 2 of the Law on the Organization of working hours in transport deemed to mobile employees who fall within the scope of the personal law. Act in its paragraph 17 provides for a maximum working time of employees in air transport for 900 hours during a calendar year, 110 hours during a calendar month or for 30 consecutive calendar days, 12 hours consecutive for the long-haul flights and 10 hours for 24 consecutive hours for other lines. The total sum of the total working hours and standby at the workplace as well as standby outside the workplace must not exceed 2,000 hours in a calendar year. For maximum daily working hours, the time for 24 consecutive hours must not exceed 12 hours, if the aerial work, or if the number of take-off the ground crew is more than six; 14 hours, if the number of take-off crew base is more than six; 16 hours If the enhanced crew or 18 hours, when the twin crew.

The law allows an extension of flight time in the incident, which occurred during a flight up to the completion of a safe flight. The employer, however, such an extension should not be planned in advance.

For the acreage of annual leave will be subsidiary used provisions of the Labour Code, which provides base area leave at least four weeks. In addition, under the Act, any member of the crew is entitled to continuous periods without a standby for a period of 7 days in the local calendar month and 96 days in the local calendar year.

As an imperfect I consider a partial transposition of the provisions relating to medical examination prior to boarding and at regular intervals. In any piece of legislation explicitly not the obligation to the employer in civil aviation to ensure the implementation of regular medical examinations of employees in civil aviation. Such an obligation, then we need to look for in the law on occupational safety and health at work, which requires employers to ensure the implementation of health surveillance, including preventive examinations at regular intervals with respect to the nature of work and working conditions.

4. DIRECTIVE 2002/15/EC OF THE EUROPEAN PARLIAMENT AND OF THE COUNCIL OF 11 MARCH 2002 ON THE ORGANISATION OF THE WORKING TIME OF PERSONS PERFORMING MOBILE ROAD TRANSPORT ACTIVITIES

Common rules on driving times and rest periods for drivers down the Council Regulation EEC No. 3820/85 of 20 December 1985 3820/85 on the harmonization of certain social legislation relating to road transport, which, on the other hand, does not apply to other aspects of working time in transport. And therefore the Directive 2002/15/EC applies to mobile employees employed by the Member States participating in road transport activities covered by Regulation 3820/85, or otherwise, the agreement on the work of crews of vehicles engaged

in international road transport (AETR) . The directive also states that the mobile employees who are excluded from the scope of this directive are subject to the provisions of Directive 2003/88/EC.

The Directive will make it aims to set out the minimum requirements in relation to working time, in order to improve the health and safety of persons performing mobile road transport activities in order to improve road safety and to harmonize the conditions of competition.

Like other Directives, Directive 2002/15/EC, in its introduction provide basic definitions. The working time directive for the purpose in the case of mobile employees mean time from start to finish the work, during which the mobile employee to his workplace the employer's disposal and carrying out its functions or activities, and to the time devoted to all transport operations or the period during which the mobile staff cannot dispose freely of his time and is required to be at his workstation, ready to take up normal work, with certain tasks associated with their service, particularly during the period of waiting for loading or unloading where their foreseeable duration is not known in advance, t. j. either before departure or just before the actual beginning of the period in question or in general terms agreed between the social partners and / or under the terms of the Member States.

For the on-call time is considered to be a different time than the breaks and rest periods, during which the mobile employee is not required to remain in the workplace, but must be available to respond to the call to start or resume driving or to perform other work. Such periods of availability, include the time during which the mobile worker vehicle, which is carried by the ferry boat or train, as well as waiting times at borders and time associated with the transport bans. On call is the time spent sitting next to the driver or in a cabin for sleeping during the movement of the vehicle.

Although Directive 2002/15/EC for the mobile worker considers each worker forming part of the travelling staff, including trainees and apprentices, which is in the service of a company engaged in passenger or freight services for hire or reward or on its own account, I would bring to attention the Court's jurisprudence in matters Bowden, Champan, Doyle against Tuffnells Parcel Express and Pfeiffer against the German Red Cross. In the first case, the Court concluded that the scope of Directive 93/104/EC, now superseded the abovementioned Directive 2003/88/EC, the exclusion of all employees of road transport, including office staff. Administration therefore falls within the scope of the organization of the working mobile transport, although the Directive 93/104/EC as mobile employees expressly stated. In the latter case, the Court was confronted with a preliminary question whether the scope of Directive 93/104/EC not only transport activities, which is the essence of overcoming large distances and which are not pre-determine the length of daily work time with respect to any unforeseen complications, but on the contrary, if the term refers to land rescue service, which includes the management and accompany the patient during transport. Since the main purpose of such activity is to provide first aid for sick or injured and cannot carry out activities falling within the transport sector, the Court concluded that the concept of road transport within the meaning of Directive 93/104/EC must be interpreted in such a way that does not apply to the work of emergency services, even if such a rescue operation is based in part on the use of the vehicle and accompanied by the patient for the transport to the hospital. The exercise of emergency operation in the transport sector does not.

The directive lays down the average maximum weekly working time to 48 hours per week. The maximum weekly working time cannot exceed 60 hours, but only on condition that the average working time in four months does not exceed 48 hours. In contrast to the general

scheme of maximum working hours, the hours of work for different employers is the sum of the working hours.

Employees who perform mobile road transport activities may not work without a break of more than six consecutive hours. An employee who performs work for a period of six to nine hours, it is a break of 30 minutes. If the employees work time exceeds nine hours, an employee for the break in the work of at least 45 minutes. In contrast to the normal system breaks, breaks employees performing mobile road transport activities can be divided into shorter periods, each of which lasts at least 15 minutes.

Working hours in the case of night work shall not exceed ten hours in any 24-hour period. Night work means any work carried out during night time, which means any period defined by national law in time of at least four hours from 00.00 to 07.00. Compensation for night work can be provided in accordance with national legislation, collective agreements between partners or national practice, provided that such compensation will not endanger safety on the roads.

The Directive also allows exemptions relating to the maximum weekly working time and night work, as long as they are justified by technical reasons or reasons relating to the organization of work. Exceptions can be adopted by means of collective contracts, agreements between the two sides or if it is not possible, the laws, regulations and administrative provisions, provided that they shall be discussed with representatives of employers and employees. However, such an exception in the calculation of the average weekly working time of 48 hours may lead to the establishment of a reference period exceeding six months.

For the implementation of Directive 2002/25/EC into Slovak law, the basic rules are based on the organization of working time in transport, which is *lex specialis* to the Labour Code, which he dedicated to the provisions of paragraph 6 to paragraph 11. The Directive is also implemented before the Act No. 575/2001 Coll. on the organization of the Government's activities and organization of the central government, as amended.

Working time employee in the mobile road transport, according to the law on the organization of working time in transport time from the start of work by the end of work, during which the employee in the workplace, the employer's disposal and carrying out its functions or activities, in particular the time devoted to transport operations and the time during which the employee cannot dispose freely of their time and it is essential that the work is ready to take their work-related tasks associated with the service.

The average weekly working time by a mobile 8 shall not exceed 48 hours. The maximum weekly working time can be extended up to 60 hours; if for four consecutive months of weekly working time shall not exceed an average of 48 hours. The fact that the time for different employers is the sum of the working hours, legislature modified confusing when it is enshrined in the provisions of paragraph 9, which deals with the standby and not in paragraph 8, which limits the maximum working time.

The employee is entitled to a break in the work of 30 minutes, when the time is at least six hours, but less than nine hours. If the daily working time employee for more than nine hours, the mobile employee is entitled to a break of at least 45 minutes. In contrast to the normal system enshrined in the Labour Code, in the case law on the organization of working time in traffic can be a break in the work be divided into shorter periods, each of which lasts for at least 15 minutes.

Period during which the mobile employee is not required to maintain its work, but that was available and to respond to the call to start or resume driving or to perform other work of the designated weekly working time, if the time and the foreseeable duration of mobile employee knows in advance, the time of standby. Standby time is not the time breaks, or rest time employee.

In the case of night work mobile employees law on the organization of working time in the transport average working time should not exceed ten hours for six consecutive months. As in the Labour Code, night work means the work performed in night-time between 10 pm and 6 am. In the case of night work, the legislature guilty of a lack of implementation of the follow-up for night work follows the timetable period of six months, in contrast to the Directive 2002/15/EC, which sets a limit on night work for each night. Although the Directive allows the possibility to extend the exemption from the provisions on night work, but only in case of technical reasons or reasons concerning the organization of work, as in this case did not happen. It may thus be that the working time for employees during the period, while meeting the requirements of the Slovak legislation, but does not meet the requirements of the Directive, since the days the employee 10 hours to exceed the limit of night work. Especially in the winter months, when there is a lack of sunlight, such treatment can endanger the health and lives of mobile employees, as well as other road users.

5. COUNCIL DIRECTIVE 2005/47/EC OF 18 JULY 2005 ON THE AGREEMENT BETWEEN THE COMMUNITY OF EUROPEAN RAILWAYS (CER) AND THE EUROPEAN TRANSPORT WORKERS' FEDERATION (ETF) ON CERTAIN ASPECTS OF THE WORKING CONDITIONS OF MOBILE WORKERS ENGAGED IN INTEROPERABLE CROSS-BORDER SERVICES IN THE RAILWAY SECTOR

On January 27th 2004 was closed agreement between the Community of European Railways (CER) and the European Transport Workers' Federation (ETF) on certain aspects of the working conditions of mobile workers engaged in interoperable cross-border services. The agreement included a joint request to the Commission of European Communities to implement the Agreement by the decision of the Commission proposal in accordance with Article 139 (2) of the Treaty, which was made on July 18th 2005 adoption of the directive 2005/47/EC, which aims to carry out the aforementioned agreement of social partners.

The agreement, which has become an integral part of it relates to the mobile rail employees who are assigned to interoperable cross-border transport by railway undertakings. For the employees who engaged in interoperable rail services are not covered by Directive 93/104/EC, in cases where the agreement contains specific provisions. The application of this Agreement is optional for local and regional cross-border passenger traffic, cross-border freight traffic travelling no further than 15 kilometres beyond the border, and for traffic between the official border stations. The agreement does not apply to trains running on cross-border routes that begin and end on the territory of the Member State concerned and pass through another Member State, without a stop. Interoperable cross-border services, according to the agreement means a cross-border traffic, for which the Directive 2001/14/EC of the railway companies require at least two safety certificates.

A staff member who is a member manning the train and one is assigned to interoperable cross-border traffic for more than an hour is by mobile employees involved interoperable cross-border services. His work time is any period during which the employee works at the employer's disposal and carrying out his activity or duties in accordance with national legislation and / or practice. The rest period is any period which is not working time.

The agreement distinguishes between two kinds of daily rest periods and to a daily rest at home and the daily rest periods away from home. Daily rest at home must be for at least twelve consecutive hours within 24 hours. Once every 7 days may be reduced to at least 9 consecutive hours. Hours corresponding to the difference between the reduced rest and twelve hours will be added to the next daily rest at home. The daily rest periods away from home is set to at least 8 consecutive hours in any 24 hour period. After a day of rest outside the home must be followed by rest at home.

In the case of breaks from work, agreement take into account the position of the staff working when the distinction between the driver and the other members of train crews.

Drivers, whose working hours are longer than 8 hours for the break in the work of at least 45 minutes, if his work period is at least six but not more than eight hours, it will be its break of 30 minutes. In both cases, the timing and duration of breaks must be effective enough to relax and in part should be provided between the third and the sixth hour. If there is a second driver, referred to provisions of the breaks do not work and Member States to provide conditions for the work the breaks may be provided by Member States. The other members of train crews, the working time exceeds six hours is given a break in the work of at least 30 minutes.

Any employee who performs work in a cross-border interoperable service over the seven days of continuous entitled to a weekly rest of 24 hours, which is still attached 12 hours of daily rest. Every such employee has 104 rest periods of 24 hours a year, including 52 weekly rest periods of 24 hours.

The agreement does not provide the maximum weekly working time of mobile employees, it is limited to limit the maximum driving time of between two daily rest periods may not last more than 9 hours during the day shift and 8 hours during the night shift. Night shifts, each shift of at least 3 hours of work during the night time, which means any period of at least 7 hours, which must in any case the period between midnight and 5 am. The maximum length of time driving for a period of 2 weeks is limited to 80 hours.

The working time of employees performing work in cross-border interoperable services is governed by the law on working hours of employees in the transport, for which it is possible to use alternative provisions of the Labour Code. The adjustment is that it is not sufficient when working hours in cross-border interoperable services is dedicated to only one section, which is in addition to the interpretation of the concept of interoperable cross-border traffic and anchoring employer's obligation to keep records of hours of work and rest of the staff mentioned that "the time lines runway vehicle, the breaks and a rest period of mobile employees in interoperable cross-border traffic in the rail transport will be covered by the Community of European Railways (CER) and the European Transport Workers' Federation (ETF) on certain aspects of the working conditions of mobile workers engaged in interoperable cross-border services. "Such an adjustment, with reference to the agreement without implementation of the directive, must be regarded as being absolutely poor, the legislature did not use instruments for the implementation of which the European law provides. Similarly, the legislature has not implemented the provisions on night work, where the staff member working at night under the Labour Code is considered an employee, who carries out the work, which requires that they should carry out at night for at least three consecutive hours as opposed to the directive, which the night shift is considered each change involving at least 3 hours during the night time.

6. CONCLUSION

Till the entry into force of Act No. 462/2007 Coll. on the organization of working time in transport, regulation of working time of mobile employees was provided Act No. 121/2004 Coll. on the working time and rest in transport, as amended. This act regulated working hours and rest periods of employees in the transport and the many other breaks from work, job readiness and night work, some groups of employees in road transport, rail transport, aviation and water transport (in inland navigation), an employer operates transportation, is a road or operators of transport infrastructure. On the other relationships was subsidiary scope of the Labour Code.

Act No. 462/2007 Coll. on the organization of working time in traffic is intended to respond to the new situation that has occurred in the Slovak Republic after its accession to the European Union, the Council Regulation (EEC). 3820/85 of 20 December 1985 on the harmonization of certain social legislation relating to road transport, and which sought to harmonize the conditions of competition between modes of inland transport and to improve working conditions and road safety are directly became part of English law and order and for the enforcement of the law was no longer required .

The new act also has as the goal to transpose into Slovak law the Council Directive 2000/79/EC of 27 November 2000 concerning the European Agreement on the Organization of Working Time of Mobile Workers in Civil Aviation concluded by the Association of European Airlines (AEA), European Transport Workers' Federation (ETF), the European Cockpit Association (ECA), the European Regions Airline Association (ERA) and the International Air Carrier Association (IACA) and Council Directive 2005/47/EC of 18 July 2005 Agreement between the Community of European Railways (CER) and the European Transport Workers' Federation (ETF) on certain aspects of the working conditions of mobile workers engaged in interoperable cross-border services in the railway sector. The new act in accordance with those directives and with the regulation regulates the minimum requirements for the organization of working time for workers in transport, carrying out roadside checks and inspections at the premises of the technical base of road transport and the competence of the government. Organisation of working time for workers in transport is the adjustment of maximum weekly working time and standby time, the minimum daily rest and weekly rest breaks at work and annual leave and the rules of night work, shift work and patterns of work.

Looking at the level of transposition of European law on working hours in traffic, the legislature its target more or less fulfilled. As the most significant shortage we can identify a lack of transposition of the Directive 2005 /47/EC, in which the legislature only appealed to the text of that directive is carried out. Equally, incorrectly legislature incorporated the provisions of the said Convention on the definitions of night time and night work, which the law on the organization of working time and fails to apply the definitions contained in the Labour Code.

In the case of road transport is difficult as it appears again the implementation of the provisions on night work, the follow-up of night work for the law follows the timetable period of six months, in contrast to the Directive 2002/15/EC, which sets a limit on night work for each night. Such arrangements may be a threat to road safety, as well as for employees.

Given the above, I think that the legislature should consider the impact of the shortcomings referred to the implementation in practice and put these weaknesses into line with European law.

Contact – email

viktor.krizan@gmail.com

MULTILINGUALISM OF THE EUROPEAN UNION – FACTS AND CONSEQUENCES FOR A NEW MEMBER STATE

FILIP KŘEPELKA

Právnická fakulta Masarykovy univerzity, Česká republika

Abstrakt v rodném jazyce

Příspěvek připomíná mnohojazyčnost Evropské unie a jejího práva. Tento jazykový režim následně srovnává se státy a mezinárodními organizacemi. Zvláštní pozornost se věnuje problematice přidání nových úředních jazyků, jmenovitě pak češtiny.

Klíčová slova v rodném jazyce

Evropská unie; Úřední jazyk; Vstup nových členských států.

Abstract

The contribution describes multilingualism of the European Union and of its law. This language regime is compared with language regimes of states and of international organizations. Special attention is paid to problems with new official languages, i.e. Czech.

Key words

European Union; Official Language; Admission of new states.

The European Union and the European Communities (subsequently „the European Union“) have twenty three official languages since last enlargements. French, German, Italian and Dutch are original languages. English, Irish, Danish, Greek, Spanish, Portuguese, Finnish, Swedish, Estonian, Latvian, Lithuanian, Polish, Czech, Slovak, Hungarian, Slovenian, Maltese, Bulgarian and Romanian were added to the list due to accessions of new states.

All these languages are used to greater or smaller extent in operations of this supranational entity which joins now twenty seven member states. Most member states have brought to the European Communities and to the European Union their specific national language. This confirms fact that language-based nation-states are prevalent in Europe.

Apart from specific arrangements, law of the European Union is authentic in all official languages. All official languages are equal from both political and legal points of view.

Practicality requires use of one or of few languages for daily activities of institutions of the European Union and representatives of member states. The selection of working languages remains, however, spontaneous and unofficial. English, French and German are selected not only due to importance of member states using them, but mainly due to their role in international communication. These languages are taught at schools in European countries.

Above described language regime of the European Union is mentioned in final provisions of both the Treaty establishing the European Community and of the Treaty on the European Union.¹ It is also confirmed in historically the first regulation of the European (Economic)

¹ See Article 314 ECT and article 53 EUT.

Community.² Both written expressions of language regime have been amended six times due to accession of new member states which have brought new languages.

There is wide respect in the European Union towards language requirements affecting economic freedoms. Many regulations and directives conciliate necessity to provide information in particular national language to both population and authorities of member states.³

Even the Court of Justice which pushes for integration with its overtly activist case-law has several times accepted language requirements related to imported goods or migrant workers.⁴ Institutions of the European Union has many times confirmed respect to linguistic diversity.

Multilingualism can thus be perceived as specific principle of law of the European Union beside other general and specific principles of this supranational law.

It is interesting to compare such language regime with language regimes of countries and in international community. Most countries have only one language for their law and its enforcement. These national languages form usually language of vast majority of population. There are, however, several countries which have intentionally selected one language for unification of their linguistically and ethnically heterogeneous population.

There are several bilingual, trilingual or quadrilingual countries.⁵ Politicians use more than one language. Their law is expressed in several languages. Their administration and judiciary enforces such law in one of these languages. All these countries have complicated rules and standards related to use of these languages. These rules are often result of lengthy negotiations among language groups and their representatives respectively. Plurilingualism is sensitive political issue in most these countries. It is easy to remember events which threatened political stability in these countries. Sometimes, language-related disputes endanger unity of these countries.

Political and legal multilingualism is even more challenging task. It is especially difficult to manage especially in democratic countries. There are only few examples of multilingual countries in contemporary world. The only important multilingual democratic country of the world is India.

All multilingual countries, however, select one or at most two or three languages which are used countrywide for general communication. Central government can thus limit use of other languages to practicable extent. Use of language(s) of countrywide importance is greater⁶ than use of working languages in the European Union.

2 Regulation no 1 determining the languages to be used by the European Economic Community.

3 For example article 63 of directive 2001/83/EC on the Community code relating to medicinal products for human use requires information in national languages.

4 Judgement C-379/87 Groener, which interprets broadly and boldly regulation no 1612/68 on freedom of movement of workers within the Community.

5 Belgium, Canada, Switzerland, Finland, or Singapore.

6 Hindi and English are used for various purposes in non-hindi states of India instead of particular other national languages in higher judiciary, in university education, in press, or in politics.

Selection of one language or several languages is solution also for international community. This solution is easier than in countries with several or handful languages, because diplomats and experts have knowledge of languages used for global or continental communication. Furthermore, most countries also curtail or exclude application of international law by their courts and administration.

For both reasons, it is possible to conclude plurilateral and multilateral international treaties in one or several languages. Language regime of these treaties usually follow language regime of an international organisation which has provided forum for their establishment and provides tools for their enforcement.

There is no country and no international organisation in contemporary world with language regime with more than five languages used in their politics and for creation and enforcement of their law. Thus, the European Union with its twenty three languages has language regime which is unique and extraordinary.

Every plurilingual and multilingual law is created because people addressed by it do not understand one language. Nevertheless, homogenous application of such law requires interpretation which takes into appropriate consideration its expression in other language versions.

The Court of Justice as the last interpreter of law of the European Union requires also taking into account the expression of European Union law in founding treaties, regulations, directives and other sources in different languages. Other language versions shall be taken into consideration by national authorities of member states.⁷ It is necessary to underline here that these member states are required to apply law of the European Union directly and to exclude application of national law if it is not in compliance with it.

Such approach is also expected from institutions of the European Union. The most visible application based on consideration of law are judgements of the Court of Justice. There are numerous examples of comparison of different language versions in case-law of the Court of Justice. Vast majority of decisions does not reveal, however, consideration of differences among language versions.

Comparison of language versions is now simpler than it ever was. All language versions are available for free in Internet.⁸ It is easy to create tables containing particular provisions in all language versions. In the past, government and academic institutions usually obtained national language version of European law only with prepaid prints of the Official Journal. It was difficult to learn about its other language versions.

In most situations, version of particular domestic language only continues to be considered. Capacity and will to take into consideration other language versions is little due to limited knowledge of foreign languages among judges and administrative officers in member states.

Comparison of national language version with two or three other languages is exceptional in reality. It can be thus evaluated as high-quality interpretation of European Union law.

⁷ For example, famous judgement 283/81 CILFIT, point 18.

⁸ Since 2004, EUR-Lex is integrated database on European Union law (<http://eur-lex.europa.eu/en/index.htm>)

In the past, the Court of Justice occasionally compared all existing language versions. There is, however, no example of such all-catch approach since last accessions which brought numerous less known languages to European Union. The Court of Justice is the only judicial authority which has professionals from all member states which know together all languages of member states. No other institution or individual is, however, capable to compare all twenty three language versions without exorbitantly high effort and expenses.

Therefore it would be absurd to expect comparison of all language versions by other authorities which apply European Union law.

Even the Court of Justice ceased to express this requirement. Nevertheless, such idea cannot be easily abandoned due to mentioned equality of languages. The Court of Justice is barred to say that comparison with two or three languages, for example with above mentioned working languages, is sufficient. All above mentioned official languages are equally official and authentic.

The result of this situation is an enormous gap between ideal and reality.

Another unique feature of the European Union is gradually rising number of official languages. New languages are proclaimed official. New language does not stop with new version of founding treaties. Translation is necessary for all regulations, directives and other sources of secondary law. Treaties of accession expect their publication in special editions of the Official Journal.⁹

Candidate states which have acceded in years 2004 and 2007 together with institutions of the European Union have underestimated effort necessary for this task. Both have relied unduly on available unofficial and preparatory translations published in Internet.

Delay of prescribed publication of translations of European Union law into new languages cannot be without legal consequences. One year ago, the Court of Justice ruled in *Skoma-Lux*¹⁰ that individuals can raise objections against application of unpublished legal texts.

The judgement left several related questions unresolved. Firstly, can member state also argue with lack of publication? Secondly, whether and how can such argumentation be used in disputes of individuals due to threat that other private persons would be deprived of rights and freedoms resulting from European Union law. Thirdly, recent case-law of the Court of Justice enables to think at liability of concerned member states or of the European Union.

It shall be underlined that failure to publish European Union law in new official languages was general for most new member states. The Czech Republic, where the case originated, was not the only country affected with such delay. Similar objections were raised before national courts also in Poland or in Estonia.

Troubles with adjustment of European Union multilingualism to requirements of last enlargements reveals considerable level of inefficacy of the European Union and its

⁹ See Article 58 ACT concerning the conditions of accession of the Czech Republic, the Republic of Estonia, the Republic of Cyprus, the Republic of Latvia, the Republic of Lithuania, the Republic of Hungary, the Republic of Malta, the Republic of Poland, the Republic of Slovenia and the Slovak Republic and the adjustments to the Treaties on which the European Union is founded.

¹⁰ Judgement C-161/06.

institutions. The European Union learned little from the case. Bulgarian and Romanian versions were also delayed. The European Union was even incapable to recognize the most important pieces of its legislation which needed to be published as soon as possible.

In the Czech Republic, it is not rare to hear about poor quality of translations. Many experts speak about mistakes and errors in Czech version of the European Union law. Apart from obvious mistakes, settled terminology was often ignored. There is also lack of coherence in use of various words and phrases.

Most mistakes and errors can be resolved with confrontation with other language versions or with appropriate consideration of purpose of standard. Nevertheless, it often does not function in everyday application of European Union law by courts and administration agencies. Therefore, corrections of most blatant errors shall be seriously considered by the European Union.

Kontaktní údaje na autora – email:

Krepelka@law.muni.cz

MANDATORY RULES AND SELLERS OBLIGATION TO DELIVER GOODS ACCORDING TO UNITED NATIONS CONVENTION ON CONTRACTS FOR THE INTERNATIONAL SALE OF GOODS

TEREZA KYSELOVSKÁ

Faculty of Law, Masaryk University, Czech Republic

Abstrakt v rodném jazyce

Obsahem tohoto příspěvku je na základě judikatury soudů vysvětlit vztah kogentních norem veřejného práva na povinnost prodávajícího dodat zboží dle článku 35 Vídeňské úmluvy o smlouvách o mezinárodní koupi zboží. Hlavní otázkou je, zda prodávající při dodání zboží musí respektovat kogentní normy veřejného práva své vývozní země nebo kogentní normy země kupujícího nebo země konečné dodávky zboží.

Klíčová slova v rodném jazyce

Kogentní normy, dodání zboží, povinnost prodávajícího, normy veřejného práva, Úmluva OSN o smlouvách o mezinárodní koupi zboží

Abstract

Aim of this paper is on a case law explain how mandatory rules affect delivery of goods according to Art. 35 CISG. The main question is whether the seller in order to meet his obligation to deliver goods according to the contract has to comply with the public law requirements of his seller's country or the public law of the buyer's country. On the presented cases is possible to study a changing view on this question.

Key words

Mandatory rules, delivery of goods, seller's obligation, public law requirements, the UN Convention on Contracts for the International Sale of Goods

1. INTRODUCTION

In transborder commerce is a very important question whether the seller in order to meet the obligation to deliver goods in conformity with the contract under Article 35 of the United Nations Convention on Contracts for the International Sale of Goods (hereinafter cited as CISG) has to comply with the local public law requirements for the use of certain goods. Do this public law requirements have to be observed in the export country or in the buyer's import country or are those requirements valid in the third country to which the goods are destined to be delivered. These standards are different in each country. Health, safety, environmental provisions affect fitness of purpose¹. The problem of conformity of goods to the public law requirements was overlooked at the creation of the CISG².

¹ Editorial remarks on the Medical Marketing v. Internazionale Medico Scientifica Case. Excerpt from DiMatteo, L., A. et al. The Interpretive Turn in International Sales Law: An Analysis of Fifteen Years of CISG Jurisprudence. 34 Northwestern Journal of International Law & Business, 2004, s. 299-440. Available on <http://cisgw3.law.pace.edu/cases/990517u1.html>.

² Schlechtriem, P. Commentary on 2 March 2005 Decision of Federal Supreme Court (Bundesgerichtshof) of Germany, VIII ZR 67/04 (June 2005). Compliance with local law: sellers obligation and liability. Available at <http://www.cisg.law.pace.edu/cisg/biblio/slechtriem7.html>.

The CISG contains conformity of the goods in Art. 35. The treatment of conformity within its meaning is based on the subjective understanding of a defect³. Art. 35 (1) CISG refers to the agreement of the parties and Art. 35 (2) contains provisions when the parties rules are incomplete.

Aim of this paper is to present a summary of case law on the relationship between public law requirements and seller's obligation to deliver goods. It will as well show a changing view on this question.

2. CONTRACT

The ideal situation is when parties fix the quality required for the goods in the contract⁴ as well as the risk associated with the observance of public law requirements.

As example of concludent agreement of the conformity of goods can serve case when Spanish seller and German buyer concluded an installment contract for the sale of paprika⁵. After delivery of the second installment, the buyer was officially informed by a German association of spice traders that paprika imported from Spain could contain traces of ethylen-oxyd in a quantity greater than the levels admitted by German law. The seller accepted to take back the goods admitting that they were non-conforming to German law on food and to deliver substitute goods within the period of time fixed by the buyer. Two weeks after the expiration of such a period, the buyer declared the contract avoided and did not pay the price. The Court found that the buyer was not bound to pay the price. In the Court's opinion the parties, also in the light of their previous commercial relationships, had impliedly agreed that the goods should comply with the standards provided by the German law on food.

But in many cases parties do not regulate the conformity with public law requirements in their contract and the arised problem is to be solved in the court room. Below are presented three very important cases on this topic. In addition it si possible to see a slightly changing view on this question.

3. THE NEW ZEALAND MUSSELS CASE

The first case dealing with the question whether the conformity of goods is governed by public law requirements of the seller's or buyer's country was very famous New zealand

See also legislative history to teh CISG Art. (35). Available at <http://www.cisg.law.pace.edu/cisg/text/roadmap/RoadmapL-35.html>.

³ Schlechtriem, P. Uniform Sales Law in the Decisions of the Bundesgerichtshof, in: 50 Years of the Bundesgerichtshof. A Celebration Anthology from the Academic Community. Available at <http://www.cisg.law.pace.edu/cisg/biblio/slechtriem3.html>.

⁴ According to Art. 6 CISG the main principle governing the contractual process is autonomy of will of the contracting parties. See Honnold, J., O. Uniform Law for International Sales under the 1980 United Nations Convention, 3rd ed., 1999, Article 6, The contract and the convention, s. 77-87. Available at <http://www.cisg.law.pace.edu/cisg/biblio/ho6.html>.

⁵ Germany 21 August 1995 District Court Ellwangen (Spanish paprika case). Available at <http://cisgw3.law.pace.edu/cases/950821g2.html>.

Mussels case⁶. The German Supreme Court ruled, that laws of the country of the seller prevail. At the same time he stated three exemptions to this rule

3.1 CASE

Swiss sellers delivered to German buyer New Zealand Mussels containing a cadmium concentration that exceeded the limits recommended by German health authority. The concentration was nevertheless allowed by Swiss public law requirements. The buyer declared the contract avoided due to lack of conformity of the goods, the seller sued for the sales price.

The Court found that the goods conformed to the contract. The violance of German food regulation was defect in quality not a defect in title⁷. The Court stated a principle that the public law regulations of the seller's place of business govern the conformity of goods according to Art. 35 (2). The Court decided on a huge list of legal authorities. According to the Court ruling „especially smaller enterprises cannot know all such regulations for the use of goods in the intended country. The buyer can also not trust that the seller has a kneweledge of the pulic law requirements and that he will respect them.“

As said above, the Court identified three exceptions to the rule. The public standadr of the buyer's country will prevail if: 1. the public laws of the buyer's country correspond to those in seller's country, 2.the buyer informed the seller about these regulations and 3. the seller knew or should have known about the regulations due to special circumstances (e.g. the seller has a branch in the buyer's country, he delivers goods for some time there, he is in a long-term relationship in the buyers country).

3.2 CRITICISM OF THE DECISION

Although this decision became a guide to to the question which public law requiremnts govern the conformity of goods according to Art. 35 (2)⁸, some arbitration tribunals and other courts have decided otherwise and applied the regulations of the buyers country⁹.

The decision was also criticised because it stated a very rigid rule that hadn't taken into consideration situation in other countries, that it goes well beyond what is necessary to decide the dispute¹⁰. According to Flechtner „the opinion implies that the uniformity principle

⁶ Germany 8 March 1995 Supreme Court (New Zealand mussels case). Available at <http://cisgw3.law.pace.edu/cases/950308g3.html>.

⁷ The Court also stated that the violation of public law must not necessarily represent a defect in quality because the relevant commercial sphere can perhaps disregard such governmental regulations and still readily consume and trade goods that violate a prohibition.

⁸ Schlechtriem, P. Uniform Sales Law in the Decisions of the Bundesgerichtshof, in: 50 Years of the Bundesgerichtshof. A Celebration Anthology from the Academic Community. Available at <http://www.cisg.law.pace.edu/cisg/biblio/slechtriem3.html>

⁹ See the next cited case.

¹⁰ Flechtner, H. M. Conformity of Goods, Third Party Claims, and Buyer's Notice of Breach under the United Nations Sales Convention ("CISG"), with Comments on the "Mussels Case," the "Stolen Automobile Case," and the "Ugandan Used Shoes Case", University of Pittsburgh School of Law Working Paper Series. Working Paper 64, 2007. Available at <http://law.bepress.com/pittlwps/papers/art64/>.

requires a single global standard of merchantability for mussels and all other goods under Art. (35) (2) (a). The Court misread the Art. 7 (1) and its uniformity principle¹¹.

4. THE MEDICAL MARKETING VS. INTERNAZIONALE MEDICO SCIENTIFICA¹²

4.1 CASE

Italian producer of medical equipment entered into contract with a trading company from Louisiana, USA. Italian producer delivered machines which was seized by U.S. Food and Drug Administration, because it did not conform to relevant U.S. safety standards, but it did comply with the Italian safety standards. The Court decided the goods as not being in conformity with the contract, thus constituting fundamental breach of contract by the Italian seller. It is opposite to the above cited decision of *Mussels Case*, because here were relevant public law requirements in the buyer's state. The Court based its decision on the third exemption of the *Mussels Case*.

According to Schlechtriem¹³ this case is important for three other reasons. A fundamental breach of contract according to Art. 25 CISG was assumed without further discussion, justifying an avoidance of contract according to Art. 49 CISG. The Court also treated the decision of German Federal Court as precedent and CISG as kind of international common law. It refused so called homeward trend¹⁴.

5. THE FROZEN PORK CASE¹⁵

5.1 CASE

This is a different type of case, because in the seller's country at the time of passing risk¹⁶ a public law requirement did not yet exist, it was issued later. It supports the critical views on the *Mussels Case*. This decision goes well beyond the sphere of the general rule of the *Mussels Case*. Strict application of the ruling in the *Mussels Case* would have concluded that the goods were in conformity with the contract.

¹¹ Flechtner, H. M. The Several Texts of the CISG in a Decentralized System: Observations on Translation, Reservations and Other Challenges to the Uniformity Principle in Article 7(1), 17 *Journal of Law and Commerce*, 1998, s. 187-217. Available at <http://www.cisg.law.pace.edu/cisg/biblio/flecht1.html>.

¹² United States 17 May 1999 Federal District Court Louisiana (*Medical Marketing v. Internazionale Medico Scientifica*). Available at <http://cisgw3.law.pace.edu/cases/990517u1.html>.

¹³ Schlechtriem, P. Case Commentary of *Medical Marketing International, Inc. V. Internazionale Medico Scientifica, S.r.l.* U.S. District Court, Eastern District of Louisiana, 17 May 1999. Conformity of the goods and standards established by public law. Treatment of foreign court decision as precedent. Available at <http://cisgw3.law.pace.edu/cases/990517u1.html>.

¹⁴ To so-called homeward trend and delivery of goods see Flechtner, H. 2007. Article 79 of the United Nations Convention on Contracts for the International Sale of Goods (CISG) as Rorschach Test: The Homeward Trend and Exemption for Delivering Non-Conforming Goods. 19 *Pace International Law Review*, 2007. Available at <http://www.cisg.law.pace.edu/cisg/biblio/flechtner7.html>.

¹⁵ Germany 2 March 2005 Federal Supreme Court (*Frozen pork case*). Available at Germany 2 March 2005 Federal Supreme Court (*Frozen pork case*). Available at <http://cisgw3.law.pace.edu/cases/050302g1.html>.

¹⁶ It is decisive for conformity or non-conformity under Art. 36 (1) CISG.

Belgian seller entered into contract with German buyer for the sale of pork meat. It was agreed that the meat should be delivered directly to the buyer's customer and from there to its final destination in Bosnia – Herzegovina. The pork meat was delivered in three installments, each delivery contained a certificate of suitability to consumption. During the term between delivery from Germany to Bosnia-Herzegovina a suspicion arose in Germany and Belgium, that the meat produced in Belgium could be contaminated by dioxin. Germany, EU and Belgium enacted a regulation on the subject that the pork meat produced in Belgium within a certain period requires a certificate stating the absence of dioxin. The sold meat was confiscated by the Bosnian Custom.

The Court held that two of three deliveries were non-conforming according to Art. 35 (2)(a) CISG. The suspicion of contamination affected the resale of meat, which is to be considered the „ordinary use“ in trade. It was not necessary to ascertain that the meat was really contaminated by dioxin. This suspicion was sufficient to designate the meat unsealable and non-conforming. The Court stated that the non-conformity not yet discovered existed at the time of passing risk according to Art. 36 (1) and 67 CISG. It is interesting and important that according to the Court the non-merchantability was caused by the suspicion. The consequent public law requirements just confirmed this suspicion. According to the Court „even if Belgium had never enacted the respective regulation, the suspicion and the hindrance of resale in Europe caused the non-conformity of Art. 35 (2) and fundamental breach of contract“.

5.2 CRITICISM OF THE MUSSELS CASE

According to Schlechtriem¹⁷ this case should be a starting point of reconsidering of the ruling in the Mussels Case. He propounds an interesting question. The meat was contaminated by dioxin, not fit for human consumption and not merchantable not only in the seller's country, but also in buyer's country and in country of final destination. If the Belgian (seller's) legislator did not enact any requirement in order to protect the national exporters, would the meat be considered as in conformity with the contract? According to the Mussels case the answer is clear. Schlechtriem especially exposes the re-sealability/merchantability as decisive for conformity. In his opinion it shows a turning view. For re-sealability are crucial the circumstances in buyer's country or in the third country of the final destination.

6. SUMMARY

The case law shows that it is important to consider every case separately. The rule stated in the Mussels Case even with the exemptions is not sustainable. As the Frozen Pork Case showed, the decisive moment should be the circumstances and public law requirements in the buyer's country. The rule from Mussels case should be decisive in case if the suspicion and public law restriction were enacted only in the seller's state without influence on use and resale in the buyer's country¹⁸. It will be interesting to observe another case law on this question.

¹⁷ Schlechtriem, P. Commentary on 2 March 2005 Decision of Federal Supreme Court (Bundesgerichtshof) of Germany, VIII ZR 67/04 (June 2005). Compliance with local law: seller's obligation and liability. Available at <http://www.cisg.law.pace.edu/cisg/biblio/slechtriem7.html>.

¹⁸ See Schlechtriem, supra note 17.

Literatura:

- DiMatteo, L., A. Et al. The Interpretative Turn in International Sales Law: An anylisis of Fifteen Years of CISG Jurisprudence. 34 Northwestern Journal of Law and Business, 2004, s. 299-440, Available on <http://cisgw3.law.pace.edu/cases/990517u1.html>.
- Flechner, H., M. The Several Texts of the CISG in a Decentralized system: Observations on Translations, Reservations and Other Challenges to the Uniformity Principle in Art. 7(1). 17 Journal of Law and Commerce, 1998, s. 187-217. Available at <http://www.cisg.law.pace.edu/cisg/biblio/flecht1.html>.
- Flechner, H., M. Conformity of Goods, Third Party Claims, and Buyer's Notice of Breach under the United Nations Sales Convention ("CISG"), with Comments on the "Mussels Case," the "Stolen Automobile Case," and the "Ugandan Used Shoes Case". University of Pittsburgh School of Law Working Paper Series. Working Paper 64,2007. Available at <http://law.bepress.com/pittlwps/papers/art64/>.
- Honnold, J.O. Uniform Law for International Sales Under the 1980 United Nations Convebtion. 3rd. Ed, 1999. Article 6. The Contract and the Convention, s. 77-87. Available at <http://www.cisg.law.pace.edu/cisg/biblio/ho6.html>.
- Schlechtriem, P. Case commentary on Medical Marketing International, Inc. v. Internazionale Medico Scientifica, S.r.l. U.S. District Court, Eastern District of Louisiana, 17 May 1999. Conformity of the goods and standards established by public law Treatment of foreign court decision as precedent. Available at <http://www.cisg.law.pace.edu/cisg/biblio/slechtriem7.html>.
- Schlechtriem, P. 2001. Uniform Sales Law in the Decisions of the Bundesgerichtshof, in: 50 Years of the Bundesgerichtshof: A Celebration Anthology from the Academic Community, 2005. Available at <http://www.cisg.law.pace.edu/cisg/biblio/slechtriem3.html>.
- Germany 21 August 1995 District Court Ellwangen (Spanish paprika case). Available at <http://cisgw3.law.pace.edu/cases/950821g2.html>.
- Germany 8 March 1995 Supreme Court (New Zealand mussels case). Available at <http://cisgw3.law.pace.edu/cases/950308g3.html>.
- Germany 2 March 2005 Federal Supreme Court (Frozen pork case). Available at <http://cisgw3.law.pace.edu/cases/050302g1.html>.
- United States 17 May 1999 Federal District Court [Louisiana] (Medical Marketing v. Internazionale Medico Scientifica). Available at <http://cisgw3.law.pace.edu/cases/990517u1.html>.

Kontaktní údaje na autora – email:
107801@mail.muni.cz

THE PRELIMINARY RULING BEFORE THE CONSTITUTIONAL COURTS

MARKÉTA NAVRÁTILOVÁ

Ústavní soud, Česká republika

Abstrakt v rodném jazyce

V souvislosti s předběžnou otázkou jsou ústavní soudy konfrontovány s dvěma okruhy problémů. Prvním je otázka sankce za nesplnění povinnosti položit předběžnou otázku ze strany obecného soudu. Porušení této povinnosti je zjišťováno pomocí kritérií stanovených Soudním dvorem v rozsudku Cilfit a pomocí specifických kritérií vytvořených ústavními soudy. Nesplnění povinnosti předložit předběžnou otázku je zpravidla hodnoceno jako nerespektování práva na zákonného soudce. Druhým problémem je otázka, zda Ústavní soud je soudem, jenž stíhá povinnost položit předběžnou otázku; obvykle je odpovídáno kladně.

Klíčová slova v rodném jazyce

Evropský soudní dvůr, rozsudek 283/81 Cilfit, porušení povinnosti předložit předběžnou otázku, Ústavní soud, právo na zákonného soudce, právo na soudní ochranu, právo na přístup k soudu, rozsudek Solange II., rozsudek Kloppenburg, rozsudek Rinke, nález Pl. ÚS 50/04 Cukerné kvóty, usnesení IV. ÚS 154/08, kvalifikované porušení, svévole, usnesení I. ÚS 71/06.

Abstract

Concerning the preliminary ruling, the Constitutional Courts are confronted with two problems. Firstly, it is the question of the sanction for failure to make a preliminary reference by a general court. The violation of the obligation is assessed by means of the criteria set by the Court of Justice in the Cilfit judgement and own specific criteria created by the Constitutional Courts. The failure to fulfill the obligation is usually qualified as the violation of the right to lawful judge. The second problem is the question whether the Constitutional Court is the court obliged to make a preliminary reference; the answer is generally positive.

Key words

Court of Justice, judgement 283/81 Cilfit, violation of obligation to make preliminary reference, Constitutional Court, right to lawful judge, right to judicial protection, right of access to court, Solange II judgement, Kloppenburg judgement, Rinke judgement, judgement Pl. ÚS 50/04 Sugar quotas, resolution IV. ÚS 154/08, qualified violation, arbitrariness, resolution I. ÚS 71/06.

1. INTRODUCTION: THE OBLIGATION TO MAKE A PRELIMINARY REFERENCE IN THE CASE LAW OF THE COURT OF JUSTICE

The Court of Justice has jurisdiction to give preliminary ruling concerning the interpretation of the Treaty of Rome (hereinafter “the Treaty”), the validity and interpretation of acts of the institutions of the Community and of the European Central Bank and the interpretation of the statutes of bodies established by an act of the Council, where those statutes so provide. Where any such question is raised in a case pending before a court or tribunal of a Member State

against whose decisions there is no judicial remedy under national law, that court or tribunal shall bring the matter before the Court of Justice.¹

In case of questions concerning validity of community law the court has no discretion whether or not to refer the matter to the Court of Justice; this is possible only in case of questions concerning the interpretation.²

Regarding the interpretation, the Court of Justice is not so strict. There are certain conditions exempting the court against whose decisions there is no judicial remedy under national law of the obligation to make a preliminary reference on the interpretation of community law. The case-law of the Court of Justice specifies three situations.

Firstly, the national court is deprived of the obligation to refer a question if that question is not relevant, that is to say, if the answer to that question can in no way affect the outcome of the case.³ Thus the national court is vested discretion in decision whether or not to make a preliminary reference. This exception protects the Court of Justice from the overwhelming by a flood of unnecessary cases and inhibits unreasonable lengthening of the proceeding before the national court - the parties may intentionally use a preliminary ruling as an instrument how to defer the final decision of the national court.

The second exception is represented by a doctrine known in the francophone legal world as *acte éclairé* - that is “explained”. It means that the question raised is materially identical with a question which has already been subject of a preliminary ruling in a similar case. This condition is also applicable to a decision rendered in other proceedings where the Court of Justice has dealt with the point of law in question, even though the question at issue is not strictly identical.⁴

The third exception beloved by the national courts is called *acte clair*, i. e. “clear” and is applicable if the correct application of the community law is so obvious as to leave no scope for any reasonable doubt.⁵ However, a subjective conviction of a national court is not sufficient, a national court must be convinced that the matter is equally obvious to the courts of the other member states and to the Court of Justice. Interpreting community law, a national court must take into consideration the specific characteristics of the community law. It means to compare different language versions, be aware of possible divergences in the meaning of the legal concepts in community law and in the law of the various member states. Finally every provision of the community law must be placed in its context and interpreted in the light of community law as whole.

It is apparent that the conditions for application of *acte clair* rule are unrealizable for a national judge because the Court of Justice forces a national court to use the same methodology. On one hand, it is comprehensible since the standard of the community law interpretation must be uniform. On the other hand, a national judge usually does not speak fluently several official languages so as to be able to compare several language versions and

¹ See article 234 of the Treaty.

² See Bobek, M. a kol. *Předběžná otázka v komunitárním právu*. Linde, Praha 2005, p. 206.

³ See judgment of the Court of Justice of 6 October 1982, case 283/81 *Cilfit*.

⁴ See par. 13 and 14 of the judgement *Cilfit*.

⁵ See par. 16 of the judgement *Cilfit*.

he equally does not dispose of vast administrative and translation body ready to prepare an analysis of the relevant case-law which is the case of the Court of Justice. The duty to find information about the case-law of other member states is illusory. The way how a national court should proceed is so burdensome that making a preliminary reference can often seem to be an easier way to proceed than trying to resolve a question of interpretation community law independently.

2. THE RELEVANCE OF THE VIOLATION OF THE OBLIGATION TO MAKE A PRELIMINARY REFERENCE IN THE CASE-LAW OF CONSTITUTIONAL COURTS

It is well-known that the preliminary ruling is a way of cooperation between national and community courts.⁶ Article 234 of the Treaty does not constitute a means of redress available to the parties of a case pending before a national court. The mere fact that a party contends that the dispute gives rise to a question concerning the interpretation of community law does not mean that the national court is compelled to consider that a question has been raised within the meaning of this article. On the other hand, a national court may refer a matter to the Court of Justice of its own motion.

Aware of this fact, how a preliminary ruling is capable of being subjected to constitutional review? There is a possibility upon the fulfilment of the condition that the individuals are capable of initiating of proceedings through a constitutional complaint. The Constitutional courts limit their review to the area of human rights. Therefore, their contemplations can be directed only to the question whether the fact that the national court did not refer the matter in the situation when he was obliged to do so constitutes a violation of a human right protected by the Constitution. There are several possibilities.

2.1 THE RIGHT TO LAWFUL JUDGE

The most elaborate case-law related to this matter has been created by the German Constitutional Court which decides on complaints of unconstitutionality, which may be entered by any person who claims that one of his basic rights has been violated by public authority.⁷ Solving this issue, Constitutional Court applied the right to lawful judge enshrined in the article 101 of the Basic Law.⁸

This concept was used in the Solange II. judgement⁹ for the first time. According to the decision, the Court of Justice is a sovereign judicial body that renders final judgements independently. Since the Court of Justice enjoys a judicial monopoly in the decision-making regarding the interpretation and the validity of community law in the preliminary ruling, it represents a lawful judge in this sphere. The reasoning is following: If there is an obligation of the Court of Justice to participate in certain proceedings and the national court concerned omits this obligation by failure to bring the case before the Court of Justice, a violation of the

⁶ See Bobek, M. a kol. *Předběžná otázka v komunitárním právu*. Linde, Praha 2005, p. 232.

⁷ See article 93 par. 1 lit. 4a) of the Basic Law.

⁸ The article 101 of the Basic Law reads as follows: „Extraordinary courts are inadmissible. No one may be removed from the jurisdiction of his lawful judge.”

⁹ See judgement 22. 10. 1986 , case 2 BvR 197/83 *Wünsche Handelsgesellschaft*, an abbreviated version available at http://www.utexas.edu/law/academics/centers/transnational/work_new/german/case.php?id=572.

right to lawful judge is present.¹⁰ However, a mere procedural defect is not sufficient, the violation of the obligation must be qualified, i. e. arbitrary and non justifiable.

The Kloppenburg judgement.¹¹ provides an explanation of the notion “arbitrary and non justifiable”. The circumstances of the case are following: The Bundesfinanzhof did not respect a judgement of the Court of Justice given in the preliminary ruling initiated by a court of lower instance whose decision was being reviewed by the Bundesfinanzhof. According to the Constitutional Court, if the Bundesfinanzhof did not intend to comply with the opinion expressed by the Court of Justice, it was compelled to refer the matter again to the Court of Justice and set forth new argumentation aiming to impugning its legal opinion. To sum up, the disrespect towards a binding opinion of the Court of Justice is deemed as arbitrary.¹²

The most recent illustration of the above mentioned violation to lawful judge is the Rinke judgement¹³ where Bundesverwaltungs Hof examined a collision of the community directives exclusively on the basis of the national collision rules and did not take into account the rules arising from the relevant luxembourgish case-law. The national court thus did not respect the rules contained in community (case) law and made an incorrect conclusion regarding the necessity to refer the matter to the Court of Justice.

It is worth mentioning that the German Constitutional Court did not use the criteria given in the Cilfit judgement but created its own standards which are come closer to reality and practice of the national courts.¹⁴ It is equally notable that the criteria set by the Court of Justice are substantive whereas the German ones tend to be procedural emphasising the foreseeability of the procedure with regard to the stable practice in a situation at question. Nevertheless, the difference in the nature of the criteria is not surprising given that the German Constitutional Court applies the right to lawful judge which is a right of a typical procedural character.

The Austrian Constitutional Court follows the determined path by qualifying the failure to make a preliminary reference as a violation of the right to lawful judge.¹⁵ In contrast to its German counterpart, the Austrian Constitutional Court has elaborated no rules specifying the arbitrariness in the failure to refer the matter to Luxembourg but applies the Cilfit criteria in a rather modified way – the application of the community law must not be in the apparent conflict with the stable interpretation provided by the Court of Justice.¹⁶

¹⁰ See Arnold, R. Evropský soudní dvůr a soudy členských států: vztah spolupráce chráněný zárukou národního ústavního práva týkající se zákonného soudce. Právní rozhledy 7/2001, příloha Evropské právo, p. 3.

¹¹ See judgement of 8. 4. 1987, case 2 BvR 687/85.

¹² A disrespect towards a decision of court of higher instance, especially the Supreme Court by a court of a lower instance is also deemed as unconstitutional by the Czech Constitutional Court. Nevertheless, this situation is qualified as a violation of a right to fair proceedings as a “*lex generalis*” in relation to the right to lawful judge.

¹³ See judgement of 9. 1. 2001, case 1 BvR 1036/99.

¹⁴ See Bobek, M. Porušení povinnosti zahájit řízení o předběžné otázce podle článku 234 (3) SES. C.H. Beck, Praha 2004, p. 49.

¹⁵ See answers at the 18. colloquium, available at <http://193.191.217.21/colloquia/2002/austria.pdf>.

¹⁶ See Bobek, M. Porušení povinnosti zahájit řízení o předběžné otázce podle článku 234 (3) SES. C.H. Beck, Praha 2004, p. 53.

The Spanish Constitutional Court had been refusing to interpret a failure to make a preliminary reference as a violation of the right to lawful judge for the long time.¹⁷ Recently, its position has changed radically by accepting such constitutional complaints¹⁸ nevertheless all the constitutional complaints have been rejected so far.¹⁹

2.2 THE RIGHT OF ACCESS TO THE COURT

In Ireland, the most natural way to ponder over the failure to bring the case before the Court of Justice is connected with the right of access to the court as an element of the right to fair trial. Nonetheless the Irish Supreme Court²⁰ has already refused to make a preliminary reference and no discussion has been held regarding a possible violation of the right of access to the court or any other constitutionally guaranteed human right.

2.3 THE RIGHT TO JUDICIAL PROTECTION

The violation of the obligation to make a preliminary reference can equally be construed more generally as a disrespect towards the right to judicial protection whose one of the components is the right to lawful judge. This approach is based on an idea that the right to judicial protection contains i. a. a guarantee that a national court shall make use of the interpretation provided by the competent judicial body (the Court of Justice). The failure to engage the Court of Justice does not represent a correctly provided judicial protection; the question of the lawful judge is secondary.²¹

2.4 THE APPROACH OF THE CZECH CONSTITUTIONAL COURT

The first decision dealing with the matter in question is the resolution IV. ÚS 154/08.²² In the system of administrative judiciary, the claimant was seeking a review of a ministerial opinion on the environmental effects of a planned highway. The administrative courts held that a separate review is not possible and its place is not until the stage of building licence authorisation proceedings. The claimant based his legal opinion on the article 10a of directive 85/337/EEC and criticised the Supreme Administrative Court for a failure to make a preliminary reference in a situation where the interpretation of community law was not evident, i. e. the *acte clair* doctrine was not applicable.

¹⁷ See judgement of 13. 12. 1993, case 372/1993 where the Constitutional Court explained that such an objection cannot be subject to the constitutional review since a constitutional complaint claim the violation of human rights and not the community law.

¹⁸ See judgement 19. 4. 2004, case 58/2004 (blíže Burgorgue-Larsen, L. La déclaration du 13 décembre 2004 (DTC n° 1/2004): Un Solange II à l'espagnole. Les cahiers du Conseil constitutionnel, 2005, č. 18, p. 132).

¹⁹ See answers at the 18. colloquium, accessible at <http://193.191.217.21/colloquia/2002/spain.pdf>.

²⁰ The Irish Supreme Court plays a role of the Constitutional Court.

²¹ See Mazák, J. Príspevok Ústavného súdu Slovenskej republiky pri uplatňovaní práv a plnení povinností na komunitárnej úrovni. *Jurisprudence* 6/2005, s. 14. It is worth mentioning that the Slovak Constitutional Court has already dealt with such a constitutional complaint. Referring to the judgement of the Court of Justice C-302/04 the Slovak Constitutional Court rejected the constitutional complaint as manifestly unfounded since the Court of Justice does not have jurisdiction to give judgement in a matter preceding the Slovak accession to the European Union (see resolution III. ÚS 151/07-14, available at http://www.concourt.sk/rozhod.do?urlpage=dokument&id_spisu=93475).

²² See resolution of 30. 6. 2008, accessible at <http://nalus.usoud.cz>.

The Czech Constitutional Court admitted that failure to refer the matter to the Court of Justice can cause a violation of the right to fair trial and the right to lawful judge in certain cases. Concerning the relevant human right identification, Constitutional Court found its inspiration partly in the German model and partly in the Slovak one.

According to the cited resolution, the criteria for the constitutional review shall be searched in the Constitutional order of the Czech Republic. It is necessary to remind in this connection that the Constitutional Court has created its own rules to safeguard the right to lawful judge²³ which not suitable in the matter in question. Therefore, the Constitutional Court was forced to create specific criteria suitable for this matter. The decisive point for the formulation of that specific rule is the fact that there is a court which was not permitted to resolve a certain question. Insisting upon the rules created for the national sphere would cause problems.²⁴ It is possible to conclude that the Constitutional Court has elaborated its own sub-group of the specific criteria within the right to lawful judge which is applicable uniquely to the question at issue. These types of defective proceedings are recognised also in relation to national courts' procedure but they are constantly assessed as a violation of the right to fair trial.

What are the "specific criteria"? They are represented by "certain circumstances which are able to cause a violation of the constitutionally guaranteed rights". The inspiration by the German and Austrian counterparts is apparent – according to the Czech Constitutional Court, not every failure to fulfil the obligation but only a fundamental and qualified failure can be regarded as a violation of a human right in question. That is for instance arbitrary or *prima facie* incorrect failure to refer the matter or the existence of a court's doubt concerning the correct interpretation.

The above mentioned legal opinion leads to a possible conclusion that not only criteria created by the Constitutional Court itself but also the criteria expressed by the Court of Justice are applicable at the same time. When assessing whether the right to lawful judge was violated, the *Cilfit* criteria can serve as the first filter and only the cases which pass through are subjected to the criteria elaborated by the Constitutional Court.²⁵

3. THE PRELIMINARY REFERENCE MADE BY THE CONSTITUTIONAL COURT

The second important question emerging when meditating on the relationship between the national Constitutional Courts and the Court of Justice in the matter of preliminary reference is the question whether the Constitutional Courts are obliged to bring the matter before the Court of Justice. First of all, it is necessary to resolve whether a Constitutional Court is the court in terms of article 234 of Treaty. The community definition of a court says that it must be established by law, have a permanent existence, be independent, exercise binding jurisdiction, be bound by rules of adversary procedure and apply the rule of law.²⁶ Concerning

²³ For example pursuant to the decision III. ÚS 29/01 (available at <http://nalus.usoud.cz>), the right to lawful judge is fulfilled upon the condition of a limitation of the judicial competence prescribed by the law, by a consistent distribution of cases and a rigid composition of a bench.

²⁴ The consistent distribution of cases requirement would not be met since there exist no relevant rules and therefore the president of the Court of Justice has a full discretion in such a distribution.

²⁵ This conclusion can be based on the decision of 8. 3. 2006, case Pl. ÚS 50/04 *Cukerné kvóty* where the Constitutional Court referred to the *acte éclairé* doctrine and resolved the question of community law interpretation autonomously.

²⁶ See Bobek, M. a kol. *Předběžná otázka v komunitárním právu*. Linde, Praha 2005, p. 26.

the Czech Constitutional Court, these conditions are met as well as the criteria pursuant to article 234 par. 3 of Treaty because there is no judicial remedy against its decisions under national law. Therefore the Czech Constitutional Court is obliged to refer the matter to the Court of Justice if there is a doubt regarding the interpretation or validity of the community law.

Afterwards, it is essential to ask whether there could really exist a situation when the Constitutional Court should make a preliminary reference if it is known that its jurisdiction is limited to the questions of constitutionality. The answer is positive although a preliminary reference made by the Constitutional Court shall be rare since this task shall usually be fulfilled by the general courts of lower instances. On the other hand, the possibility that the Constitutional Court in contrast to a general court would not assess the matter as *acte clair* cannot be foreclosed.²⁷

Though the answer to the aforementioned questions seems to be clear but the approach of the Constitutional Courts of the Member States is not uniform and that is why it is suitable to analyse their reasoning before making a final conclusion regarding the position of the Czech Constitutional Court.

3.1 THE POSITIVE APPROACH

The first group consists of the Constitutional Courts that have already made a preliminary reference or declare their readiness to do so.

The first preliminary reference ever made by a Constitutional Court is one made by the Belgian Cour d'arbitrage²⁸ whose preliminary references have become quite frequent.²⁹ The same attitude is adopted by the Austrian Constitutional Court which has already initiated a preliminary ruling for several times and by the Portuguese Constitutional Court declaring its readiness to do so. Making a preliminary reference is deemed as a natural element of own decision-making by the Irish High Court.³⁰ Regarding Constitutional Courts of the new Member States, the Lithuanian one has already referred the matter to Luxembourg.³¹

3.2 THE NEGATIVE APPROACH

The second group is represented by the Constitutional Courts which chose to approach the community law generally in a very self-confident manner. These courts seat in Germany, Italy and Spain.

The Spanish Constitutional Court asserts that its task is to watch over the respect towards the constitutionally guaranteed human rights and not to investigate a possible violation of

²⁷ See Kühn, Z. Rozšíření Evropské unie a vztahy šestadvaceti ústavních systémů. *Právník* 8/2004, p. 748.

²⁸ The Belgian Cour d'arbitrage plays a role of a Constitutional Court.

²⁹ See judgement of 13. 7. 2005, case 124/2005 *Advocaten Voor de Wereld* available at <http://www.arbitrage.be/fr/common/home.html>, see the analysis - Pomahač, R. *Evropský soudní dvůr: Evropský zatýkáací rozkaz a požadavek oboustranné trestnosti. Trestněprávní revue* 6/2007, p. 173 – 175.

³⁰ The High Court together with the Supreme Court can be deemed as Constitutional Courts since they have jurisdiction to decide on constitutional matters. See recent decision 2007/1324, 622, 106, 1620 *Metock and Others*.

³¹ See decision of 8. 5. 2007, case 47/04 available at <http://www.lrkt.lt/dokumentai/2007/d070508.htm>.

community law. The task to safeguard the respect towards the community law belongs to the general courts in cooperation with the Court of Justice. That is why the objection alleging the failure to make a preliminary reference can be used only when community law is applied which is not the case in the proceedings before the Constitutional Court.³² It is clear that the Constitutional Court did not gain insight to the fact that all the national bodies bear the obligation to enforce the respect towards community law. The fact that the frequency and the available instruments of enforcement are different is not decisive and cannot lead to a conclusion that the Constitutional Court is deprived of this duty.

The Italian Constitutional Court had been trying to find its proper way how to tackle the problem. Initially, it felt to be competent to refer to the Court of Justice (despite the fact that it did not make use of this possibility and interpreted the community law autonomously).³³ Four years later, the Constitutional Court denied its declaration and commanded a general court to make a preliminary reference since the Constitutional Court did not regard itself as a court in sense of article 234 par. 3 of the Treaty.³⁴

The attitude of the German Constitutional Courts seems rather obscure. The *Solange I*.³⁵ decision leads to a belief that the Court accounts itself to be a court according to the article 234 par. 3 of the Treaty but afterwards the case law in question has become rather unclear; what is important is the fact that the German Constitutional Court has not made a preliminary reference so far.³⁶

3.3 THE UNCLEAR APPROACH

The Constitutional Courts belonging to this group have not yet expressly profess their opinion but it is possible to estimate that they would not resist the obligation to make a preliminary reference if needed.

The Polish Constitutional Tribunal approaches the possibility to refer the matter in a rather hypothetical manner arguing that the application of the article 234 of the Treaty neither jeopardize its competence nor narrows its jurisdiction. If the Constitutional Tribunal decided to initiate a preliminary ruling, it would do so only in cases where the application of community law is necessary.³⁷ The above mentioned declaration has to be construed in the specific context as a defence against objections alleging that the preliminary ruling impugns

³² See decision of 13. 12. 1993, case 372/1993. It is supposed that the community law does equalize to the constitutional law, its position is in the sphere of infraconstitutional law and therefore it cannot be used as a criterion of the constitutionality in the proceedings before the Constitutional Court. Consequently, all the objections regarding the violation of community law are ignored or minimized by the Constitutional Court (see Burgorgue-Larsen, L. L'application du droit communautaire en Espagne. *Europäisierung durch Recht*, 2005, p. 128).

³³ See decision of 18. 4. 1991, case *Giampaoli*.

³⁴ See decision of 15. 12. 1995, case *Messaggero Servizi Sr.* (See Cartabia, M. The Italian Constitutional Court and the Relationship between the Italian Legal System and the European Union, p. 141. In: Slaughter A. – M., Sweet, A. S., Weiler J. H. H. *The European Courts and National Courts*. Hart Publishing, Oxford 1998, 400 p.)

³⁵ See judgement of 29. 5. 1974, case 2 BvL 52/71 ze dne 29. 5. 1974, abbreviated version available at http://www.utexas.edu/law/academics/centers/transnational/work_new/german/case.php?id=588 [12. 6. 2008].

³⁶ See Kühn, Z. Rozšíření Evropské unie a vztahy šestadvaceti ústavních systémů. *Právník* 8/2004, p. 750 – 751.

³⁷ See judgement of 11. 5. 2005, case K 18/04, par. 18 available at http://www.trybunal.gov.pl/eng/summaries/documents/K_18_04_GB.pdf.

supremacy of the Constitution and degrades the position of the Constitutional Tribunal.³⁸ To sum up, the Constitutional Tribunal did not expressly declare its legal opinion nonetheless it is possible to assume its readiness to refer the matter or at least to conclude that the Constitution does not block to do so.

The Slovak Constitutional Court denied a motion aiming at making a preliminary reference on the interpretation of the national non-discriminatory law implementing a community directive.³⁹ According to the reasoning of the Constitutional Court, the interpretation of a national law cannot be subject to the preliminary ruling regardless of the fact that the law in question was enacted in order to implement a community directive. The aforementioned circumstances allow to make a conclusion that the Slovak Constitutional Court feels to be the court in sense of article 234 of the Treaty, otherwise the explanation why the preliminary ruling was not initiated would be superfluous and the Constitutional Court would directly deny its competence to make a preliminary reference.

3.4 THE APPROACH OF THE CZECH CONSTITUTIONAL COURT

Where to place the Czech Constitutional Court? The scholars treat the Constitutional Court as the court in sense of article 234 of the Treaty and admonish to the referring a matter if necessary.⁴⁰

On the contrary, the Constitutional Court's opinion is not unambiguous that much. The Constitutional Court reserved the right to answer the question in the future and separately in each type of the constitutional review proceedings. Whereas the answer in the abstract review of norms proceedings has been still awaited, the features of a new doctrine are traceable in the constitutional complaint proceedings. The claimant⁴¹ challenged a decision of a general court not excluding a judge for prejudice. He requested a preliminary reference on the question whether the article 6 of the European Convention on Human Rights authorises a general court of a Member State to transfer its competence to the courts of another Member State if the former ones lose ability to decide impartially and independently.

The Constitutional Court did not refer the matter since the Court of Justice has no jurisdiction in such a matter and therefore there is no point in making a preliminary reference. The Constitutional Court added that regarding these circumstances, there was no possibility to refer the matter. This declaration can lead to a conclusion that the Constitutional Court feels to be the a court in sense of article 234 of Treaty. If its opinion were different, the Constitutional Court would not waste time explaining the reasons for the failure to make a preliminary reference and it would promptly reject the request insisting its incompetence to initiate a preliminary ruling.

³⁸ See Banaszkiwicz, B. Ústavní judikatura nového členského státu EU vůči vyzváním evropské integrace: zkušenosti Ústavního tribunálu Polské republiky. *Jurisprudence* 7/2005, p. 11.

³⁹ See resolution PL. ÚS 8/04-196.

⁴⁰ See Kühn, Z. Rozšíření Evropské unie a vztahy šestadvaceti ústavních systémů. *Právník* 8/2004, p. 751. Maršálková, Z. Jak daleko sahá omezení pravomocí orgánů ČR po vstupu do EU ve světle nálezu Ústavního soudu ve věci cukerných kvót? *Právní rozhledy* 15/2006, p. 560. Bobek, M. a kol. *Předběžná otázka v komunitárním právu*. Linde, Praha 2005, p. 221.

⁴¹ See resolution II. ÚS 71/06 available at <http://nalus.usoud.cz>.

A similar reasoning is contained in resolutions I. ÚS 544/04 a II. ÚS 347/07⁴². It is possible to conclude that the claimants are not familiar with the conditions for making a preliminary reference; if they made a qualified motion, the Constitutional Court would not reject their request.

4. CONCLUSION

The Czech Constitutional has not yet pronounced its opinion in a binding judgement. Regarding a violation of the obligation to make a preliminary reference, there is solely a resolution which has no binding character. The same level of uncertainty exists in the matter of the obligation of the Constitutional Court itself to refer the case since there is no relevant judgement except of the Cukerné kvóty judgement where the Constitutional Court reserved the right to express its point of view for a later stage in the future.

Nevertheless, the relevant resolutions which have no binding character indicate a probable direction of the deliberations of the Constitutional Court in the future judgements. Although the Constitutional Court has been hesitating a little with the final statement, all the signs lead to a conclusion its approach will be pro European, i. e. the Constitutional Court will be willing to initiate a preliminary ruling as well as sanction the failure to do so.

Literatura:

- Arnold, R. Evropský soudní dvůr a soudy členských států: vztah spolupráce chráněný zárukou národního ústavního práva týkající se zákonného soudce. *Právní rozhledy* 2001, č. 7, příloha Evropské právo, s. 1 – 6.
- Banaszkiwicz, B. Ústavní judikatura nového členského státu EU vůči vyzváním evropské integrace : zkušenosti Ústavního tribunálu Polské republiky. *Jurisprudence*, 2005, č. 7, s. 3 – 14.
- Bobek, M. Porušení povinnosti zahájit řízení o předběžné otázce podle článku 234 (3) SES. Praha : C. H. Beck, 2004, 197 s.
- Bobek, M. a kol. Předběžná otázka v komunitárním právu. Praha : Linde, 2005, 517 s.
- Burgorgue-Larsen, L. L'application du droit communautaire en Espagne. *Europäisierung durch Recht*, 2005, s. 121 – 134.
- Burgorgue-Larsen, L. La déclaration du 13 décembre 2004 (DTC n° 1/2004): Un Solange II à l'espagnole. *Les cahiers du Conseil constitutionnel*, 2005, č. 18, s. 154 – 161.
- Cartabia, M. The Italian Constitutional Court and the Relationship between the Italian Legal System and the European Union. In Slaughter A. – M., Sweet, A. S., Weiler J. H. H. *The European Courts and National Courts*. Oxford : Hart Publishing, 1998, s. 141.
- Kühn, Z. Rozšíření Evropské unie a vztahy šestadvaceti ústavních systémů. *Právník*, 2004, č. 8, s. 745 – 786.

⁴² Available at <http://nalus.usoud.cz>.

- Maršálková, Z. Jak daleko sahá omezení pravomocí orgánů ČR po vstupu do EU ve světle nálezu Ústavního soudu ve věci cukerných kvót? Právní rozhledy, 2006, č. 15, s. 539 – 561.
- Mazák, J. Príspevok Ústavného súdu Slovenskej republiky pri uplatňovaní práv a plnení povinností na komunitárnej úrovni. Jurisprudence, 2005, č. 6, s. 11 – 14.
- Pomahač, R. Evropský soudní dvůr: Evropský zatýkací rozkaz a požadavek oboustranné trestnosti. Trestněprávní revue, 2007, č. 6, s. 173 -175.

Kontaktní údaje na autora – email:

markyzza@email.cz

FREEDOM OF ESTABLISHMENT AFTER CARTESIO

PETRA NOVOTNÁ

Právnická fakulta Masarykovy univerzity, Česká republika

Abstrakt v rodném jazyce

Příspěvek analyzuje stanovisko generálního advokáta ve věci Cartesio. Zabývá se zejména případnými důsledky rozhodnutí na možnost přesunu skutečného sídla obchodní společnosti ze státu, který určuje osobní statut společnosti na základě teorie skutečného sídla. Stanovisko je hodnoceno ve světle existující judikatury ESD ke svobodě usazování obchodních společností, zejména s ohledem na problematiku otázky přesunu daňového sídla a principu zákazu zneužití komunitárního práva.

Klíčová slova v rodném jazyce

Cartesio, svoboda usazování, ESD, zapsané sídlo, teorie skutečného sídla, inkorporační teorie.

Abstract

The article analyzes the opinion of Advocate General in Cartesio case. It focuses on possible impacts of the ECJ's decision in relation to the transfer of real seat of a company from the real seat theory country. The opinion is analyzed in the light of the existing case law of the ECJ on freedom of establishment of companies with emphasis on issues related to transfer of tax domicile and prohibition of abuse of EC law.

Key words

Cartesio, freedom of establishment, ECJ, registered seat, real seat theory, incorporation theory.

1. INTRODUCTION

Once again, European Court of Justice (hereinafter, the ECJ) is going to issue a long awaited decision on freedom of establishment of companies which is supposed to change and move forward the status quo and to have possible implications on member states' private international law rules. In May 2008 advocate general Maduro delivered his opinion in the Cartesio case.¹ The purpose of this article is to analyze Maduro's opinion and outline its supposed impact, legal consequences and problematic issues.

Cartesio is a Hungarian limited partnership which has two partners having Hungarian nationality and residing in Hungary. The partners decided to move the operational headquarters of Cartesio to Italy which was refused by the commercial court. The court held that under Hungarian law it is not possible to transfer the operational headquarters to another member state while retaining the legal status of a company governed by Hungarian law.² In

¹ Opinion of advocate general Maduro delivered on 22 May 2008 in Cartesio, C-210/06, nyr, (hereinafter, Cartesio).

² Cartesio, paras. 2 - 3.

other words³ “*Cartesio would first have to be dissolved in Hungary and then reconstituted under Italian law.*”⁴

In following proceedings the Court of Appeal referred to the ECJ among others these questions:

(a) If a company, constituted in Hungary under Hungarian company law and entered in the Hungarian commercial register, wishes to transfer its seat to another Member State of the European Union, is the regulation of this field within the scope of Community law or, in the absence of the harmonisation of laws, is national law exclusively applicable?

(b) May a Hungarian company request transfer of its seat to another Member State of the European Union relying directly on community law (Articles 43 [EC] and 48 [EC])? If the answer is affirmative, may the transfer of the seat be made subject to any kind of condition or authorisation by the Member State of origin or the host Member State?

(c) May Articles 43 [EC] and 48 [EC] be interpreted as meaning that national rules or national practices which differentiate between commercial companies with respect to the exercise of their rights, according to the Member State in which their seat is situated, is incompatible with Community law?

May Articles 43 [EC] and 48 [EC] be interpreted as meaning that, in accordance with those articles, national rules or practices which prevent a Hungarian company from transferring its seat to another Member State of the European Union, are incompatible with Community law?⁵

Based on the facts of the case, Hungary appears to be a real seat theory country.⁶ Personal statute of a company is therefore determined by the laws of a country in which it has its real seat. Real seat usually corresponds to the place where the company has its central administration (resp. head office) and main activity. States of real seat and registered seat may hypothetically differ but under Hungarian law this is not possible.⁷

In his opinion the advocate general analyses whether the present case falls under the scope of articles 43 and 48 of the EC Treaty⁸ (hereinafter, the ECT), whether the national measures constitute restrictions to freedom of establishment and whether such restrictions can be justified.

³ Cartesio, para. 3.

⁴ Cartesio, para. 3.

⁵ Cartesio, para. 8.

⁶ Cartesio, para. 23.

⁷ Cartesio, paras. 22 – 23.

⁸ Article 43 bans the member states from limiting the freedom of establishment, setting up an agency, branch or subsidiary of one member state in the territory of another member state. Freedom of establishment includes the right to set up businesses and especially companies. Under conditions of article 48 companies have to be formed in accordance with the law of a Member State and having their registered office, central administration or principal place of business within the Community.

2. CARTESIO AND THE SCOPE OF ARTICLES 43 AND 48 OF THE ECT

It has been previously held by the ECJ that articles 43 and 48 of the ECT have direct effect.⁹ Only a purely national situation is excluded from the scope of articles 43 and 48.¹⁰ Article 293 of the ECT no longer represents the sole basis for recognition of companies either.¹¹

National measures that prevent companies from moving their registered or real seat to another member state limit in fact their freedom of establishment guaranteed by articles 43 and 48 of the ECT. Such measures may effectively discourage companies from moving abroad, thus making the exercise of the freedom of establishment less attractive.¹² Also, the measures have to be regarded as discriminatory because they treat purely national situations (i. e. transfer of seat within a member state) more favorably than cross-border situations.¹³ Consequently, such national measures constitute a restriction to freedom of establishment.¹⁴

Had Cartesio wished to move its seat within Hungary, it would have had to fulfill only formal conditions for entry into register of commerce. However, in case of cross-border transfer of its seat Hungarian law imposes a dissolution which implies a long and expensive procedure.¹⁵ Maduro thus concludes that such differential treatment is discriminatory and represents a restriction to freedom of establishment.¹⁶

Cartesio case is also very interesting because it deals with a pure “exit restriction” situation and primary establishment (i. e. situation where company moves its registered office, central administration or principal place of business abroad) for the first time after the decision in Daily Mail in 1988.

In Daily Mail ECJ refused to recognize any right under EC law to a company of transfer of its seat (central administration) abroad if its home state restricts such transfer.¹⁷ However, in all the later cases which concerned secondary establishment (i. e. situation where company sets

⁹ *Überseering BV v. Nordic Construction Company Baumanagement GmbH (NCC)*, C-208/00, [2000] ECR p. I-9919, para. 93 (hereinafter, *Überseering*); *SEVIC Systems AG*, C- 411/03, [2005] ECR p. I-10805, para. 18.

¹⁰ In such cases the member states may exercise a so called “reversed discrimination” and treat their own nationals less favorably than nationals of other member states. See Ringe, W. G., *No Freedom of Emigration for Companies?* 16 EBLR (2005) p. 633.

¹¹ *Überseering*, para. 55. See also Ringe, W. G., *No Freedom of Emigration for Companies?* 16 EBLR (2005) 633; Vaccaro, E., *Transfer of Seat and Freedom of Establishment in European Company law*, 16 EBLR (2005) 1352.

¹² *Deutsche Shell GmbH v Finanzamt für Großunternehmen in Hamburg*, C-293/06, para. 28 (nyr).

¹³ *Cartesio*, para. 25.

¹⁴ *Caixa Bank France*, C-442/02, [2004] ECR I-08961, para. 11 ; Opinion of the Advocate General in *SEVIC Systems AG*, C- 411/03, [2005] ECR p. I-10805, para. 44 (hereinafter, *SEVIC*); Opinion of the Advocate General Mischo in *Hughes de Lasteyrie du Saillant v Ministère de l'Économie, des Finances et de l'Industrie*, C-9/02, [2004] ECR I-2409, para. 26 (hereinafter, *de Lasteyrie du Saillant*).

¹⁵ *Cartesio*, para. 31 ; see also Commission Staff Working Document, *Impact assessment on the Directive on the cross-border transfer of registered office*, SEC(2007) 1707, p. 38 ; Bernardeau, L., *Droit communautaire d'établissement et transfert du siège des sociétés*, *Gazette du Palais, Recueil, Juillet-Aout 2003*, p. 2102.

¹⁶ *Cartesio*, para. 25.

¹⁷ *The Queen c/ H. M. Treasury and Commissioners of Inland Revenue, ex parte Daily Mail and General Trust plc*, *Affaire 81/87*, [1988] ECR 05483, para. 24 (hereinafter, *Daily Mail*).

up a branch, subsidiary or similar abroad) ECJ changed its approach and recognized this right. Maduro also points out that efforts to distinguish rights to primary and secondary establishment have never been “*entirely convincing*”¹⁸. This conclusion may be supported by the fact that although the cases Centros and Überseering were legally treated as situations of secondary establishment, they were in fact transfers or real seats (central administrations) and therefore “disguised” primary establishment situations.

Similarly, there should be no difference between restrictions upon exit and upon entry. Case law on freedom of establishment recognizes both¹⁹ even though the majority of cases deals with the restrictions upon entry imposed by the host member state.²⁰ Daily Mail ruling does not, according to Maduro, correspond any longer to the current state of EC law. He supports this argument by citing ECJ’s well-known cases on freedom of establishment.²¹ Additionally, there has also been a progressive harmonization of European company law, notably in the field of cross-border mergers and supra-national companies.²² It can be moreover argued that all four freedoms are two-folded²³ and, effectively, in order for a company or a national of a member state to enjoy a freedom of establishment in a host member state, it is necessary that the home member state could not prevent its companies or nationals from leaving.²⁴ Therefore there is no justification for distinguishing between exit and entry restrictions.²⁵

3. JUSTIFICATION OF RESTRICTIONS TO FREEDOM OF ESTABLISHMENT

As long as a national measure is considered a restriction incompatible with EC law, it can only be justified on limited grounds. Case law based justifications may be those of a general

¹⁸ Cartesio, para. 28.

¹⁹ Daily Mail, para. 16 ; Imperial Chemical Industries plc (ICI) v Kenneth Hall Colmer (Her Majesty's Inspector of Taxes), C-264/96, [1998] ECR I-04695, para. 21; de Lasteyrie du Saillant, para. 42 ; SEVIC, paras. 23 and 24 ; Marks & Spencer plc v David Halsey (Her Majesty's Inspector of Taxes), C-446/03, [2005] ECR I-10837, para. 31; see also Mucciarelli, F. M., Companies’ Emigration and EC Freedom of Establishment. p. 25 available at : http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1078407 [26. 10. 2008].

²⁰ Cartesio, para. 28.

²¹ Daily Mail, para. 25. Cartesio, para. 27 ; opinion of the Advocate General Ruiz-Jarabo Colomer in Überseering, paras. 28 to 30.

²² Directive 2005/56/EC of the European Parliament and of the Council of 26 October 2005 on cross-border mergers of limited liability companies. Council Regulation (EC) No 2157/2001 of 8 October 2001 on the Statute for a European company (SE).

²³ For free movement of goods see articles 28 and 29 of the ECT ; for free movement of services, article 49 ECT and Alpine Investments BV v Minister van Financiën, C-384/93, [1995] ECR I-1141 ; for free movement of workers Ingetraut Scholz v Opera Universitaria di Cagliari and Cinzia Porcedda, C-419/92, [1994] I-505 and IKA, C-443/93, [1994] ECR I-04033. See also Ringe, W. G., No Freedom of Emigration for Companies? 16 EBLR (2005) 633, 635-640.

²⁴ Ringe, W. G., No Freedom of Emigration for Companies? 16 EBLR (2005) 633, 624 and 632.

²⁵ See similarly: Mucciarelli F. M., « Companies’ Emigration and EC Freedom of Establishment », p. 25, available at: <http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1078407> [26. 10. 2008]; Garcia-Riestra, M., The Transfer of Seat of the European Company v. Free Establishment Case-law, 2004 EBLR p. 1297, Case C-167/01, Kamer van Koophandel voor Amsterdam v. Inspire Art Ltd, judgement of 30 September 2003, (2004) 41 CMLR, p. 1139.

public interest, such as the prevention of abuse or fraudulent conduct, or protection of the interests of creditors, minority shareholders, employees or the tax authorities.²⁶

The concept of abuse of right has also developed in ECJ's case law. In *Centros* and *Inspire Art* the ECJ ruled that the companies did not abuse EC law despite the fact that they obviously took advantage of the less stringent company law provisions of another member state over their home state rules. It could not be per se regarded as an abuse.²⁷ However, in later tax cases, ECJ "*significantly qualified*"²⁸ the concept of abuse of rights. It held in *Halifax* case that „*it must also be apparent from a number of objective factors that the essential aim of the transactions concerned is to obtain a tax advantage...the prohibition of abuse is not relevant where the economic activity carried out may have some explanation other than the mere attainment of tax advantages.*"²⁹ EC law prohibits only "*wholly artificial agreements which do not reflect economic reality and which are aimed at circumventing national legislation*"³⁰ Since *Cartesio* actually seeks to pursue "*economic activity through a fixed establishment in another member state for an indefinite period*"³¹ such a transfer cannot be regarded as abuse of EC law.

Nevertheless, it is still possible to explain this change in the ECJ's reasoning on the facts of the cases. In *Centros* and *Inspire Art* companies simply exercised their right under EC law which allowed them to benefit from more favorable legislation in another member state. Both of the cases dealt with the situation of restrictions upon entry imposed by a host member state and both companies moved out (by setting up a branch) from an incorporation theory home state. Under incorporation theory a registered office of a company may in fact be a simple letter box while all the company's activity is exercised via a branch established in another state. Under real seat theory however, transfer of company's center of gravity out of the country (even if just by setting up a branch) implies the change of applicable law.

Similarly, all the later cases implied transfer of a tax domicile. Since tax law is an area remaining in the competence of member states,³² ECJ's decisions suggests a more restrictive approach when reconciling the freedom of establishment and member states' tax authority over the subjects established in their territory. Consequently, in case of transfer of tax domicile, member states are allowed to impose restrictions upon exit justified for example on the grounds of fiscal cohesion or preventing tax avoidance.³³ Such measures however, cannot go beyond what is necessary in order to attain the objective pursued.³⁴

²⁶ *Cartesio*, para. 32.

²⁷ *Cartesio*, para. 29.

²⁸ *Cartesio*, para. 29.

²⁹ *Halifax plc, Leeds Permanent Development Services Ltd and County Wide Property Investments Ltd v Commissioners of Customs & Excise*, C-255/02, [2006] ECR I-01609, para. 75.

³⁰ *Cadbury Schweppes plc and Cadbury Schweppes Overseas Ltd v Commissioners of Inland Revenue*, C-196/04, [2006] ECR I-7995, para. 55.

³¹ *Cartesio*, para. 25.

³² *Joined Cases C-397/98 and C-410/98 Metallgesellschaft and Others* [2001] ECR I-1727, para. 37.

³³ *Marks & Spencer plc v David Halsey (Her Majesty's Inspector of Taxes)*, C-446/03, [2005] ECR I-10837, para. 43.

³⁴ For examples of national measures that were justified but went beyond what is necessary see e.g.: *N v Inspecteur van de Belastingdienst Oost/kantoor Almelo*, C-470/04, [2006] ECR I-07409, para. 54 and opinion of

Despite being free to determine nationality of its companies, member states cannot have and absolute freedom over the “life and death” of a company without taking into account EC law and freedom of establishment.³⁵ Requiring dissolution of a company is an “outright negation of the freedom of establishment” especially where the member state did not present any justifications necessary for reasons of public interest.³⁶ However, member states may still impose conditions for the transfer. Maduro concludes that a loss of nationality (i. e. change of personal statute) may be consequence and justified requirement in case where member state can no longer exercise effective control over the company.³⁷ The limits may also be specified by secondary EC law.³⁸ It seems that Maduro opts for a reasonable decision. ECJ restricts itself from encroaching drastically upon member states’ freedom to choose incorporation or real seat theory. It is therefore legitimate for the real seat theory states to require change of company’s nationality where such company decides to move its real seat out of the country. It cannot however impose dissolution, this being a disproportionate burden and restriction upon exit.

The problems in this case is that Cartesio’s “operational headquarters” happens to be both its registered office and real seat. One might argue that there is a space for discussion concerning the transfer of the registered seat (which is not the operational headquarters) out of the real seat country into the incorporation theory states. Such a scenario is nevertheless quite a hypothetical one given the requirement of exercise of stable and genuine economic activity which cannot amount to exercise of real seat functions based on the content given to the concept by particular national law. Transfer of registered office out of the incorporation theory states is currently possible only via conversion into a European Company, European Cooperative Society or a via cross-border merger.³⁹ Nevertheless, the possibility of primary establishment by means of cross-border merger supports the opinion that requirement of dissolution upon leaving the country constitutes a disproportionate restriction to freedom of establishment.

4. CONCLUSION

Decision in Cartesio case will hopefully brings further clarification of the scope of freedom of establishment in real seat country scenario. It is argued that a complete negation of the right to free establishment is prohibited under EC law. However, where such a transfer entails a change of applicable law under the law of home member state, the latter may effectively deprive its companies of nationality, especially in cases where such state can no longer exercise control over those companies. Even though Cartesio brings new developments, the project of the directive on transfer of registered seat should not be abandoned despite presenting a politically sensitive issue.

Advocate General Mischo in *Hughes de Lasteyrie du Saillant v Ministère de l'Économie, des Finances et de l'Industrie*, C-9/02, [2004] ECR I-2409, para. 64.

³⁵ Cartesio, para. 31.

³⁶ Cartesio, para. 34.

³⁷ Cartesio, para. 33.

³⁸ Cartesio, para. 33 referring to regulation on the statute of European Company no. 2157/2001.

³⁹ Commission Staff Working Document, Impact assessment on the Directive on the cross-border transfer of registered office, SEC(2007) 1707, p. 7. Interestingly, American companies are allowed to move their registered offices between the U.S. states only via cross-border mergers. *Id.* 24.

Literatura:

- Bernardeau, L., Droit communautaire d'établissement et transfert du siège des sociétés, Gazette du Palais, Recueil, Juillet-Aout 2003, p. 2102.
- Case C-167/01, Kamer van Koophandel voor Amsterdam v. Inspire Art Ltd, judgement of 30 September 2003, (2004) 41 CMLR 1139.
- Garcia-Riestra, M.: The Transfer of Seat of the European Company v. Free Establishment Case-law, 2004 EBLR 1297
- Mucciarelli, F. M.: Companies' Emigration and EC Freedom of Establishment available at : http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1078407
- Ringe, W. G.: No Freedom of Emigration for Companies? 16 EBLR (2005) 633.
- Vaccaro, E.: Transfer of Seat and Freedom of Establishment in European Company law, 16 EBLR (2005) 1352.

ECJ Case Law

- The Queen c/ H. M. Treasury and Commissioners of Inland Revenue, ex parte Daily Mail and General Trust plc, Affaire 81/87, [1988] ECR 05483
- Imperial Chemical Industries plc (ICI) v Kenneth Hall Colmer (Her Majesty's Inspector of Taxes), C-264/96, [1998] ECR I-04695
- Marks & Spencer plc v David Halsey (Her Majesty's Inspector of Taxes), C-446/03, [2005] ECR I-10837
- Überseering BV v. Nordic Construction Company Baumanagement GmbH (NCC), C-208/00, [2000] ECR p. I-9919
- SEVIC Systems AG, C- 411/03, [2005] ECR I-10805
- Deutsche Shell GmbH v Finanzamt für Großunternehmen in Hamburg, C-293/06, para. 28 (nyr).
- Caixa Bank France, C-442/02, [2004] ECR I-08961
- Alpine Investments BV v Minister van Financiën, C-384/93, [1995] ECR I-1141
- Ingetraut Scholz v Opera Universitaria di Cagliari and Cinzia Porcedda, C-419/92, [1994] I-505
- IKA, C-443/93, [1994] ECR I-04033
- Halifax plc, Leeds Permanent Development Services Ltd and County Wide Property Investments Ltd v Commissioners of Customs & Excise, C-255/02, [2006] ECR I-01609
- Cadbury Schweppes plc and Cadbury Schweppes Overseas Ltd v Commissioners of Inland Revenue, C-196/04, [2006] ECR I-7995
- Joined Cases C-397/98 and C-410/98 Metallgesellschaft and Others [2001] ECR I-1727

- N v Inspecteur van de Belastingdienst Oost/kantoor Almelo, C-470/04, [2006] ECR I-07409

Opinions

- Opinion of the Advocate General in SEVIC Systems AG, C- 411/03, [2005] ECR I-10805
- Opinion of advocate general Maduro delivered on 22 May 2008 in Cartesio, C-210/06, nyr
- Opinion of the Advocate General Mischo in Hughes de Lasteyrie du Saillant v Ministère de l'Économie, des Finances et de l'Industrie, C-9/02, [2004] ECR I-2409

Other

- Commission Staff Working Document, Impact assessment on the Directive on the cross-border transfer of registered office, SEC(2007) 1707
- Council Regulation (EC) No 2157/2001 of 8 October 2001 on the Statute for a European company (SE).
- Directive 2005/56/EC of the European Parliament and of the Council of 26 October 2005 on cross-border mergers of limited liability companies.

Kontaktní údaje na autora – email:

petra.novotna@law.muni.cz

PROCEDURAL EFFICIENCY VIS-À-VIS CONFLICTUAL JUSTICE

ZDENĚK NOVÝ

Právnická fakulta Masarykovy univerzity, Česká republika

Abstrakt v rodném jazyce

Příspěvek se zabývá vlivem praxe soudů na aplikaci cizího práva na základě kolizních norem. Příspěvek dále upozorňuje, že soudy některých států se snaží vyhnout aplikaci kolizních norem, tedy i cizího práva. Teoretické odůvodnění těchto snah pak představují tzv. teorie ekvivalence a tzv. anti-choice přístup. Teorie ekvivalence spočívá v tom, že soud nemusí aplikovat kolizní normu a jí určené cizí právo, pokud všechny potenciálně použitelná práva dávají na spornou otázku identickou odpověď. Anti-choice také vychází z identity potenciálně právních řádů, ale na rozdíl od teorie ekvivalence je založena na jejich paralelní aplikaci.

Klíčová slova v rodném jazyce

Anti-choice přístup, aplikace práva, Cour de cassation, Hoge Raad, kolizní právo, kolizní spravedlnost, mezinárodní právo soukromé, non-conflict, občanské právo procesní, procesní efektivita, procesní spravedlnost.

Abstract

The paper draws an attention to tension between procedural justice and application of foreign law via conflict-of-law rules. The paper further demonstrates that some national courts try to avoid application of foreign law. The attention is dedicated to two theories which provide justification for non-application of foreign law: theory of equivalence and so called anti-choice rule. These theories enable judges to disregard conflict rule when the substantive results of potentially applicable laws are identical. Whilst theory of equivalence leads to application of one of applicable laws, anti-choice means parallel application of all of them.

Key words

Anti-choice approach, application of foreign law, civil procedure, Cour de cassation, Hoge Raad, conflict rule, conflictual justice, non-conflict, private international law, procedural efficiency, procedural justice.

1. INTRODUCTION

The justice has had many faces. It is also submitted that the understanding of justice differs from one field of law to another. This paper deals with private international law. Therefore, the point of departure will be that of conflictual justice.¹ However, it should be born in mind that private international law does not function in vacuum. There has been a substantial impact of law of civil procedure and also substantive law on private international law. And these fields of law also have their understanding of justice. Furthermore, what is perceived to be just from the viewpoint of procedural or substantive law does not have to correspond with

¹ Cf T M De Boer, *Facultative Choice of Law* (1996) 257 Recueil des Cours de l'Académie de Droit International 223-428, 291 et seq; P Picone, *Les Méthodes de Coordination Entre Ordres Juridiques En Droit International Privé* (1999) 276 Recueil De Cours de l'Académie de Droit International 9-296, 76 et seq.

the conflictual justice.² Thus, it is not excluded that there may be a tension between private international law, procedural justice and substantive law justice.

The point where one can find possible tension among the understandings of justice in mentioned fields seems to be application of foreign law.³ The foreign law is applied by judges on the basis of rules of civil procedure. Hence, the aspect of procedural justice is present. Moreover, the foreign law is applied via conflict-of-law rules. Thus, the conflictual justice comes into play. The foreign law designated on the basis of conflict-of-law rule is, let aside the problem of *renvoi*, substantive law. Then it is suggested that substantive law justice has also its place in the process of application of foreign law. In this connection, it should be emphasised that the majority of European legal orders provides for the *ex officio* application of foreign law, thus the parties are not expected to require application of foreign law.⁴ Court has also a duty to ascertain the content of foreign law.⁵

2. THE CONFLICTUAL JUSTICE

I do not intend to deal with the problem of the relationship between procedural rules of national law and their effectiveness and conflictual justice in its entirety, which would be sufficient for dissertation thesis. I concentrate rather on the efforts of national courts in some European countries to avoid the application of conflict-of-laws rules thus foreign law. The reason behind this is the desire of the courts to maintain procedural effectiveness.

First of all, I am to present traditional view on conflictual justice.⁶ Assuming that conflictual justice has to do with the purpose of the conflict-of-laws rules, we can find its tenets. First, in order to employ conflict rules, there must be social relationship with connection to more than one potentially applicable legal orders. Difference between legal orders is a prerequisite for functioning of private international law. By the samet oken, there being the single and universal applicable law to all social relationships with foreign element (like *lex mercatoria*), there is no need for conflict rules.⁷ Another premise is that there is equality between legal orders and any legal order cannot be discriminated in its application.⁸ Therefore, the ideal conflict rule is bilateral. The desirable outcome is then the uniformity of results.

Therefore, the conflictual justice, in its traditional form, has meant the allocation of multistate legal relationship via conflict rule into its center of gravity. Hence, the traditional conflictual justice means, in essence, correct technique of choice of law. Consequently, the application of

² Cf T M De Boer, op. cit. sub 1, 290 et seq.

³ Cf Hausmann, 'Pleading and Proof of Foreign Law – a Comparative Analysis' (2008) The European Legal Forum, no. 1, I-1; De Boer, l.c.

⁴ Cf R Hausmann, ibid., no. 1, I-1-I-60. In similar vein Naděžda Rozehnalová, Vladimír Týč, *Evropský justiční prostor v civilních otázkách* [The European Judicial Area in Civil Matters] (Masarykova univerzita Brno, 2003) 31.

⁵ On this issue cf R Hausmann, op. cit. sub 3.

⁶ The traditional view has its roots in Savigny's theory. Cf M Jänterä-Jareborg, *Foreign Law in National Courts A Comparative Perspective* (2003) 304 Recueil De Cours de l'Académie de Droit, 206 et seq.

⁷ T M De Boer, op. cit. sub 1, 276.

⁸ Cf M Pauknerová, *Evropské mezinárodní právo soukromé* [European Private International Law] (C.H. BECK, Prague 2008) 71, marg. number 96.

„correct“ foreign law should follow. Thus, the substantive law outcome of the allocation is of no or limited importance.

3. SUBSTANTIVE JUSTICE AND PROCEDURAL JUSTICE

The substantive justice focuses on just result of the application of law, whereas conflictual justice is perfectly satisfied with just allocation. Therefore, from the viewpoint of substantive justice the outcome, not method is important.⁹

Procedural law embodies different values than private international law. Procedural justice puts more emphasis on procedure itself and the just and reasonably quick decision.¹⁰ What is more, the swiftness of the process must be particularly accentuated in the light of art. 6(1) of the European Convention on Human Rights.¹¹ So the procedural efficiency equals, to certain extent, to procedural justice. By the same token, if the procedure is not efficient, we can hardly speak about procedural justice. The decision should be also foreseeable for the parties thus assuring legal certainty. Last but not least, court ought not to increase the costs of the parties without a good reason.¹²

In sum, these were the essential characteristics of procedural justice. It is submitted that mentioned aspects of procedural justice may be diminished by the application of conflict-of-laws rule for various reasons which are summarize in the following chapter. This collision between procedural efficiency and conflict-of-laws justice is particularly visible in the application of foreign law. Therefore, let's have a look at the application of foreign law.

4. THE PROBLEM WITH APPLICATION OF FOREIGN LAW

The problem with application of foreign law is basically twofold.¹³ First of all, the judges are not accustomed to apply foreign law, since its application forms only minor number of cases they deal with. Moreover, they have to cope with the application of conflict rules, which may seem to judges “*like skeet shooting with a bow and arrow: a direct hit is likely to be a rarity, if not pure luck.*”¹⁴ And it is really possible to imagine fear in the judge's eyes when hearing magic words as secondary classification, preliminary question or *renvoi* which are almost notorious among private international lawyers, but for the other people even lawyers who are not specialised in the field are hardly understandable.

- Thus, judges firstly have to correctly apply conflict rule and thereafter find the applicable substantive law. Then second problem arises – how to apply foreign law? Moreover,

⁹ T M De Boer, *ibid.*, 293 et seq.

¹⁰ Cf M Cappelletti, *The Judicial Process in Comparative Perspective* (Clarendon Press, Oxford 1989) 243 et seq.

¹¹ M Cappelletti, *ibid.*, 244; Clare Ovey, Robin White, *The European Convention on Human Rights* (4th ed. OUP, Oxford 2006) 187-188; cf also art. 7.1 of the ALI/UNIDROIT Principles of Transnational Civil Procedure. Available at: <http://www.unidroit.org/english/principles/civilprocedure/main.htm> accessed 10 November 2008

¹² M Cappelletti, *op. cit.* sub 10, 240 et seq.

¹³ There is a wealth of literature on this issue. Cf *inter alia* I Zajtay, *The Application of Foreign Law*. International Encyclopedia of Comparative Law. Volume III. Chapter 14 (J.C.B Mohr, Tübingen 1972) 3-45; S Geeroms, *Foreign Law in Civil Litigation* (OUP, Oxford 2004); R Fentiman, *Foreign Law in English Courts: Pleading, Proof and Choice of Law* (OUP, Oxford 1998).

¹⁴T M De Boer, *op. cit.* sub 1, pp. 322-323 (citing words of American justice Butler).

judges are required in majority of legal systems to apply foreign law on their own motion.¹⁵ Therefore, they cannot refuse to decide the case, because they are not able find or apply foreign law. This would amount to denial of justice.

- It should not to be lost from our sight that judges have usually studied and has been grown up in their country and were strongly influenced by their legal system. Notwithstanding the long lasting practice in his or her own legal system, “*judge is rather novice than veteran*” in the application of foreign law as was rightly pointed out by Axel Flessner.¹⁶
- There are many problems connected with application of foreign law. In essence, we can find following problems:
 - Impossibility to find correct legal source of applicable law (e.g. Nepalese law),
 - Language problems (“exotic languages” and so called false friends),
 - The application of legal institutions and concepts unknown to judge and his or her legal system,
 - Errors in the interpretation of foreign law (e.g. the interpretation of foreign case law).¹⁷

This all problems may and often will result into two undesirable outcomes. First, there will be considerable delays in the proceedings. Second, the applicable law will be applied wrongly. Since aforementioned problems are willy-nilly present in the application of foreign law, one may then ask what has been the reaction of the courts? Generally speaking, the courts try to avoid application of foreign law via conflict rules as far as possible. In the following text, I deal with some of their efforts to do so.

5. THEORY OF EQUIVALENCE

Theory of equivalence has had its roots in the judicial practice of French courts.¹⁸ There being a dispute with international element, French courts are under an obligation to apply conflict rules hence foreign law in case the matter is governed by international convention or EC Regulations.¹⁹ French courts are also obliged to apply conflict rules in disputes concerning the right the parties may not dispose with.²⁰ Contrary to this, French courts are under no obligation to apply conflict rules when the parties can dispose with their rights.²¹

¹⁵ Cf comparative overview provided by R Hausmann, op. cit. sub 3, passim.

¹⁶ Axel Flessner cited by T M De Boer, op. cit. sub 1, 318.

¹⁷ T M De Boer, op. cit. sub 1, 304 et seq.

¹⁸ However, this theory is not brand-new invention. Cf S Billarant, ‘*The French Diptych on Foreign Law: An Analysis Through Its Most Recent Retouching*’ in P. Šarčević and Paul Volken (eds), *Yearbook of Private International Law*, vol. 8 (Sellier. European Law Publishers, München 2007), 216 et seq.

¹⁹ R Hausmann, op. cit. sub 3, I-5.

²⁰ R Hausmann, *ibid.*; S Billarant, op. cit. sub 10, 215.

²¹ R Hausmann, op.cit., I-4 et seq; S Billarant, op.cit. sub 10, 215.

The parties may usually dispose with their patrimonial rights (especially contracts and torts).²² Thus, if the dispute concerns the right parties may dispose with, French courts do not have to apply conflict rule *ipso facto* foreign law. Therefore, theory of equivalence may be used only in disputes concerning rights parties may dispose with, since otherwise the French courts is obliged to apply French conflict rule.

Theory of equivalence, in a nutshell, means that the identity of results reached by the application of law applied and law which would conflict rule designated as applicable justifies the decision based on the application of the other law than that designated by conflict rule.²³ For instance, if the concrete solutions resulting from the application of French and German law are identical, the judge need not apply the law applicable on the basis of conflict rule (e.g. German law), but may apply in its place another law (e.g. French law).

At first blush, the theory of equivalence may seem to operate discriminately in favour of *lex fori*. Yet, on closer inspection we can find that this theory enables the court to apply either *lex fori* or *lex causae*.²⁴ Thus, it does not discriminate any of the legal orders. Albeit, one may expect that *lex fori* would often be applied.

5.1 CRITICAL VIEW ON THE THEORY OF EQUIVALENCE

As every theory, the theory of equivalence has had its weak points. Particularly important question is: what does it mean „the identical result“? Is it an „abstract identity“ thus identity in principles applicable in the case (e.g. *favor contractus*) or rather „concrete“ identity, i.e. identity of concrete legal rules (e.g. art. 1150 *Code Civil* and 1225 *Codice Civile*, both limiting damages by foreseeability criterion). One may also wonder whether the judge should compare the case law of legal orders or to what extent he or she should do so. Anyway, it is obvious, that the theory of equivalence requires judges to undertake comparative research in the legal orders they have had limited knowledge of. And this may really be a perilous exercise. It also entails uncertainty for the parties concerning too much room for manoeuvre given to a judges when choosing what and how compare.²⁵

What is more, what should judge do if he or she is not able to find the solution for concrete situation? For example, assume that a French company claims damages from German company before French court. The German company raises an objection of prescription. French law provides for prescription in four years and German law lays down the period of prescription of three years. If French judge should use the theory of equivalence, how can he or she cope with the problem of whether the claim for damages is prescribed or not? Would not it be better to apply conflict rule and then e.g. only German law?

It is also worth mentioning that *Cour de cassation* will uphold the decision of a lower court, even if it applied the wrong law when the concrete substantive law result is the same for the party applying for cassation.²⁶ However, *Cour de cassation* requires lower court to find

²² R Hausmann, op.cit. sub 3, I-5.

²³ S Billarant, op. cit. sub 18, 215.

²⁴ S Billarant, op. cit. sub 18, 219.

²⁵ H Gaudemet-Tallon (2005) 312 ‘*Le pluralisme en droit international privé: richesses et faiblesses (le funambule et l’arc-en-ciel)*’ Recueil De Cours de l’Académie de Droit International 9-488, 76 et seq

²⁶ S Billarant, op. cit. sub 18, 219-220.

concrete approach to equivalence.²⁷ Therefore, lower courts must look into foreign law very carefully and find not only principles, but concrete solution to the concrete facts of the case.

When considering the theory of equivalence, it should be born in mind that it is not a theory in strict sense, but rather a practical solution to problems arising in judicial process. One of the main aims of the judicial process is procedural efficiency or economy.²⁸

It is also understandable that neither parties nor judge want the conflict rule hence foreign law to be applied if it is clear that there is common substantive solution in all potentially applicable laws. For instance, certain rules of French and Belgian civil law are identical. Thus, the result of a dispute, i.e. if one party loses and the other wins is clear and does not depend on application of conflict rule therefore foreign law.

Theory of equivalence could even lead to settlement of a dispute and it also does not leave an opportunity to dishonest parties to prolong the judicial proceedings by claiming objections regarding conflict-of-law hence foreign law applicable on their basis.

However, in my view judge should inform the parties about his or her intention not to apply conflict rule *ipso facto* foreign law, because he or she has looked into all potentially applicable laws and find the single possible solution. The parties to a dispute ought to have an opportunity to express their statement on this question.

6. ANTI-CHOICE APPROACH

The question of anti-choice rule had arisen during the late 60's in the practice of Dutch courts.²⁹ Theoretical description and analysis of the phenomenon was then provided by Jessurun d'Oliveira.³⁰ In principle, anti-choice rule can be described as follows. There being a relationship with international element, the judge should research into all potentially applicable laws. If these laws arrive at the same result, there is no need to choose between them.³¹ Thus, the decision of a court is not based on one legal order, but on more laws. For instance, *Hoge Raad* (Dutch Supreme Court) had to hear the case concerning law applicable to French-Dutch contract. Supreme court decided that it would not be useful to choose between French and Dutch law, since they arrived at the same results.³²

To introduce simple example, assume wife asking the Dutch court for divorce. She is Dutch national and her husband is Belgian citizen. Therefore, there is an international element in a dispute. Let's say that the wife claims as a reason for divorce infidelity of the husband. Then, the judge should find which law is applicable and provides for the reasons for divorce. If the judge used the conflict methodology, he would look for conflict rule and then apply e.g. Dutch law. However, if the judge based his or her decision on the anti-choice rule, he should

²⁷ Ibid., 218.

²⁸ See chapter 2.

²⁹ H Gaudmett-Tallon, op. cit. sub 25, 339.

³⁰ Cf J D'Oliveira, *De Antikieregel. Een paar aspecten van de behandeling van buitenlands recht on het burgerlijk proces* (Kluwer-Deventer, Amsterdam 1971) 455-473; S Geerome, op. cit. sub 13, 59; S Billarant, op. cit. sub 18, 218.

³¹ H Gaudemet-Tallon, op. cit. sub 25, 339.

³² Ibid.

find reasons for divorce in both Belgian and Dutch law. If infidelity was the reason for divorce in both laws, the judge should divorce the spouses due to the infidelity of one of spouses as reason for divorce under both laws without any need to apply conflict rule.

There is a certain resemblance with the theory of equivalence as far as the conflict rules are disregarded if the substantive result is the same. However, whilst the theory of the equivalence is based upon the application of only one of the potentially applicable laws, the anti-choice approach means parallel application of more laws (*rectius* legal rules).

However, it seems that in present days the Dutch law tends to abandon anti-choice theory and oblige the judge to apply foreign *law ex officio*.³³ Thus, the anti-choice rule could be, to certain extent, understood as predecessor of theory of equivalence.

Striking similarity could be also found between anti-choice approach and so called *tronc commun* doctrine in international commercial arbitration, since both approaches are based on parallel application of more legal orders or rules.³⁴

7. GENERAL VIEW ON THEORY OF EQUIVALENCE AND NON-CHOICE APPROACH

It flows from previous text, that both the theory of equivalence and non-choice approach differ from the application of foreign law via conflict rule. The theory of equivalence and anti-choice rule aim to find substantive law solution. By the same token, they aim at cognisance of the content of applicable substantive law directly without any need to employ conflict rule. It seems that this stems from the simple fact – if the substantive solutions of potentially applicable laws are same, then there is no conflict. And if there is no conflict, there is also no room for application of conflict rules.

Therefore, we can see a striking similarity (albeit not identity) of mentioned approaches to American doctrine of private international law, e.g. with *Ehrenzweig*'s theory of “non-conflict.”³⁵ Thus, we can say that American approaches to conflict of laws so much refused or at least suspiciously observed by European conflict scholars have had their reflection in the process of application of foreign law in Europe. It also bears noting that the practice of American courts begun the “revolution” in the American conflict-of-laws system. Aren't the theory of equivalence and the anti-choice rule similar ways the European judges aim to readjust the traditional approach to conflict-of-laws which are theoretically perfect, yet not very practical and also contrary to vision of procedural justice?

The theory of equivalence and the anti-choice approach could be also characterised as *ad hoc* approaches, since they put emphasis on a solution in concrete dispute, whereas the traditional conflictual approach tries to reach a decisional harmony. Hence, the former pay more attention to procedural justice and latter to conflictual vision of justice.

³³ Cf S Geerome, *op. cit.* sub 13, 59.

³⁴ For the analogy between anti-choice rule and *tronc commun* doctrine cf B Ancel, ‘The Tronc commun doctrine: Logics and Experience in International Arbitration’ (1990) 7 *Journal of International Arbitration* no. 3, 65-72, 70.

³⁵ In the same vein S Billarant, *op. cit.* sub 18, 219; Also H Gaudmet-Tallon, *op. cit.* sub 25, 340.

All in all, both theory of equivalence and anti-choice approach are not inventions by ignorant judges who will never respect the only one way in dealing with multistate problems – the application of conflict rule and then foreign law. These theories are rather a reflection of certain tension between everyday practice of the courts and perfectly elaborated theories of conflictual scholars.

8. THE APPLICATION OF FOREIGN LAW BY CZECH COURTS

In the light of previous considerations, it seems to be useful to analyse the position of Czech courts concerning application of foreign law. The principal question then would be if Czech judge may apply the theory of equivalence, anti-choice or similar approach. In other words, may Czech judge avoid application of conflict rule thus foreign law if it is clear that all potentially applicable laws lead to the identical result?

According to prevailing view in the Czech theory of private international law the answer would be in negative.³⁶ Judge must apply Czech conflict rule.³⁷ Obligatory character of conflict rule allegedly flows from its own text.³⁸ Therefore, Czech judge cannot avoid application of conflict rule. What is more, the non-application of foreign law which should have been applied amounts to incorrect application of law as one of the reasons for appeal to the Czech Supreme Court.³⁹

Moreover, Czech judge is under an obligation to apply foreign law *ex officio* and also by his or her own motion ascertain the content of foreign law. Thus, the old maxim *jura novit curia* has held its position not only concerning domestic law, but the foreign legal order too. Furthermore, Czech judge must apply foreign law as the court in respective country would apply it. Hence, not only the text of foreign statute should be taken into account, but also foreign case law.⁴⁰

8.1 CRITICAL VIEW ON APPLICATION OF FOREIGN LAW IN THE CZECH REPUBLIC AND LEX FERENDA

Only recently a proposal of new Private International Law Act (hereinafter “PILA”) has been published.⁴¹ Concerning the question of application of foreign law, the only change in comparison to previous Private International Law Statute lies in *verbatim* expression of a court’s duty to apply foreign law of its own motion.⁴² Furthermore, the court is under obligation to apply foreign law in the same way as it has been applied in the territory of state in which the law operates. What is more, the content of foreign law has to be ascertained *ex officio*. In case that the judge does not manage to ascertain the content of foreign law in reasonable time, he or she shall apply Czech law.

³⁶ Z Kučera, *Mezinárodní právo soukromé* [Private International Law] (Doplněk, Brno 2004) 187.

³⁷ Z Kučera, *l.c.*

³⁸ Z Kučera, *op. cit.* sub 36, s. 187

³⁹ Para 241 Sec 2 letter b) of the Czech Code of Civil Procedure. Cf Z Kučera, *op. cit.* sub 36, 188.

⁴⁰ *Ibid.*

⁴¹ Available at: <http://obcanskyzakonik.justice.cz/cz/zakon-o-mezinarodnim-pravu-soukromem/text-navrhuzakona.html> Accessed 10 November 2008.

⁴² *Ibid.*

First of all, as mentioned above the maxim *jura novit curia* has played pivotal role in the application of foreign law. One may, however, wonder whether this old maxim still should retain its status. There has been expressed some doubts as to its validity even in the Czech law.⁴³ How can then judges still know foreign law?

It also seems to be nothing but a fallacy to think that Czech courts are able to apply foreign law as the court of the state where that law operates. Consequently, wouldn't it be reasonable to impose duty on a courts to find the text of foreign legal statute without looking into foreign case law and practice if this is sufficient to resolve the dispute?⁴⁴

What is, on the contrary, laudable is that the PILA in its para 25(4) sets forth that if foreign law cannot be ascertained in reasonable time, the Czech law (*lex fori*) is to be applied. Thus, Czech court may apply Czech law for the sake of procedural efficiency, i.e. not to lengthen the proceeding by futile attempts to find and apply foreign law.

On the other hand, one may miss in the PILA more integration thus responsibility for the parties in the process of ascertaining of foreign law. The omniscient Czech court is expected to provide the parties with all legal service, even if the parties may often have better access to foreign law than judge himself. Hence, it is suggested to lay down explicitly a rule enabling judge to make parties to cooperate in ascertaining foreign law.

9. CONCLUSION

Many issues concerning the mutual influence and interaction between procedural law and private international law have remained untouched in this text. For instance, the interesting question would be whether the Czech courts as well as the courts of other EU member states may disregard conflict rule contained in the EU Regulations Rome I and Rome II. I would like to devote my attention to these issues at another place.

The application of foreign law is the topic of particular importance, which really should be considered very thoroughly. The old dogmas concerning application of foreign law should be abandoned. This would entail also analysis and rethink of the impact of civil procedure on private international law. I hope that this paper has revealed some interesting points regarding the relationship between procedural efficiency and conflictual justice.

Literatura:

- ALI/UNIDROIT Principles of Transnational Civil Procedure. Available at: <http://www.unidroit.org/english/principles/civilprocedure/main.htm> accessed 10 November 2008.
- Ancel, B. The Tronc commun doctrine: Logics and Experience in International Arbitration (1990) 7 Journal of International Arbitration no. 3, 65-72.

⁴³ M Bobek, 'A New Legal Order or Non-Existent One? Some (Early) Experiences in the Application of EU Law in Central Europe' (2006) Croatian Yearbook of European Law and Policy, Vol. 2, 265-298, 282, chapter II.3. Available at: http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=973616&download=yes

⁴⁴ For instance Italian courts are not obliged to study foreign case law or legal theory if the text of a foreign statute enables to decide the case. Cf G Novelli, *Compendio di diritto internazionale privato e processuale* (IX Edizione Esselibri, Napoli 2007) 43. One may think that this has something to do with the well-known sluggishness of Italian courts.

- Billarant, S. The French Diptych on Foreign Law: An Analysis Through Its Most Recent Retouching in P. Šarčević and Paul Volken (eds), Yearbook of Private International Law, vol. 8 (Sellier. European Law Publishers, München 2007) 215.
- Bobek, M. A New Legal Order or Non-Existent One? Some (Early) Experiences in the Application of EU Law in Central Europe (2006) Croatian Yearbook of European Law and Policy, Vol. 2, 265-298, 282, chapter II.3. Available at: http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=973616&download=yes
- Cappelletti, M. The Judicial Process in Comparative Perspective (Clarendon Press, Oxford 1989).
- De Boer, T. M. Facultative Choice of Law (1996) 257 Recueil des Cours de l'Académie de Droit International 223-428.
- Fentiman, R. Foreign Law in English Courts: Pleading, Proof and Choice of Law (OUP, Oxford 1998).
- Gaudemet-Tallon, H. (2005) 312 Le pluralisme en droit international privé: richesses et faiblesses (le funambule et l'arc-en-ciel) Recueil De Cours de l'Académie de Droit International, 9-488.
- Geeroms, S. Foreign Law in Civil Litigation (OUP, Oxford 2004).
- Hausmann, R. Pleading and Proof of Foreign Law – a Comparative Analysis (2008) The European Legal Forum, no. 1, I-1-I-60.
- Jänträ-Jareborg, M. Foreign Law in National Courts A Comparative Perspective (2003) 304 Recueil De Cours de l'Académie de Droit International, 193-385.
- Kučera, Z. Mezinárodní právo soukromé [Private International Law] (Doplněk, Brno 2004).
- Novelli, G. Compendio di diritto internazionale privato e processuale (IX Edizione Esselibri, Napoli 2007).
- Ovey, C., White, R. The European Convention on Human Rights (4th ed. OUP, Oxford 2006)
- Pauknerová, M. Evropské mezinárodní právo soukromé [European Private International Law] (C.H. BECK, Prague 2008).
- Picone, P. Les Méthodes de Coordination Entre Orders Juridiques En Droit International Privé (1999) 276 Recueil De Cours de l'Académie de Droit International 9-296.
- Rozehnalová, N., Týč, V. Evropský justiční prostor v civilních otázkách [The European Judicial Area in Civil Matters] (Masarykova univerzita Brno, 2003).
- The Proposal of New PIL Act at <http://obcanskyzakonik.justice.cz/cz/zakon-o-mezinarodnim-pravu-soukromem/text-navrhu-zakona.html> Accessed 10 November 2008.

- Zajtay, I. The Application of Foreign Law. International Encyclopedia of Comparative Law. Volume III. Chapter 14 (J.C.B Mohr, Tübingen 1972) 3-45.

Kontaktní údaje na autora – email:

Zd.novy@seznam.cz

TOWARDS ECONOMIC PERSPECTIVES ON PRIVATE INTERNATIONAL LAW

MARTIN ORGONÍK

Faculty of Law, Masaryk University, Czech Republic

Abstrakt v rodném jazyce

Tento příspěvek poukazuje na možné způsoby jak přistupovat k problematice „právo a ekonomie“, ale zdaleka nepředstavuje komplexní přístup k tomuto oboru. Ve své první část uvádí článek příklady, jak lze aplikovat ekonomii v právu, a na to navazuje krátkými historickými poznámkami, z nichž se autor dále dostává k otázce ekonomického přístupu v regulaci přeshraničních smluvních závazků. Ty jsou zpravidla spojeny se snižováním transakčních nákladů nebo je argumentováno zvýšením celkového blahobytu (z pohledu rostoucí míry právní jistoty). Závěrem toho příspěvku je také poukázáno na použití tzv. Coaseho teorému.

Klíčová slova v rodném jazyce

Mezinárodní právo soukromé, právo a ekonomie.

Abstract

This article shows some possible ways how to tackle the problematic of economics in law, but doesn't present complex approach to economics and law. In its first part some examples of possible application of economics are shown. And in its second part on some historical remarks, the attention is paid to an economic approach to the regulation of cross-border contracts and to reduction of transaction costs contrasting argument of global welfare (growing from legal certainty), also the Coase theorem is mentioned at the very end of this article.

Key words

Private international law, law and economics.

1. INTRODUCTION AND GENERAL THOUGHTS

This article shall be aimed to discuss some aspects of economics perspectives in law. There is no more debate in Europe, whether economic views on law shall be respected or not, and in some respects there is also economic reasoning of issuing or modifying most of legal acts widely recognized.

The purpose of this article is not to justify an economic reasoning or contribution of economic analysis of legal acts, because as I said, I feel that this is already respected in Europe. Anyway in Czech Republic there are not many specialist of economic theory analysing the legal acts and not many lawyers applying economics to their legal praxis or application in decision-making-processes yet.

There is also no attempt to present complex approach, but to show some possible ways how to tackle the problematic of economics in law. The academic debate on this topic is very

broad¹ and there might be also different attitudes from “almost common sense” reasoning through application of economic theory to legal reality and relations between legal reality and economic reality. With respect to that, there are only some remarks towards some examples of possible application of economics in law and some remarks to methodological issues.

2. EXAMPLE OF POSSIBLE APPLICATION OF ECONOMICS

There are certainly thousands of ways how to apply economics or economic perspective/analysis to law and this contribution makes no attempt to cover them all. But let's focus on some general branches, where the utility of such attitude is most obvious and needed.

The typical topic for law and economics are contracts. Contract Law is often reviewed from economic perspectives, so quite often you may see analysis of incomplete contracts or solving contract formation which means formation of consent of a contract.

Property law and intellectual property from the point of economics is almost self understandable. In this field is also Coase theorem quite often discussed and applied.

In another topic which is quite far, in the criminal law one can see the economic approach in sanctions (the theory of optimal sanctions) or victim precautions. Very important are also empirical studies of the crime rate.

Apart from criminal law, there is another close branch of law which is very often reviewed from economic perspective: tort law. But not only comparing strict liability and negligence is discussed here. For instance product liability is often included to this topic.

One of the broadest discussion made on the field law and economics is related to antitrust law, which is more and more „economics based“ in recent years. Since the „more economic approach“ was launched, there is debate, whether Competition law or antitrust law is still a law². The other spectrum interested people ask the other way around: The „more“ economic approach in European competition law - is it only „more“ or also enough? It has been told by some competition specialists³ that this more economic approach means in practice compromise between economics based approach and legal certainty. From this perspective we may argue, that limitation of economic approach is needed in order to keep certain level of legal certainty. On the other hand we may argue, that there is much more economics that is still relevant for EC competition law than currently respected parts of the economic approach⁴.

We shall not forget the private antitrust enforcement either. This policy was presented in European Commission's White Paper on Damages Actions for Breach of Antitrust Rules. And

¹ Some examples of complex resources: Cooter and Ulen, Law & Economics; Posner, Economic Analysis of Law; The New Palgrave Dictionary of Economics and the Law; Katz, Foundations of the Economic Analysis of Law; Polinsky, An Introduction to Law and Economics

² Neruda, R. Je právo hospodářské soutěže právem? Ekonomická východiska a souvislosti soutěžního práva. In Sborník příspěvků z mezinárodní konference studentů doktorského studijního programu "Obchodní právo" MU "Ekonomické aspekty právní úpravy a jejího výkladu". Brno : Masarykova univerzita v Brně, 2006. ISBN 80-210-3952-3, s. 43-52. 2005, Brno.

³ Prof. Dr Roger Van den Bergh

⁴ Dtto.

recently it was also discussed with public via questionnaire procedure. This private enforcement brings decentralised application of EC competition law, where damages play central role. There are plenty of studies, which show and explain implications of such legal instrument. But we cannot expect any big change in preparation process of this regulation or directive⁵. But what we can already see is that many economic expertises only quantify damages.

But regarding economics it's never so easy to tell if enough economics is applied, because we also need to watch what kind of economics we want to apply. There are so many possible economic approaches as schools of economics and anyone could never choose one of them since most of them come from very different basis and are almost not comparable.

But regarding the title of this article, let's give also an example on private international law: We could point out the new-coming Regulation of European Parliament and Council ES no. 864/2007 about law applicable in non-contractual relations⁶. When speaking about torts and liability law it's important to understand that economic analysis is not pointed at the public law targets, but in respect to private liability to damages. There is big potential and also work done in the field of

Apart from legal predictability there is always an argument of reduction of administrative cost⁷, which may advocate use of economics in law. It's not easy to unify liability rules, because these are very often a reflection of different values and different historical development as well⁸. On the other hand there is also argument that aim of tort law is prevention of accidents and damages. Faure in his work presents an idea that if fit would be possible to indentify economic reasons to a specific liability regime⁹, the comparative lawyer could verify whether differences between the tort rules in various legal systems are in fact merely optical differences¹⁰ or whether these differences are result of different values, as mentioned above.

3. SOME HISTORICAL REMARKS ON THEORY ISSUES

As it has been noted, when applying economics to law, we must be aware, what economics we take. There was certainly development – and in different periods the main-stream theory has been changed. Every historical excursion of formal studies begins with works of Adam Smith's, especialy wwith „The Wealth of Nations¹¹“, which describes application of

⁵ The legal form hasn't been chosen yet.

⁶ Regulation (EC) no. 864/2007 Of the EP and of he Council of 11 July 2007 on the law applicable to non-contractual obligations (Rome II)

⁷ Some may argue that use of the term “administrative cost” is not justified here and the term transaction cost shall be used. Transaction cost may be understood as cost of some change. With respect to that administrative cost is used here and it includes conflict-of-law solutions together.

⁸ Faure, M.: Economic Analysis of Tort Law and European Civil Code In Towards a European Civil Code, Amsterdam: Kluwer Law International, 2004, ISBN 904112280

⁹ For instance: strick liability for hasardous activities and negligence/fault regime for an non-hasadours activities etc.

¹⁰ Optical differencies may be understood as result of different legislative techniques based on dogmatic or doctrinal traditions in legal system.

¹¹ Smith, Adam (1776) An Enquiry into the Nature and Causes of the Wealth of Nations

economics in law, so called "the law of monopolies" and restraint of trade. From this classical perspective mostly freedom issues were promoted.

Later, neo-classical synthesis and neoclassical economics combined mathematics and Keynesian macroeconomics. A simple neo-classical model sees free markets maximizing social welfare. A part of its theory is called allocative efficiency. Allocative efficiency is also known as Pareto¹² efficiency and it explains in sophisticated way why a situation is finally efficient and utility is perfected, if resources can no longer be reallocated to make anyone better off without making someone else worse off. In such case a society has achieved allocative efficiency¹³, but there is probably always chance to make somebody better off with making someone else worse off, but it doesn't work vice versa.

4. FINDING OPTIMUM IN BROADER SENSE

In order to measure anything, there is always need to set up the scale for measures first. If an economist wants to analyse a legal act and prove whether this act is optimal, it must be clear, what criterions he or she would choose.

Let's suppose that the most needed criterion is lowering of restraints occurred in enforcement of customers' rights. As for an example of results of attempts of Commission to facilitate the promotion of product liability presented in form of Directive on product liability we can see that argument of harmonisation necessarily doesn't work always. There are authors among lawyers and economists, who say that this Directive is too unclear in certain points and prove that there are too many references to the domestic law, which makes all this inefficient.

From the point of view of European Commission we may understand also political arguments, even it wasn't spelled out, that if there is an Directive once, it will be able to be changed later easily than made from the beginning again. But also from other perspectives this case could be watched differently. Thus next paragraph shall present other and more sophisticated points of view.

5. COASE THEOREM, IT'S USE IN CROSS-BORDER CONTRACTS AND CONCLUSION

Recently Jürgen Basedow was discussing in his article¹⁴ what is an objective of regulation of cross-border contracts? The traditional lawyer's answers, he says, would be the uniformity of decisions: the contract should produce the same rights and obligations without respect to the State Court or arbitration panel which is called upon to enforce it. Another addend argument brings the point of Commission's view: Rome Convention¹⁵ would raise the degree of legal certainty, strengthen confidence in the stability of legal relations and enhance the protection of vested rights in the area of private law.

¹² Italian economist Vilfredo Pareto

¹³ Holman, R. *Ekonomie*, Praha: C. H. Beck, 2002.

¹⁴ Basedow, J. *Lex mercatoria and the Private International Law of Contracts in Economic Perspective In Uniform Law Review*, Roma: Unidroit, 2007, ISSN 1124-3694

¹⁵ Rome Convention on the Law applicable to Contractual Obligations, 19.6.1980, consolidated version in Official Journal EC 1998 C 27/34.

Then Basedow notices that some economic analysis presents very different primary objectives of the regulation of cross-border contracts: I.e. Andrew Guzman's comments governmental interests: the objective is the maximization of global welfare. „Traditional (American) choice-of-law concepts such as national interests or comity are relevant only to extend that they affect global welfare. Focusing on the well-being of individuals, of course is equivalent to focusing on the effect actions have individuals. In other words, the only basis of jurisdiction to be considered is „effects“.¹⁶

Basedow argues with four reasons why an economic approach to the regulation of cross-border contracts has to pursue a less ambitious objective: reduction of transaction costs. (Because a civil court or arbitration tribunal is not in a position to assess the growth or reduction of global welfare in a single case involving just a plaintiff and a defendant.)¹⁷ Basedow agrees that the quest for legal certainty is the legal reflection of what economists have in mind when they identify possessive and transactional security as essential achievements of law.

I would suggest analysing this situation with a helping tool of The Coase theorem and his argumentations about transaction costs. From my perspective there still remains a question: is the unified regulation of cross-border contracts the best solution for transaction cost?)

The Coase theorem describes the efficiency of an economic allocation. It states that if there is no transaction costs, bargaining will lead to an efficient outcome regardless of the initial allocation of property rights. In practice, the question „Is the unified regulation of cross-border contracts a best solution for transaction cost?“ must be answered with respect to the content of the regulation and its administrative difficulties and other transaction costs.

The Coase theorem counts more on the economic motives than on legal motives. We may criticise that transaction costs are almost always too high for efficient bargaining and it's unrealistic to assume there were no costs in market transactions. But on the other hand, the Coase theorem is kind of theory and must be applied under certain conditions and it's outcomes must be adjusted to a particular situation.

In my opinion, there is almost always big probability in European legal acts and regulations to find too high transaction costs and it's analysis from that point would have been difficult to deliver properly in this paper.

Literatura:

- Basedow, J. Lex mercatoria and the Private International Law of Contracts in Economic Perspective In Uniform Law Review, Roma: Unidroit, 2007, ISSN 1124-3694
- Basedow, J. An economic analysis of private international law, Tübingen : Mohr Siebeck, 2006. ISBN 3161490320

¹⁶ Basedow, J. Lex mercatoria and the Private International Law of Contracts in Economic Perspective In Uniform Law Review, Roma: Unidroit, 2007, ISSN 1124-3694 with a reference to Guzman, T.A., Choice of law: New Foundations, Georgetown Law Journal, 2002.

¹⁷ Basedow, J. Lex mercatoria and the Private International Law of Contracts in Economic Perspective In Uniform Law Review, Roma: Unidroit, 2007, ISSN 1124-3694

- Faure, M.: Economic Analysis of Tort Law and European Civil Code In Towards a European Civil Code, Amsterdam: Kluwer Law International, 2004, ISBN 904112280
- Holman, R. *Ekonomie*, Praha: C. H. Beck, 2002. ISBN 8071798916
- Kirchner, Ch.: An economic Analysis of Choice-of-Law and Choice-of-Forum Clauses In An Economic Analysis of Private International Law, Tübingen: Mohr Siebeck, 2006, ISBN 3161490320
- Neruda, R. Je právo hospodářské soutěže právem? Ekonomická východiska a souvislosti soutěžního práva. In Sborník příspěvků z mezinárodní konference studentů doktorského studijního programu "Obchodní právo" MU "Ekonomické aspekty právní úpravy a jejího výkladu". Brno : Masarykova univerzita v Brně, 2006. ISBN 80-210-3952-3, s. 43-52. 2005, Brno.
- Shavell, S. Foundations of economic analysis of law. Cambridge, Massachusetts : Belknap Press of Harvard University Press, 2004. ISBN 0674011554
- Shavell, S. Economic analysis of law. New York : Foundation Press, 2004. ISBN 1587788152
- Shozo, O.: Choice of Law and Economic Analysis In An Economic Analysis of Private International Law, Tübingen: Mohr Siebeck, 2006, ISBN 3161490320

Kontaktní údaje na autora – email:

martin.orgonik@law.muni.cz

NESTÁTNÍ PRÁVO PŘED ČESKÝMI SOUDY

NADĚŽDA ROZEHNALOVÁ

Právnická fakulta Masarykovy univerzity, Česká republika

Abstrakt v rodném jazyce

Článek se zabývá problematikou tzv. lex mercatoria a jednotlivých norem nestátního původu v řízení před českými soudy a před rozhodci, kteří postupují dle českého práva. Krátce je nastíněn vývoj lex mercatoria a obsah jednotlivých přístupů k lex mercatoria. Centrem stati je analýza českého přístupu. Je zde zhodnocen jak přístup k existenci lex mercatoria, tak i otázka aplikace jednotlivých norem nestátního původu.

Klíčová slova v rodném jazyce

Středověké lex mercatoria, novodobé lex mercatoria, mezinárodní právo soukromé, koncepce lex mercatoria, zdroje lex mercatoria, lex mercatoria a české mezinárodní právo soukromé národního původu, lex mercatoria a úmluva Řím I, lex mercatoria a nařízení Řím I, závěr.

Abstract

The paper is dealing with the concept of so called lex mercatoria and with the separate non-state rules in the procedure before czech courts and arbitrators who proceed according the czech arbitration law. The development of lex mercatoria and the content of the particular conceptions within this doctrine are shortly described in the second chapter of this paper. The core of the paper is the analyse of the czech doctrine. It will be evaluated as the opinion on the existence of lex mercatoria as the question of the application of the particular rules of non-state origin. In the final part of the paper the author presents her opinion on the position of non-state rules.

Key words

Medieval lex mercatoria, new lex mercatoria, international private law, concept of lex mercatoria, representants of lex mercatoria, sources of lex mercatoria, lex mercatoria and czech municipal law on international private law, lex mercatoria and the Convention Rome I, lex mercatoria and the regulation Rome I, conclusion.

1. ÚVOD

Fenomén nestátního práva mezinárodních obchodníků a úvahy o jeho postavení vůči systému práva státu se objevují v různých podobách napříč stoletími. Je tvrzena – či naopak popírána – paralela mezi středověkým a novodobým lex mercatoria¹. Mění se právně filosofické uchopení lex mercatoria a jsou dedukovány nově vazby k jiným souborům právních norem. Nově je zejména vymezováno vůči lex mercatoria či jednotlivým skupinám nestátních norem mezinárodní právo soukromé. Na rozdíl od minulosti nikoli jako konkurenční soubor právních norem. Tedy soubor stojící svou snahou o teritoriální lokalizaci smlouvy proti existenci

Příspěvek vznikl jako výstup z výzkumného záměru Evropský kontext vývoje českého práva po roce 2004.

¹ V názoru na to, zda středověké lex mercatoria bylo předobrazem novodobého lex mercatoria či ne, se názory liší. Viz např. Sachs, S. E., From St. Ives to Cyberspace: The Modern Distortion of the Medieval Law Merchant. American University International Law Review, Vol. 21, No. 5, 2006. Dále například Volckart, O., Mangels, A., Are the roots of the modern lex mercatoria really mediavel?, Southern Economic Journal, 1999, No. 1. Dostupný z <http://www.jstor.org/pss/1060808>.

jednotného nestátního a transnacionálního souboru právních pravidel regulujících smlouvu. Naopak jsou hledány možnosti vzájemné přímé interakce obou skupin norem při aplikaci na konkrétní smluvní vztah. Prolínání práva státního a práva nestátního – jak při konkrétní aplikaci, tak při právně filosofických úvahách - se stalo realitou přístupu k *lex mercatoria*. Toto prolínání se realizuje v rovině hmotného práva (v mezích daných autonomií vůle stran). Naopak prolínání na úrovni výběru práva bylo výjimkou. Diskutováno bylo pouze v mezinárodním rozhodčím řízení a tento typ výběru výslovně připouštěly některé právní úpravy a řády některých rozhodčích soudů. Je otázkou, nakolik *Green paper EU* a návrh nařízení Řím I z roku 2005 otevřely diskusi směrem ke vztahu jednotlivých nestátních norem a mezinárodního práva soukromého.

Důvody posunů v právní regulaci od norem národních k mezinárodním a k regulaci pomocí nestátního práva jsou jak mimoprávní, tak mají i své právní odůvodnění. V literatuře jsou pravidelně citovány úryvky z Teubnerovy² statě věnované vztahu světové globalizace a posunu od teritoriální determinace k determinaci funkční. Vliv globalizované ekonomiky, nové posuny v komunikacích zasahujících oblast obchodování, vznik virtuálního elektronického světa bořícího tradiční hranice, rozvoj letecké dopravy a mimořádný rozvoj cestování, to vše samozřejmě ovlivňuje nejenom společnost samotnou, nýbrž také normativní systémy regulace. Právní důvody jsou různé. Zjevně to jsou problémy se zjištěním a následnou korektní aplikací cizího práva před soudy jiného státu. Problémy, které zatěžují proces jak ekonomicky, tak mají pravidelně i vliv na délku řízení. Lze se také zamýšlet nad tím, nakolik je národní právo, na které kolizní norma odkazuje, vhodným pravidlem regulace transnacionální obchodní transakce. Je obecně přijímaným tvrzením, že národní právo je přednostně zaměřeno na regulaci domácích transakcí. Nikoli mezinárodních. Navíc dynamika vývoje v oblasti mezinárodního obchodu vysoce převažuje nad „legislativní rychlostí“ na úrovni jak národní, tak mezinárodní. Této dynamice odpovídá mnohem lépe schopnost pružně měnit obsah typická pro nestátní právo.

Česká doktrína mezinárodního práva soukromého, resp. česká právní doktrína vůbec, se stavěla skepticky jak k existenci *lex mercatoria*, tak i k jeho přímé aplikaci³. Totéž platilo – s ojedinělými nesystémovými výjimkami - o aplikaci jednotlivých norem nestátního původu⁴. A to jak před českými soudy, tak v rozhodčím řízení realizovaném na území ČR.

Cílem této krátké statě je uvést naše stanovisko k pojetí *lex mercatoria* a poukázat na možné budoucí posuny ve vztahu výše uvedených norem.

² Teubner, G. „Global Bukowina: Legal Pluralism in the World-Society.“ ed. Teubner, G. *Global law without a state*, Dartmouth, Aldershot 1996. Podobně i: Teubner, G. and Fischer-Lescano, A., *Regime-Collisions: The Vain Search for Legal Unity in the Fragmentation of Global Law*. *Michigan Journal of International Law*, Vol. 25, No. 4, 2004. Zejména v následující publikaci klade otázky směrem ke změnám v subjektech tvorby práva, i ve vzniku práva v globalizované době. Teubner, G., *Global Private Regimes: Neo-Spontaneous Law and Dual Constitution of Autonomous Sectors?*. ed: Karl-Heinz Ladeur, *Public governance in the age of globalization*, Hampshire: Aldershot, 2004.

³ Ve smyslu aplikace přímo, například odkazem stran ve smlouvě na toto nestátní právo. Možnou nesporně vždy byla aplikace jednotlivých norem v rámci kogentních norem rozhodného práva.

⁴ Telec, I., Úvaha nad kongresem k oslavě 75. výročí založení UNIDROIT v Římě, *Právník*, 2003, č. 4.

2. LEX MERCATORIA V. JEDNOTLIVÉ NORMY NESTÁTNÍHO PŮVODU

Tak jak neexistují mezi příznivci⁵ lex mercatoria jednotná právně filosofická východiska a tudíž i jednotná koncepce lex mercatoria, tak se liší i názory na možné zdroje úpravy lex mercatoria, vztah k národnímu právu a názvy, které jsou užívány. To, co jednotlivé směry spojuje, je přesvědčení o existenci pravidel právní regulace mezinárodních obchodních transakcí, jejichž původ (tvorba) není dán v legislativní činnosti státu či států, ale jinak. Ono „jinak“ se u jednotlivých autorů liší – od obyčejové tvorby samotnou obchodní praxí, přes soubory pravidel vytvořené díky invenci akademiků až například k mezinárodním smlouvám. „Pohonné jednotky“ rozvoje lex mercatoria jsou dvě: akademická sféra (svými diskusemi nad povahou těchto zvláštních pravidel a jejich jiném hodnocení a jiném než normativně hierarchickém řazení) a rozhodovací praxe některých rozhodčích soudů (rozhodující právě dle lex mercatoria).

Obsáhnout celou názorovou šíři směrů hlásících se k lex mercatoria na těchto několika řádcích nelze. Pokusíme se jen pro ty, kteří se přímo v dané problematice neorientují, uvést základní charakteristiku teorie.

K názvu lex mercatoria. Termín lex mercatoria je termín užívaný převážně doktrínou. Vedle tohoto termínu se používají další jako jsou International Commercial Law, Law of International Trade, Transnational Law of International Trade Transaction. Vedle tohoto názvu se objevují další termíny, které uvozují koncepce, které více či méně s doktrínou lex mercatoria mohou souviset. Jde o koncepty⁶ „contract sans loi“, zvláštní způsoby rozhodování jako je „amiable compositeur“, „dle equity“ či „tronc commun“.

Historie novodobého lex mercatoria se sice datuje do 19. století⁷, avšak pravý myšlenkový boom nastává až v 60. letech minulého století. Jen velmi krátce nastíníme myšlenkovou šíři koncepce na třech ukázkách možných přístupů – pozici spíše pozitivistickou, sociologický přístup k právu a pozici akcentující globální ekonomické vztahy a právo.

Ke skupině zakladatelů myšlenkového proudu nového lex mercatoria, kterými je nutné začít, patří nepochybně C.M. Schmitthoff a A. Goldštajn. Jejich názory neopouštějí meze pozitivistického přístupu k právu a meze tímto přístupem dané. Názory jimi prezentované vycházejí ze specifik kolizní úpravy vztahů s mezinárodním prvkem, specifik způsobu řešení sporů v mezinárodním obchodě a společného sdílení některých obecných zásad právních. Pro jejich přístup je charakteristická interakce práva státního a nestátního. Základní prvky lex

⁵ Samozřejmě, otázku je možné postavit ještě jinak. A to přímo směrem k existenci lex mercatoria. Pregnantně byla postavena otázka existence a s tím související povahy lex mercatoria v publikaci A.M. Lopéz-Rodriguez. Tato při vymezení hypotézy své práce si položila mimo jiné otázku: „*Is there lex mercatoria in international trade practice or is it a mere academic invention?*“ Lopéz - Rodríguez, A.M., *Lex mercatoria and Harmonization of Contract Law in the EU*, Lyngbyvej: DJOF Publishing, 2003.

⁶ Snahu o odlišení – sice bez rozdělení na uchopení procesní a jiné – velmi zajímavě zpracovala Lopéz-Rodriguez, na kterou v tomto odkazujeme. Viz c.d. 5.

⁷ Je spojen se jmény E. Lamberta (droit corporatif international mající vlastní duha, metody i sankce. Jeho realizace je spojena s rozvojem arbitráže), žákem E. Lamberta - M. Ishizakiho (poukázal např. na skutečnost, že toto právo se rozvíjí mimo dosah kontroly a sankcí státu), H. Grossmann - Doerth (analyzoval význam formulářového práva v zámořském obchodě).

mercatoria vidí Schmitthoff v existenci autonomie vůle stran, prosazování zásady pacta sunt servanta a rozvoji mezinárodní obchodní arbitráže. Původ práva mezinárodního obchodu odvozuje Goldštajn i Schmitthoff z mezinárodní legislativy (tj. mezinárodních smluv jak platných, tak i těch, které se doposud platné nestaly) a mezinárodních obchodních obyčejů. I když je lex mercatoria v řadě jejich prací uváděno jako autonomní právo mezinárodního obchodu, nejedná se o plnou separaci od národního práva. Svůj autonomní charakter získává toto právo opuštěním národních právních systémů. Podmíněně je založeno (odvozeno) na národním právu, nicméně je mezinárodně obchodní praxí rozvíjeno v těch sférách, kde jsou národní zákonodárci bez zájmu. Lex mercatoria respektuje skutečnost, že žijeme v době národních právních řádů, je z nich odvozeno a respektuje suverenitu států. Vztah mezi lex mercatoria a národním právem je vztahem koexistence.

Jiná právně filosofická východiska zvolili další z autorů spojovaných s lex mercatoria - Ph. Kahn, B. Goldmann. Jejich učení vychází ze sociologického přístupu k právu a z představy existence mezinárodního společenství obchodníků, anebo přinejmenším určité zájmové skupiny jako je svaz obchodníků se zemědělskými produkty, surovinami anebo například bankovní sektor, jako plně samostatnou instituci (strukturu), uvnitř níž určité hospodářské svazy přejímají společenskou autoritu a udávají rozhodující tón pro regulaci. Podstatou existence takové společnosti je její solidárnost. Uvnitř komunity požívají vlastní orgány obchodníků silnou autoritu. Vydáváním formulářových podmínek či smluv vykonávají v zásadě zákonodárnou činnost. Existence vlastních arbitrážních orgánů zabezpečuje aplikaci těch norem, které jsou společenstvím vytvářeny. Obchodní společenství disponuje - dle příznivců této koncepce - také řadou neformálních donucovacích prostředků jako jsou penále, disciplinární opatření, zanesení do rejstříků, vyloučení ze společenství a další neformální sankce. Lex mercatoria je výsledkem působení řady zdrojů - ne státních, jejichž závaznost je dána přesvědčením komunity o závaznosti, státních (viz například československý Zákoník mezinárodního obchodu) a mezistátních.

Jiné východisko nabízí vztah globálních ekonomických vztahů a lex mercatoria. Tento vztah se objevil v souvislosti s transnacionální koncepcí globálního práva představovanou zejména G. Teubnerem. Pracují s ní i další autoři jako např. F. Snyder upozorňující na specifika současných ekonomických vztahů jako vztahů globalizovaných. Teubner vychází z myšlenky, že nejvhodnější právní regulací pro globální ekonomické vztahy je globální právní řád (global legal order). Jako příklad globálního práva je uváděno právě lex mercatoria. Toto právo se odvíjí mimo oficiální státní či mezinárodní struktury. Základním nástrojem a centrem zkoumání je smlouva. Hranice působnosti tohoto práva nejsou omezeny teritoriem státu (jako je tomu u práva státního), ale působením různých specializovaných svazů obchodníků a profesionální komunity. Pramenem není státní legislativa, ale spíše (v souladu s jeho teorií autopoiesis) strukturální propojení práva s trvajících globalizovanými procesy. Toto právo není propojeno s politickými strukturami, ale spíše s jinými sociálními oblastmi. Sestává se ze série principů, které jsou flexibilní a adaptabilní vůči ekonomickým potřebám. Vzhledem k absenci vztahu k politickým strukturám či jiným sociálním procesům, je decentralizované (zjevně pokud jde o jeho vznik, pozn. autora) a je nehierarchické.

Je pochopitelné, že výše uvedené směry a jednotliví zmínění autoři nevyčerpávají zdaleka dosah a obsahovou bohatost teorie lex mercatoria, výčet příznivců či osob, které se touto problematikou zabývali. Námatkově je možné jmenovat M.J. Bonella, O. Landoa, B.v.Hoffmanna, B. Cremadese, S.Plehna, K. Sierra, Ph. de Ly a celou řadu dalších.

Ještě jeden vývojový rys je nutné zmínit. Zdá se totiž, že začíná ovládat uvažování v této oblasti. Je jí nikoli „list blanc“ odkazující na vágně uchopitelný koncept lex mercatoria, ale

otázka přímé aplikace konkrétních (jednotlivých) norem nestátního původu. Zajímavou je tato otázka nikoli na úrovni hmotného práva a pokud jde o jednotlivý odkaz (viz například začlenění INCOTERMS). Zajímavou je tam, kde se jedná o ucelené soubory právních pravidel (PECL, Zásady mezinárodních smluv UNIDROIT, FIDIC) a odkaz na úrovni kolizní. K této otázce se vrátíme.

Na závěr této části je vhodné shrnout možnosti aplikace lex mercatoria či jednotlivých norem nestátního původu. V těchto možnostech se odráží jak právně filosofický přístup k dané problematice, tak akcent na princip autonomie vůle stran v jejích různých polohách - - kolizní či hmotně právní.

Pro samotnou aplikaci se v literatuře se objevují tři možná (a logicky jediné možná) schémata:

a) subsidiární aplikace, tj. aplikace lex mercatoria či jednotlivé normy nestátního původu v mezích daných kogentními normami práva určeného kolizní normou, unifikovanou hmotnou normou nebo jinak. Tato možnost – byť i uchopena jako odkaz na právní řád – zůstává využitím smluvní volnosti stran na úrovni hmotněprávní.

b) aplikace, kdy je lex mercatoria či jednotlivá norma nestátního původu rovnocenná s právem státu. Autonomie vůle stran je realizována ve sféře rozhodnutí o právním režimu. Jde o kolizní volbu rovnocenné možnosti dané právem státu a nestátním právem.

c) přednostní aplikace lex mercatoria či jednotlivé normy nestátního původu znamenající, že na soukromoprávní vztahy obsahující mezinárodní prvek a spadající svým předmětem do této oblasti, budou aplikovány tyto normy bez dalšího. Tzn. bez odkazu stran a bez nutné opory v pozitivním právu konkrétního státu. Přednost vyplývá z povahy tohoto systému norem.

3. LEX MERCATORIA

a) z pohledu české doktríny

Česká doktrína nedisponuje širší diskusí týkající se problematiky lex mercatoria. A to ani pokud jde o existenci a povahu lex mercatoria, ani pokud jde o jeho aplikaci či aplikaci jednotlivých norem nestátního původu. Již v 60. letech minulého století byla tato doktrína⁸ odmítnuta a obdobně je tato otázka vnímána i nyní. I když se některá hodnocení – například význam a uchopitelný obsah nestátních norem – změnila.

Prestižní kurs Mezinárodního práva soukromého Z. Kučery⁹ odmítá výslovně existenci lex mercatoria. Odmítá i další obdobné koncepce jako „self regulating contract“. Dle jeho stanoviska mohou být právní normy vytvářeny jen státy – zákony nebo mezinárodními smlouvami. Jednotlivé zdroje tzv. lex mercatoria mají v hierarchii norem své místo – v rámci autonomie vůle stran dané právní normou mohou být stranami využity. Závaznou se tato úprava stává jen na základě vůle stran a v rámci mezí, které dává národní právo nebo mezinárodní úprava. Samozřejmě, právní úpravy mohou například recipovat obchodní zvyklosti (viz § 730 a 264 Obchodního zákoníku, § 9 Úmluvy OSN o smlouvách o

⁸ Kalenský, P., Zpráva o kolokviu AISJ Londýn 1962, Časopis pro mezinárodní právo, č. 1, 1963. Kanda, A., Charakteristika a tendence právní úpravy mezinárodního obchodního styku, Studie z mezinárodního práva, č. 20, Praha, 1986. K ostatním: Rozehnalová, N., Střelec, K., Zásady mezinárodních smluv UNIDROIT, lex mercatoria a odvaha k aplikaci, Časopis pro právní vědu a praxi, 2004, č. 1, s. 45 a násled.

⁹ Kučera, Z., Mezinárodní právo soukromé, Brno: Doplněk, 2004.

mezinárodní koupi zboží). Jednotlivým prostředkům dává Kučera při regulaci velkou váhu. I když neodstraňují rozdíly mezi právními řády, jsou schopny tyto rozdíly překlenout.

Jiné české zdroje jsou výrazně přátelštější k existenci lex mercatoria. I když nepřekračují doktrinální rámec daný Kučerou. Například J. Salač se ve své stati nevyslovuje přímo na podporu lex mercatoria. Nepolemizuje s myšlenkou existence lex mercatoria. Staví proti sobě praxi, která je konfrontována s jednotlivými prostředky a používá je, a akademické doktríny, které nereflektují vývoj. Další hodnocení však v jeho práci nenalezneme.

Další z autorů, který ve svých pracích zpracoval otázku lex mercatoria, byl K. Střelec. Jeho uchopení je poměrně jednoznačné. Vnímá lex mercatoria jako soubor pravidel nestátního původu, která je možné identifikovat a aplikovat. Jejich aplikace je aplikací v rámci vymezeném mezinárodní smlouvou či národním právním řádem.

Jaký názor zastává autor? Existence souboru právních pravidel vytvořených jinak než legislativní činností státu je nezpochybnitelná. Jeho pramenem jsou normy různého původu: v menší míře obyčejové povahy (zvyklosti, obyčeje), zdroje mající obyčejový základ a umělé dopracování (obchodní termíny, formuláře v rámci obchodních svazů), zdroje akademického původu (PECL, Zásady UNIDROIT) či zdroje jiného původu (mezinárodní smlouvy využívané jako soubor právních pravidel a zásady, které ovládají oblast mezinárodního obchodu). Jde o pravidla, která jsou způsobilá regulovat smlouvu v jejích závazkově právních aspektech. Tedy jsou způsobilá regulovat některé aspekty smlouvy. Tato pravidla jsou identifikovatelná co do obsahu. Nejsou ucelená, jsou mezerovitá. Představují dynamickou složku regulace mezinárodních smluv. Dynamickou v tom, že jsou způsobilá přímo odrážet změněné podmínky a díky nerigidní formě tyto podmínky odrážet ve svém obsahu. Jejich význam a potřebnost jsou nepochybné. Pokud jde o další hodnocení, ponecháme je po zodpovězení otázky, v jaké rovině se tyto prostředky pohybují – zda v rovině hmotněprávní nebo kolizní.

b) z pohledu české právní úpravy

Pozitivistický přístup české doktríny nás dovádí jednoznačně k otázce, zda a jak se právní normy vypořádávají s možností aplikace buďto lex mercatoria či jednotlivých nestátních norem. To nám umožní se vyjádřit k tomu, zda v rámci české úpravy je možné uchopení lex mercatoria či jednotlivých nestátních norem na úrovni hmotněprávní či na úrovni kolizní. Podívejme se blíže na jednotlivá ustanovení:

- § 9 ZMPS nepřipouštěl pochybnosti o aplikaci práva státu. Za možnou byla považována aplikace jednotlivých norem nestátního původu v rámci kogentních norem rozhodného práva. Návrh nového zákona o mezinárodním právu soukromém, ve svém § 89, který se má použít na ty smlouvy, které nepodléhají regulaci nařízení či smlouvy Řím I, rovněž vychází z volby právního řádu státu. Toto vyplývá jak z důvodové zprávy, tak z diskusí nad jeho přijetím.

- § 37 zákona o rozhodčím řízení by zjevně nejvíce mohl vyvolat pochybnosti o tom, zda je či není přípustná aplikace souboru právních pravidel. Pochybnosti dává formulace (v důvodové zprávě uvedeno, že je převzata ze Vzorového zákona UNCITRAL o mezinárodní obchodní arbitráži), která uvádí, že bude použito „práva či právního řádu“. Žádný z existujících komentářů či publikovaná judikatura neukazují, že by tato formulace byla interpretována ve prospěch přímé aplikace jednotlivých nestátních norem. Nový návrh zákona o mezinárodním právu soukromém, který obsahuje i pasáž týkající se mezinárodního

rozhodčího řízení, neobsahuje tuto formulaci. Diskuse nad jeho přijetím hovoří jednoznačně směrem k aplikaci práva státu.

Situace se nezměnila ani přístupem k Úmluvě o právu rozhodném pro smlouvy¹⁰. Jak jazyková znění úmluvy, tak literatura k ní nepřipouští přímou aplikaci lex mercatoria či jednotlivých prostředků nestátní úpravy.

Posun v této otázce přináší až tzv. Green paper¹¹. Komise zde – směrem k budoucí konverzi úmluvy do nařízení – položila i otázky týkající se možné přímé aplikace mezinárodních smluv (například těch, které nevstoupily v platnost) a obchodních podmínek. Návrh nařízení z roku 2005¹² sice nedovolil aplikaci lex mercatoria, ale dovoľoval aplikaci jednotlivých nestátních úprav typu Zásady mezinárodních smluv UNIDROIT či PECL. V návrhu se projevíly zřetelně snahy o zúročení práce Landovy skupiny. Je skutečností, že po diskusích zástupci států nedoporučili toto řešení. Nařízení Řím I tuto možnost již neobsahuje. A to ani pokud jde o lex mercatoria, ani pokud jde o výše uvedené soubory právních pravidel. Jen v preambuli nového nařízení byla vyjádřena vůle se v budoucnu zabývat možnostmi jejich aplikace¹³. I když ze znění nevyplývá, že se jedná o přímou aplikaci, zjevně se má na mysli tato. Nepřímá, tj. v rámci kogentních norem rozhodného práva, je nesporně možná i nyní.

4. ZÁVĚR

K problematice aplikace lex mercatoria či nestátních norem je možné učinit následující závěry:

Aplikace jednotlivých norem či zohlednění odkazu na lex mercatoria se neliší v řízení před soudy obecnými a rozhodčími.

Aplikace je možná pouze v rovině autonomie vůle stran, a to rovině hmotně právní. Nikoli autonomie kolizní. Český Obchodní zákoník obsahuje jak recepci zvyklostí, tak dává i široký prostor pro smluvní volnost stran a včlenění například vzorových formulářových smluv do konkrétní smlouvy. Obdobné lze říci o Úmluvě OSN o smlouvách o mezinárodní koupi zboží, kterou je ČR rovněž vázána.

Vztah systému právních pravidel k národní legislativě či mezinárodně unifikovaným normám je, pokud jde o obsah, vztahem komplementárním a determinujícím. Komplementárním tam, kde jsou využity nestátní prostředky a existují mezery v jejich úpravě. Determinující v tom smyslu, že určují oblast působení těchto prostředků.

¹⁰ The Rome Convention on the law applicable to contractual obligations (1980)

¹¹ COM(2002) 654 final Green Paper on the conversion of the Rome Convention of 1980 on the law applicable to contractual obligations into a Community instrument and its modernisation

¹² COM(2005) 650 final 2005/0261 (COD) Proposal for a Regulation of the European Parliament and the Council on the law applicable to contractual obligations (Rome I)

¹³ Preambule bod 14: Pokud Společenství vhodným právním nástrojem přijme normy smluvního závazkového práva, včetně standardních smluvních podmínek, může takový nástroj stanovit, že smluvním stranám je dovoleno tyto normy uplatňovat.

Literatura

- Kalenský, P., Zpráva o kolokviu AISJ Londýn 1962, Časopis pro mezinárodní právo, č. 1, 1963.
- Kanda, A., Charakteristika a tendence právní úpravy mezinárodního obchodního styku, Studie z mezinárodního práva, č. 20, Praha, 1986.
- Kučera, Z., Mezinárodní právo soukromé, Brno: Doplněk, 2004.
- Lopéz - Rodríguez, A.M., Lex mercatoria and Harmonization of Contract Law in the EU, Lyngbyvej: DJOF Publishing, 2003, ISBN 08757409471.
- Rozehnalová, N., Střelec, K., Zásady mezinárodních smluv UNIDROIT, lex mercatoria a odvaha k aplikaci, Časopis pro právní vědu a praxi, 2004, č. 1.
- Sachs, S. E., From St. Ives to Cyberspace: The Modern Distortion of the Medieval 'Law Merchant. American University International Law Review, Vol. 21, No. 5, 2006.
- Telec, I., Úvaha nad kongresem k oslavě 75. výročí založení UNIDROIT v Římě, Právník, 2003, č.4.
- Teubner, G., Global Bukowina: Legal Pluralism in the World-Society. ed. Teubner, G. Global law without a state, Dartmouth: Aldershot, 1996.
- Teubner, G., Fischer-Lescano, A., Regime-Collisions: The Vain Search for Legal Unity in the Fragmentation of Global Law. Michigan Journal of International Law, Vol. 25, No. 4, 2004.
- Teubner, G., Global Private Regimes: Neo-Spontaneous Law and Dual Constitution of Autonomous Sectors ?. ed: Karl-Heinz Ladeur, Public governance in the age of globalization, Hampshire: Aldershot, 2004.
- Volckart, O., Mangels, A., Are the roots of the modern lex mercatoria really mediavel?, Southern Economic Journal, 1999, No.1.

Kontaktní údaje na autora – email:

rozehn@law.muni.cz

WHY SHOULD THE WTO PRESERVE THE CONSENSUS RULE?

KATEŘINA ŘÍHOVÁ

Právnická fakulta Masarykovy univerzity, Česká Republika

Abstrakt v rodném jazyce

Světová obchodní organizace je ve 21. století ve znamení globalizace považována za jednu z nevlivnějších organizací na světě. Udává tempo vývoji mezinárodního obchodu, slouží jako forum pro obchodní negociace jednotlivých členů a disponuje automatizovaným systémem řešení sporů mezi členy. Je institucionálním výsledkem Uruguayského kola a figuruje jako nástupce GATT 1947, na jehož téměř padesátiletou tradici plynule navázala. I když jsme za těchto posledních padesát let mohli být svědky rozsáhlé liberalizace mezinárodního obchodu probíhající v rámci multilaterálních obchodních kol, současná situace je dosti odlišná. Vyjednávání v rámci stále ještě probíhajícího Doha Round se ocitla ve slepé uličce. Jednou z příčin je početná členská základna Světové obchodní organizace čítající k dnešnímu dni 153 států a samostatných celních území a odlišné zájmy těchto členů. Politická vůle a flexibilita vyřešit danou situaci jako by neexistovala a dohoda, při jejímž uzavření by byli spokojeni všichni členové je v nedohlednu. Za daných okolností je požadovaná forma přijímání rozhodnutí formou jednomyslnosti jen stěží představitelná. Bylo již zaznamenáno mnoho hlasů volajících po změně, a to nahrazení principu přijímání rozhodnutí formou konsensu hlasováním. Toto řešení může znít lákavě, avšak skrývá mnoho úskalí. Tento článek se pokusí čtenáře přesvědčit o důležitosti zachování přijímání rozhodnutí i nadále formou konsensu.

Klíčová slova v rodném jazyce

Světová obchodní organizace, rozhodování formou jednomyslnosti, rozhodování hlasováním, Všeobecná dohoda o clech a obchodu, přijímání rozhodnutí, Doha kolo multilaterálních obchodních jednání, Marrakéšská smlouva, rozvojové země, vyspělé země, role rozhodování.

Abstract

The World Trade Organization is considered to be one of the most influential organization of the world in 21 st. century. It governs the international trade, provides a forum for trade negotiations of its members and dispose of automated dispute settlement mechanism between its members. The World Trade Organization is an institutional result of Uruguay Round and is considered to be a legal successor to GATT 1947, picking up to its almost fifty years tradition again. Although we have been witnessing the large liberalization of international trade proceeding during the multilateral trade rounds, the current situation is very different. The negotiations in terms of still running Doha Round have been leading into a blind corridor. One of the reason of that situation is the numerous membership of the World Trade Organization reaching currently the number of 153 states and separate custom territory possessing full autonomy in the conduct of its external commercial relations and of other matters and the divergent interest of these members. There is a lack of politic will and the flexibility to solve this situation and the mutual agreement, which would satisfy all participants to that negotiations is unthought to happen. This circumstances don't make the reaching of some agreement by consensus rule imaginable. Up to now many voices calling for changing the consensus rule for voting. That solution tends to be attractive, but also hides lots of pitfalls. This article is about to convince the reader how important is to preserve the consensus rule.

Key words

World Trade Organization, decision making by consensus, decision making by voting, the General Agreement on Tariffs and Trade, decision making, Doha Round, Marrakesh Agreement, developing countries, developed countries, role.

1. INTRODUCTION

The question of preserving the consensus rule within the decision-making process has been the subject of discussion for some time. There have been notes supporting the idea of preserving the consensus rule of the decision-making process, but also much criticism of the current WTO decision-making process. A considerable number of arguments provide evidence how important the consensus rule is regarding the credibility and transparency of the international trade system governed by the WTO. The members of the WTO are diverse and have miscellaneous interests, often forming themselves in to groups according to their similar attitudes, and although decision might be adopted more easily if consensus were dropped it would risk undermining the credibility, solidarity and cohesiveness of the organization.

The Marrakesh agreement establishing the World Trade Organization recognizes two primary modes of general decision-making such as consensus and voting. In spite of that given option, the WTO bodies continue to follow the practice of GATT 1947 of decision-making by consensus¹. Someone might ask about the reasons for this practice, when the consensus decision-making process could take a great deal of time.

2. WHY SHOULD THE WTO PRESERVE THE CONSENSUS RULE?

The procedure of decision-making is embodied in article IX of Marrakesh Agreement as following:

„The WTO shall continue the practice of decision-making by consensus followed under GATT 1947. Except as otherwise provided, where a decision cannot be arrived at by consensus, the matter at issue shall be decided by voting. At meetings of the Ministerial conference and the General Council, each Member of the WTO shall have one vote. Where the European Communities exercise their right to vote, they shall have a number of votes equal to the number of their member States which are Members of the WTO. Decisions of the Ministerial Conference and the General Council shall be taken by a majority of the votes cast, unless otherwise provided in this Agreement or in the relevant Multilateral Trade Agreement.“²

Pursuant to above mentioned article of the Marrakesh Agreement, Members first try to take decisions by consensus. Footnote 1 to the article IX provides nearer definition of what does consensus for within WTO decision-making means. The consensus is then reached, if no member present at the meeting when the decision is taken, formally does not object to the proposed decision. Thus consensus differs then from unanimity³.

¹ Matsushita, M., Schoenbaum, T., Mavroidis, P.: The World Trade Organization: Law, Practice, and the Policy, Oxford: Oxford University Press, second edition, 2006, str. 12.

² The Legal Texts: The Results of the Uruguay Round of Multilateral Trade Negotiations, Cambridge: Cambridge University Press, 2007, str. 8-9.

³ Van den Bossche, P. The Law and Policy of the World Trade Organization: Text, Cases and Materials, Cambridge: Cambridge University Press, 2006, str.141.

In the text below will be explained, we should preserve the consensus rule also for the future. Firstly, the WTO is a member driven organization, arising on to the international trade scene in 1995 and based on almost 50 years tradition and experience of GATT. From 23 contracting parties in the early beginning, a global international leading trade organization with 153 members has been created which lays testimony to the great success and credibility of this organization. The credibility of WTO is narrowly related to the internal need of democracy. Current consensus system is a symbol of democracy and one of the positive elements weighed by a state when considering entry to the organization. The WTO is theoretically democratic, due to the fact, that all members are equal and have one vote, contrary to the International Monetary Fund, World Bank or EU, where rich nations hold far more votes than the poorer one. Preserving the consensus rule has essential importance for the WTO to be democratic and credible for its members.

At the same time we have been witness to some attempts to change this consensus rule into voting system. A well known case is the Director General elections in 1999, when the members could not agree, who should become a new Director General. They almost turned to the voting system, but in the end found a solution appointing Mike Moore for 3 years and Supachai also for 3 years. Thus both groups of the battle were satisfied. Also examples from history are the best evidence for why the consensus rule should be kept. The number of developing and LDC countries in the WTO is much larger than developed ones. The latter would never allow the consensus rule to be change into a voting system, because the opinion of developing countries and LDCs would always prevail. The developed countries are aware of their importance as trade actors in the WTO and they do not want to lose this privilege.

Finally, the consensus principle which is at the heart of the WTO system and which is a fundamental democratic guarantee is not negotiable⁴. The text of the consensus principle can be found in art. IX Decision-Making of Marrakesh Agreement, where it is explicitly written, that the WTO shall continue the practice of decision-making by consensus followed under GATT 1947. This means, that there has been a long tradition verified by practise.

3. CONCLUSION

In conclusion, the consensus rule is one of the fundamental attributes of democracy and credibility of the WTO. Without this rule a potential member could not really give up its sovereignty to this organization. The general decision-making by consensus gives all members veto power and make them feel equivalent apart from their existing world trade share or political power. Also for current members it is important to preserve the consensus rule concerning their safety and role, which they obtained during their accession, facing at that time, WTO conditions. In consensus decision making the minority goes along with the majority unless there is a serious objection. The majority is on the other hand aware of the need of the minority. Everybody might be then in the end satisfied with being in the ambient of credibility, solidarity and cohesiveness.

⁴ Moore, M. Black on Track for Trade and Development, addressed to UNCTAD. Can be found at www.wto.org.

Literatura:

- Matsushita, M., Schoenbaum, T., Mavroidis, P.: The World Trade Organization: Law, Practice, and the Policy, Oxford: Oxford University Press, second edition, 2006, str. 989, ISBN 0199284563.
- The Legal Texts: The Results of the Uruguay Round of Multilateral Trade Negotiations, Cambridge: Cambridge University Press, 2007, str. 660, ISBN 0521785804.
- Van den Bossche, P. The Law and Policy of the World Trade Organization: Text, Cases and Materials, Cambridge: Cambridge University Press, 2006, str. 737, ISBN 0521529816.

Kontaktní údaje na autora – email:

santaventino@centrum.cz

THE REVIEW OF ONE CZECH COURT'S DECISION – ARE WE MORE EUROPEAN THAN THE EUROPEAN UNION ITSELF?

DAVID SEHNÁLEK

Faculty of Law, Masaryk University, Czech Republic

Abstract in original language

Cílem tohoto příspěvku je analyzovat jedno z rozhodnutí českého Krajského soudu v Praze. Tento soud položil předběžnou otázku Evropskému soudnímu dvoru týkající se výkladu pojmu používaného českým autorským zákonem. Následně ale v jiném řízení ESD sporný pojem interpretoval způsobem, který znamenal, že dosavadní česká legislativa přestala být eurokonformní. S ohledem na to, že se řízení před českým soudem týkalo právě možné aplikace směrnice, se autor v článku zabývá jednotlivými řešeními tak, jak vyplývají z judikatury Evropského soudního dvora. Zkoumána je zejména možnost přímého účinku či nepřímého účinku. Autor se dále kriticky vyjadřuje ke konečnému rozhodnutí českého soudu, které ale, byť je odůvodněno nepřesně a v rozporu s judikaturou Evropského soudního dvora, nakonec přece jen je správné. V dané věci totiž bylo nutné zohlednit závazné mezinárodní smlouvy, u nichž limity v případě jejich bezprostřední použitelnosti obdobné zákazu horizontálního přímého účinku směrnice neexistují.

Key words in original language

Přímý účinek, nepřímý účinek, směrnice, implementace směrnice, povinnost interpretovat národní právo v souladu s komunitárním právem.

Abstract

The aim of this article is to analyze one decision of the Czech Regional court in Prague. This court referred for a preliminary ruling to the ECJ with a question concerning an interpretation of a term “communication to public” which was used by a Czech Copyright Act. Consequently, in another proceeding the ECJ gave its ruling on the same question. Its answer was not positive for the Czech legislator as the definition in Czech Copyright Act became different from the definition adopted by ECJ. The article analyzes this situation and possible solution of the initial proceeding at the Czech court. The question was whether a direct or indirect effect of the directive was possible in this case. The author criticizes the judgment of the Czech court as its decision and justification was not in compliance with the established ECJ's case law. However, the result itself is correct, as the Czech court also had to reflect the existence of international Treaties which are binding on the Czech Republic and take precedence over Czech statutes with no limits similar to those which applies in case of directives.

Key words

Direct effect, indirect effect, directive, implementation of a directive, duty to interpret national law in accordance with the EC law.

1. INTRODUCTION

In my contribution, I would like to deal with a problem which concerns directives and their possible effect on individuals. I would like to describe the approach of the European Court of Justice (hereinafter referred to as the „ECJ“) first and then describe a decision of a Czech regional court in Prague which shows, that theory and practice might be different. The

hypothesis which I would like to prove is that the doctrine of direct effect of a directive is too new for Czech first instance courts to accept in their day-to-day practice.

2. 2. DIRECTIVE ENFORCEMENT

A directive is a legislative act of the EC which requires Member States to achieve a particular result without dictating the means of achieving that result. As such, directives are only binding on the member states to which they are addressed. Individuals are not addressees of directives and cannot therefore in general establish their rights or impose duties on them.

However, it may happen, and it often does,¹ that a Member State fails to fulfill its obligation to implement a directive into its national law. It does not matter whether such a breach was done voluntarily or not,² the result is same – a different legal standard in this state and in states that fulfilled their obligations. To overcome this problem the ECJ has developed certain doctrines which allow enforcing directives through the national courts. Three principal means were established:³

- a principle of direct effect⁴
- a principle of indirect effect⁵
- a principle of state liability (“Francovich liability”)⁶

Direct effect in general means that a directive under certain conditions becomes enforceable before national courts of the Member states. This allows individuals invoke the directive directly and claim an individual right based on such directive against a state. For a number of

¹ On the date November 18, 2008 30 directives were not duly implemented to the Czech legal order - see <http://isap.vlada.cz/>

13 proceedings total against the Czech Republic have been initiated for failure to implement a directive since it became a Member State of the EC/EU. For details see the Appendix.

² The Czech Republic often tries to excuse itself arguing that the delay in implementation was caused due to the election to the Chamber of Deputies. Such argument is however generally not accepted by the ECJ.

³ The development of these doctrines was possible only due to the fact, that the Community law has primacy over national law. For primacy of Community law and recent development in Lisbon Treaty see Sehnálek, David. *The Primacy of Community Law*. EU Watch, 2008, 11, pp. 25-32.

⁴ This principle was initially developed for the EC Treaty in case 26-62, *NV Algemene Transport- en Expeditie Onderneming van Gend & Loos v Nederlandse administratie der belastingen*; In cases of directive the ECJ held that they might be directly effective in cases: 41-74, *Yvonne van Duyn v Home Office*; 152/84 *Marshall v Southampton a South-West Hampshire Area Health Authority (Teaching)*; case 148/78 *criminal proceedings against Tulilo Ratti*, case C-91/92 *Faccini Dori v Recreb* and in other cases.

⁵ This principle was developed in case C-106/89, *Marleasing SA v La Comercial Internacional de Alimentacion SA* and in case 14/83, *Sabine von Colson a Elisabeth Kamann proti Land Nordrhein-Westfalen*.

⁶ This principle was developed mainly in cases: C-46/93 a C-48/93 *Brasserie du Pêcheur SA v Bundesrepublik Deutschland* and the *Queen v Secretary of State for Transport, ex parte: Factortame Ltd*; C-6/90 a C-9/90, *Andrea Francovich and Danila Bonifaci v Italy*; C-224/01, *Gerhard Köbler v Austria*; For conditions for state liability see Chalmers, D., Hadjiemmanuil, Ch., Monti, G., Tomkins, A., *European Union Law: Text and Materials*, Cambridge university press, 2006. pp. 390 – 408.

reasons, it is not possible to do the same thing against other individuals.⁷

Sometimes, a directive cannot have a direct effect; however, it can still affect the national law through its indirect effect. This principle requires national courts to interpret domestic law consistently with directives in as much as it is possible.⁸ This duty is not only limited to the euoconform interpretation of statutes which were adopted after the expiration of the implementation period but to all relevant national laws.⁹

Both direct and indirect effects have one thing common. They cannot result in imposing an obligation to any individual. This effect is reserved only for regulations and some provisions of the EC Treaty.¹⁰

3. PROCEEDING AT THE CZECH REGIONAL COURT

One can see that both principles require national courts to fulfill states obligations where the national legislator failed to fulfill its duty to properly implement a directive into national law.¹¹ One would expect that national courts will favor the national law and will generally be reserved in case of these rather unusual principles. It is hard to find an answer on this question as we do not have any statistical data on courts decisions. However, sometimes we do find some important decision which shows us what the current approach of national courts might be.

Such a decision is a judgment of the Czech regional court in Prague about which I would like to briefly comment.¹² This decision was concerning the term “communication to public” which is used by a directive 2001/29. However, this directive does not exactly define this term.

This directive was implemented into the Czech Copyright Act. According to this statute as amended by Law 81/2005 Coll. it does not cover situations, where a work is played on a TV by hotels, where such TV is situated in a private part of the premises used for accommodation

⁷ The ECJ refuses to allow a directive to have a direct effect even in its recent case law. See for example Chalmers, D., Hadjiemmanuil, Ch., Monti, G., Tomkins, A., *European Union Law: Text and Materials*, Cambridge university press, 2006. p. 371. However, the ECJ has lately developed a doctrine of incidental effect of a directive between individuals. See Senyücel, O. *The Direct Effect of Community Directives: The Effect of the Unilever Judgment*, Ankara Law Review, Vol.2 No. 1 (Summer 2005), from p. 84.

⁸ For detailed information on duty and limits of euroconform interpretation of national law see Sehnálek, D. *Povinnost a limity (euro)konformního výkladu vnitrostátního práva*. Časopis pro právní vědu a praxi, Brno : Právnická fakulta MU, XVI, 1/2008, pp. 8-15, ISSN 1210-9126. 2008.

⁹ See Kičinová, E. *Nepriamy účinok komunitárneho práva*. EMP, 2004, No. 1, p. 18.

¹⁰ For the reasoning see Chalmers, D., Hadjiemmanuil, Ch., Monti, G., Tomkins, A., *European Union Law: Text and Materials*, Cambridge university press, 2006. p. 372 – 377.

¹¹ According to the Art. 10 of the EC Treaty Member states shall take all appropriate measures, whether general or particular, to ensure fulfilment of the obligations arising out of this Treaty or resulting from action taken by the institutions of the Community. They shall facilitate the achievement of the Community's tasks. This duty has not only the state itself but also all its institutions. Thus, not only the legislator but also national courts are obliged to take all necessary steps in order to achieve the Community's tasks. This duty was however extended even to the 3rd pillar of the EU even though the Treaty on EU does not have any provision similar to Art. 10 of the EC Treaty. See Zemánek, J. *Eurokonformní výklad rámcového rozhodnutí - povinnost nebo nepřipustný soudcovský aktivismus?*. Jurisprudence, 2005, No. 8.

¹² Judgment of Krajský soud v Praze (the Czech Regional Court in Prague) č.j. 36 C 115/2004.

– in a room.

The Czech OSA – which is a Czech organization established in order to protect rights of authors had a different opinion than the statute and the legislator and sued some hotel owner. According to their opinion, this Czech regulation was not in compliance with the EC law and with several intl. treaties. They claimed, that the term “communication to public” was misinterpreted by the Czech legislator in order to favor the hotel lobby.

The Czech court referred to the ECJ for a preliminary ruling but after that, the ECJ gave its ruling on the same question in another case.¹³ In its ruling the Court said, that the term “communication to public” must be understood that it includes also a distribution of a TV signal in private hotel rooms. After that the Czech regional court in Prague removed its reference and what is important it decided the case in favor of OSA arguing that it is necessary to give the precedence to the European and international law. The decision established an obligation of a hotel owner to pay remuneration for its TVs.

The question is – was this judgment correct and conform to the EC law? The answer is not simple.

In case of directives which were not duly implemented into the national law national courts have to proceed as follows. They must first try to apply such directive directly. If direct effect of the directive is not possible they must try to interpret the current national law in conformity with such directive.¹⁴

However, the direct effect of the directive and the precedence over national law is not possible in our case, as according to the ECJ case law it is not possible to invoke a directive against another individual – which was this case.

Indirect effect was also not possible as the Czech wording of the Art. 23 of the Czech Copyright Act did not allow any different, euroconform interpretation. The exemption of hotels was explicit. Euroconform interpretation would be contrary to the wording of the Czech Copyright Act.

In my opinion, any other side effect of the directive precluding the application of national act could not help in this case as the amendment was adopted before the ECJ ruling on interpretation of the directive. In other words it was adopted in the time when it was not clear whether it is contrary to the directive or not. The directive could not therefore lead to an inapplicability of the amendment and the EC law could not take precedence over national law in this case.

The only solution of this problem possible according the EC law is to hold the Czech Republic liable for damages and loss caused to the OSA as a result of breach of Community law.¹⁵ However, in this case the state liability would be possible only for damage and loss

¹³ In Case C-306/05, *Sociedad General de Autores y Editores de España (SGAE) v Rafael Hoteles SA*.

¹⁴ See Týč, V. *K aplikaci sekundárního práva ES v členských státech*. EMP, 1999, No. 4, p. 31.

¹⁵ See Týč, V. *K aplikaci sekundárního práva ES v členských státech*. EMP, 1999, No. 4, p. 31.

which arose after the interpretation of the directive has become clear, in other words after the ECJ finally interpreted the term “communication to public”.¹⁶

4. CONCLUSION

My conclusion is that this decision of the Czech court itself was correct, but its reasoning was not fully in conformity with the EC law. Why? The court solved the conflict of a national and community law by giving precedence to the EC law and international law. As it was said already, no direct, indirect or even side effect of the directive is possible in this case. This means that the reasoning of the Czech court was not correctly based on the case law of the ECJ. However, the Czech court did well as it relayed on international Treaties.¹⁷ According to the Art. 10 of the Czech Constitution international treaties should take precedence over the national statute as well. This reasoning is eventually correct as in case of international treaties there are no such limits similar to limitation of horizontal effects of directives.¹⁸

This case is very interesting. It is hard to make any general conclusion based on just one judgment. It may be just one random eccentricity. On the other hand, this decision may imply that Czech courts are willing to apply EC law and that they are for unknown reasons willing to be more pro-European than the EU itself. Or, maybe they just do not understand the concept of direct effect and supremacy of EC law.

5. APPENDIX

CASES WHERE THE CZECH REPUBLIC WAS SUED FOR FAILURE TO IMPLEMENT A DIRECTIVE

1. In case C-203/06 the ECJ declared that the Czech Republic failed to adopt laws, regulations and administrative provisions necessary to comply with Council Directive 93/16/EEC of 5 April 1993 to facilitate the free movement of doctors and the mutual recognition of their diplomas, certificates and other evidence of formal qualifications.
2. In case C-204/06 the ECJ declared that the Czech Republic failed to adopt laws, regulations and administrative provisions necessary to comply with Council Directive 78/686/EEC of 25 July 1978 concerning the mutual recognition of diplomas, certificates and other evidence of the formal qualifications of practitioners of dentistry, including measures to facilitate the effective exercise of the right of establishment and freedom to provide services.

¹⁶ See also Schlupková, K., K problematice odpovědnosti členských států za škodu způsobenou jednotlivci porušením komunitárního práva [cited on December 2, 2008]. Available at http://www.europeum.org disp_article_text.php?aid=285.

¹⁷ Following international treaties are relevant to this case:

1. the Berne Convention for the Protection of Literary and Artistic Works (Bernská úmluva o ochraně literárních a uměleckých děl);
2. the Universal Copyright Convention (Všeobecná úmluva o autorském právu);
3. the WIPO Copyright Treaty (Smlouva Světové organizace duševního vlastnictví o právu autorském);

¹⁸ Tight space limit does not allow us to further examine this effect of international law. For further reading on international treaties and their potential effects on national law and individuals see a very good study on this case by Telec. See Telec, I., Televizní přijímače na hotelových pokojích, Právní rádce, 2005, No 7, from p. 4.

3. In case C-46/06 the Czech Republic was sued for its failure to adopt laws, regulations and administrative provisions necessary to comply with Directive 2001/29/EC of the European Parliament and of the Council of 22 May 2001 on the harmonization of certain aspects of copyright and related rights in the information society. The application was however removed from the register as the Czech Republic introduced necessary measures.
4. In case C-140/06 the Czech Republic was sued that it did not take legal and administrative measures necessary to comply with Directive 2002/49/EC of the European Parliament and of the Council of 25 June 2002 relating to the assessment and management of environmental noise. The application was however removed from the register as the Czech Republic introduced necessary measures.
5. In case C-60/07 the ECJ declared that the Czech Republic failed to comply with Commission Directive 2004/33/EC of 22 March 2004 implementing Directive 2002/98/EC of the European Parliament and of the Council as regards certain technical requirements for blood and blood components. The Czech Republic tried to justify its position by an argument that the legislative process had to be started again because of the newly elected government and the Chamber of Deputies.
6. In case C-114/07 the ECJ held that the Czech Republic failed to implement the Directive 2004/24/EC of the European Parliament and of the Council of 31 March 2004 amending, in regards to traditional herbal medicinal products, Directive 2001/83/EC on the Community code relating to medicinal products for human use. The Czech Republic tried to justify its position by an argument that the legislative process had already been initiated.
7. In case C-115/07 the ECJ held that the Czech Republic failed to implement the Directive 2004/27/EC of the European Parliament and of the Council of 31 March 2004 amending Directive 2001/83/EC on the Community code relating to medicinal products for human use.
8. In case C-116/07 the Commission sued the Czech Republic for its failure to implement the Directive 2004/28/EC of the European Parliament and of the Council of 31 March 2004 amending Directive 2001/82/EC on the Community code relating to veterinary medicinal products. The application was removed from the register as the Czech Republic introduced necessary measures in its legal order.
9. In case C-117/07 the ECJ held that the Czech Republic failed to implement the Commission Directive 2005/28/EC of 8 April 2005 laying down principles and detailed guidelines for good clinical practice as regards investigational medicinal products for human use, as well as the requirements for authorisation of the manufacturing or importation of such products.
10. In pending case C-41/08 the Czech Republic is being sued by the Commission for failure to adopt the laws, regulations and administrative provisions necessary to comply with Council Directive 86/378/EEC of 24 July 1986 on the implementation of the principle of equal treatment for men and women in occupational social security schemes.
11. In case C-71/08 the Czech Republic was sued for failure to implement the Directive 2004/39/EC of the European Parliament and of the Council of 21 April 2004 on markets

in financial instruments amending Council Directives 85/611/EEC and 93/6/EEC and Directive 2000/12/EC of the European Parliament and of the Council and repealing Council Directive 93/22/EEC, 1 most recently amended by Directive 2006/31/EC of the European Parliament and of the Council of 5 April 2006 amending Directive 2004/39/EC on markets in financial instruments, as regards certain deadlines. The application was however removed from the register as the Czech Republic introduced necessary measures.

12. In case 87/08 the ECJ held that the Czech Republic failed to implement the Directive 2006/73/EC of 10 August 2006 implementing Directive 2004/39/EC of the European Parliament and of the Council as regards organisational requirements and operating conditions for investment firms and defined terms for the purposes of that Directive.
13. In case C-343/08 the Czech Republic is being sued for its failure to implement the Directive 2003/41/EC of the European Parliament and of the Council of 3 June 2003 on the activities and supervision of institutions for occupational retirement provision.

This list shows that the Czech Republic should be worried about the Lisbon Treaty which simplifies the enforcement procedure.

Literature:

- Chalmers, D., Hadjiemmanuil, Ch., Monti, G., Tomkins, A., European Union Law: Text and Materials, Cambridge university press, 2006;
- Chalmers, D., Hadjiemmanuil, Ch., Monti, G., Tomkins, A., European Union Law: Text and Materials, Cambridge university press, 2006;
- Kičínová, E. Nepriamy účinok komunitárneho práva. EMP, 2004, No. 1
- Sehnálek, D. Povinnost a limity (euro)konformního výkladu vnitrostátního práva. Časopis pro právní vědu a praxi, Brno : Právnická fakulta MU, XVI, 1/2008, od s. 8-15, 8 s. ISSN 1210-9126. 2008;
- Sehnálek, David. The Primacy of Community Law. EU Watch, 2008, 11, pp. 25-32;
- Senyücel, O. The Direct Effect of Community Directives: The Effect of the Unilever Judgment, Ankara Law Review, Vol.2 No. 1 (Summer 2005);
- Schlupková, K., K problematice odpovědnosti členských států za škodu způsobenou jednotlivci porušením komunitárního práva [cited on December 2, 2008]. Available at http://www.europeum.org/dispatch_article_text.php?aid=285;
- Telec, I., Televizní přijímače na hotelových pokojích, Právní rádce, 2005, No 7;
- Týč, V. K aplikaci sekundárního práva ES v členských státech. EMP, 1999, No. 4, p. 31;
- Zemánek, J. Eurokonformní výklad rámcového rozhodnutí - povinnost nebo nepřípustný soudcovský aktivismus?. Jurisprudence, 2005, No. 8;

Case law:

- Case C-306/05, Sociedad General de Autores y Editores de España (SGAE) v Rafael Hoteles SA;
- Case 14/83, Sabine von Colson a Elisabeth Kamann proti Land Nordrhein-Westfalen
- Case 148/78 criminal proceedings against Tulilo Ratti
- Case 26-62, NV Algemene Transport- en Expeditie Onderneming van Gend & Loos v Nederlandse administratie der belastingen;
- Case 41-74, Yvonne van Duyn v Home Office;
- Case C-106/89, Marleasing SA v La Comercial Internacional de Alimentacion SA
- Case C-91/92 Faccini Dori v Recreb
- Case 152/84 Marshall v Southampton a South-West Hampshire Area Health Authority (Teaching);
- Cases C-46/93 a C-48/93 Brasserie du Pêcheur SA v Bundesrepublik Deutschland and the Queen v Secretary of State for Transport, ex parte: Factortame Ltd;
- Cases C-6/90 a C-9/90, Andrea Francovich and Danila Bonifaci v Italy; C-224/01, Gerhard Köbler v Austria;
- Judgment of Krajský soud v Praze (the Czech Regional Court in Prague) č.j. 36 C 115/2004;

Contact – email

david.sehnalek@gmail.com

PROPOSAL FOR A DIRECTIVE ON CONSUMER RIGHTS

KATEŘINA SKŘIVÁNKOVÁ

Právnická fakulta Masarykovy univerzity, Česká republika

Abstrakt v rodném jazyce

Cílem tohoto příspěvku je představit a rozebrat některé významné aspekty „návrhu směrnice o právech spotřebitelů“ (KOM (2008) 614 v konečném znění), předloženého Komisí ES dne 8. 10. 2008. Záměrem Komise je skrze tuto směrnici harmonizovat smluvní spotřebitelské právo a vytvořit pro něj jednotný rámec. Formát příspěvku nedovoluje podrobně analyzovat návrh jako celek, a proto bude představena a analyzována celková povaha návrhu a změny v oblasti základních definic.

Klíčová slova v rodném jazyce

Evropská společenství, ochrana spotřebitele, harmonizace, smluvní právo, směrnice.

Abstract

The aim of this paper is to present and analyze some important aspects of the “proposal for a directive on consumer rights” (COM (2008) 614 final) which was presented by the Commission of the European Communities (EC) on 8. 10. 2008. The intention of the Commission is to harmonize consumer contract law and to create single framework for contracts concluded between consumers and professionals. It is not possible to analyze complete text of the proposal; therefore, only general characteristics of the proposal and amendments in the field of definitions will be examined and analyzed.

Key words

European Communities, consumer protection, harmonization, contract law, directive.

1. INTRODUCTION

In recent years, norms regulating consumer protection in EC/EU (the so-called consumer acquis) have been regarded as rather insufficient. Especially the Commission has repeatedly pointed out that rules on consumer protection differ across the Community and the level of consumer protection varies, depending on the will of each member state to grant its consumers a certain level of protection. The Commission (as well as a wide range of scholars and professionals) has seen minimum harmonization, on which directives regulating various aspects of consumer protection are based, as the main reason of this situation and has repeatedly been asking for revision of consumer acquis. As a result, on 8. 2. 2007 the Green Paper on the Revision of Consumer Acquis was presented. In the paper the Commission named main problems associated with eight directives on consumer protection¹ and proposed

¹ These included Council Directive 85/577/EEC to protect the consumer in respect of contracts negotiated away from business premises, Council Directive 90/314/EEC on package travel, package holidays and package tours, Council Directive 93/13/EEC on unfair terms in consumer contracts, Directive 94/47/EC of the European Parliament and the Council on the protection of purchasers in respect of certain aspects of contracts relating to the purchase of the right to use immovable properties on a timeshare basis, Directive 97/7/EC of the European Parliament and the Council on the protection of consumers in respect of distance contracts, Directive 98/6/EC of the European Parliament and the Council on consumer protection in the indication of the prices of products offered to the consumer, Directive 98/27/EC of the European Parliament and Council on injunctions for the

amendments aimed at improvement of consumer protection and full harmonization of level of consumer protection across the EC/EU. The Green Paper has been subject to response both by member states, organizations on protection of consumer rights and professionals (traders), the result of the response being the proposal in respect.

Unlike the Green Paper, the proposal is restricted only to contractual relations between consumers and professionals (traders). Therefore, the planned directive should apply only to relations now covered by four directives on consumer contract law - Council Directive 85/577/EEC to protect the consumer in respect of contracts negotiated away from business premises, Council Directive 93/13/EEC on unfair terms in consumer contracts, Directive 97/7/EC of the European Parliament and the Council on the protection of consumers in respect of distance contracts and Directive 1999/44/EC of the European Parliament and of the Council on certain aspects of the sale of consumer goods and associated guarantees. Other aspects of consumer protection shall be regulated by current directives also in the future. Directives 85/577/EEC, 93/13/EEC, 97/7/EC, 2002/65/EC, 2005/29/EC, 2007/64/EC and 1999/44/EC are supposed to be repealed by the new directive.

The proposal provides for single set of basic definitions and offers single approach to basic legal institutions (such as right of withdrawal). It also lays down quite clearly duties of traders in relation to consumers and rights of consumers stemming from breach of traders' obligations.

As mentioned above, the directive is based on the principle of full harmonization. Therefore, member states may not diverge from the level of protection introduced by the proposal. At the same time they are obliged to ensure effective means of enforcement of the rights and duties laid down by the directive (respectively its proposal) including penalties. This paper tries to examine and analyze general nature of the proposal and some changes in the field of basic definitions.

2. GENERAL CHARACTERISTICS OF THE PROPOSAL

As mentioned above, the proposal is focused entirely on consumer contract law and therefore it primarily aims at repeal of directives on consumer protection in respect of contracts negotiated away from business premises (off-premises directive) and in respect of distance contracts, on unfair terms in consumer contracts and on certain aspects of the sale of consumer goods and associated guarantees. Apart from these, also directive 2002/65/EC concerning the distance marketing of consumer financial services, directive 2005/29/EC concerning unfair business-to-consumer commercial practices in the internal market and directive 2007/64/EC of the European Parliament and the Council are supposed to be included in and repealed by the proposed directive.² When compared to the Green Paper, it is nonetheless a little surprising that directive 90/314/EEC, directive 94/47/EC and directive 98/6/EC have not been included in the proposal taking into consideration that they were (or were supposed to be) subject to revision and without doubt have relation to contracts concluded by consumers and businessmen (traders). The Commission claims in the proposal that areas covered by the above mentioned directives are so specific that it had been better to

protection of consumer interests, Directive 1999/44/EC of the European Parliament and of the Council on certain aspects of the sale of consumer goods and associated guarantees.

² It is quite interesting that also directive 2005/29/EC shall be covered by the new directive as the Green Paper did not intend this directive to undergo revision.

maintain special rules set in said directives. This is surely true; on the other hand, contracts on package travel and package holidays and on time-sharing are concluded quite often and are a constant source of disputes between consumers and business. It is thus quite unclear why – when the ambition of the proposal is to create general set of definitions and principles for consumer contract law in general – those directives should be maintained and should keep their own specific rules. In my opinion, it is possible to agree with the Commission in so far that above mentioned areas of consumer law are specific; however, I would recommend to divide the scope of the directives in such way that general provisions of the proposed directive would apply also to current directives 90/314/EEC, 94/47/EC and 98/6/EC. Rest of the issues (specific provisions applying to particular issues of these directives) could be covered by current directives. Such solution could constitute a real general framework for the whole consumer contract law and at the same time respect specific nature of such institutes as time-sharing or package holidays.

As far as full harmonization is concerned, this concept is a clear result of problems caused by minimum harmonization. Full harmonization would in the point of view of the Commission ensure same level of consumer protection in the whole Community (EU) as the member states would not be allowed to adopt or maintain measures different from the ones in proposed directive. The motives of the Commission for full harmonization are quite clear. However, in the preamble of the proposed directive, the Commission declares that traders can grant consumers higher level of protection than the one envisaged in the proposal (subpar. 56 of the preamble). Naturally, it is more than probable that traders will happily maintain level of protection granted by the proposed directive. Nevertheless, two questions arise at this point. Firstly, what happens if traders in some member states decide to grant “stricter” protection (i. e. higher level of protection) to consumers than in other member states? Again, discrimination and different level of consumer protection would arise but this time it will not be the member states to blame. As it is inconceivable – and impossible by nature of Community and EU law - to impose obligations on private individuals by directives, such “actual” discrimination could not be satisfyingly solved by any directive or Community initiative. Secondly, member states could object full harmonization pointing out that their rules are stricter (or just opposite milder), their consumers already used to stricter/milder level of protection and it would be too difficult to adjust public and traders to proposed change. On the other hand, the Commission is right that only full harmonization is at least able to approach approximately similar level of protection.

3. NEW DEFINITIONS

3.1 CONSUMER

The proposal of the new directive defines consumer as “any natural person who, in contracts covered by this Directive, is acting for purposes which are outside his trade, business or craft or profession” (art. 2 par. 1). The definition leaves no doubt that any person who wants to enjoy rights conferred upon him under the new directive may not act within his business or – more generally – as a professional. What might contribute to clarification in the field of definitions is the fact that only natural persons can rely on provisions of the directive. This attitude is in compliance with judgement of the European Court of Justice (ECJ) *Cape Snc v. Idealservice Srl and Idealservice MN RE Sas v. OMAI Srl* in which the court ruled that only natural persons can be regarded as consumers in the sense of directive 93/13/EEC.³ However,

³ Judgement of the Court of 22. 11. 2001, joint cases C 541/99 and 542/99.

it is a little questionable whether this strict definition does not constitute discrimination towards legal persons which do not act within their business (or even never can – such as non-profit or charity organizations) and still are regarded as non-consumers whereas e. g. traders (who from the very nature of their profession definitely possess knowledge and skills much richer than average consumers) who in their free time enter into a contract on purchase of electronics (e. g. “home cinema” etc.) can rely on provisions of the directive.

3.2 TYPES OF CONTRACTS

Another novelty introduced by the proposal is the definition of particular agreements concluded by consumers. First of all, a sales contract is defined as “any contract for the sale of goods by the trader to the consumer including any mixed-purpose contract having as its object both goods and services” (art. 2 par. 3). The idea itself to protect consumers also in cases of mixed-contracts is certainly good. However, one must ask how it will be determined whether a contract concluded between a consumer and a trader on both supply of goods and services is a mixed contract when – for example – the contract is concluded on sale and (above all) installation of some devices in the home of the consumer. In such case, it might be quite difficult to determine the type of the contract. Such contract can be considered a mixed-one but it can also be considered contract on supply of services as the supply of the service “outweighs” supply of the good. This problem might not seem important as consumers are supposed to be protected also in cases of service contracts but in some cases (e. g. if traders grant commercial guarantee only for sales contracts, not for service contracts) the difference may play some role.

Another novelty concerning contracts is quite a broad definition of distant contracts and so-called off-premises contracts (i. e. contract concluded away from business premises). A distance contract is defined as “any sales or service contract where the trader, for the conclusion of the contract, makes exclusive use of one or more means of distance communication”⁴ (art. 2 par. 6). In subparagraphs 12 and 13 of the preamble of the proposal the Commission noted that also a contract negotiated away from business premises face to face between the trader and the consumer shall be regarded as a distance contract if the following conclusion of the contract has been realised through means of distance communication (e. g. Internet or telephone). In the opinion of the Commission, such broad concept of distance contracts should simplify the matter for traders who should gain more legal certainty when negotiating with consumers. In my opinion, the proposal brings more confusion among not only traders, but also – and especially – consumers. Again, as a result legal qualification might not be too significant because both in cases of distance contracts and off-premises contracts the duties of the professionals (traders) remain the same.

As far as off-premises contracts are concerned, these are defined as “any sales or service contract concluded away from business premises with the simultaneous physical presence of the trader and the consumer or any sales or service contract for which the offer was made by the consumer in the same circumstances, or any sales or service contract concluded on business premises but negotiated away from business premises, with the simultaneous physical presence of the trader and the consumer” (art. 2 par. 8). At the same time, business premises are defined as “any immovable or movable retail premises, including seasonal retail

⁴ Means of distance communication are defined as „any means which, without the simultaneous physical presence of the trader and the consumer, may be used for the conclusion of a contract between those parties” (art. 2 par. 7).

premises, where the trader carries on his activity on a permanent basis, or market stalls and fair stands where the trader carries on his activity on a regular or temporary basis” (art. 2 par. 9). What is rather alarming here is the broad concept of business premises and contracts concluded away from them. As we can see, not only “classic” premises such as shops etc. can be regarded as business premises, but also places where the trader undertakes his business temporarily. On one hand, it is true that if the trader does not possess any other premises for his business, also a market stall might be regarded as his business premises. On the other and, the question is whether a trader who runs a company with “normal” business premises (let’s say a shop) still concludes a contract within his business premises if the contract is negotiated and concluded at a stall during an exhibition. If yes, then one can argue that in such cases consumers can not rely on provisions on off-premises contracts. In extreme cases, one can imagine “evil” traders trying to elude their duties stemming from provisions on off-premises contracts declaring such market stalls their business premises. Such idea is naturally rather ridiculous; however, it seems to me that a more precise definition of business premises for the purposes of the proposed directive is necessary.

4. CONCLUSION

The idea to protect consumers when negotiating and concluding contracts (especially on supply of goods and services) with professionals can definitely be assessed as positive. However, the proposal does not cover all areas in which consumer contracts are concluded, which I see as a weak point of the directive. My recommendation is to include also services on package travel and holiday and on time-sharing in the new directive – if not as whole, than at least the general parts of it so that same legal institutes (including lengths of periods etc.) would apply. On the other hand, it is possible to maintain special regulation for e-commerce (as it is so specific) and financial services.⁵

As far as definitions of the proposal are concerned, the definition of “consumer” is in full accordance with judgements of the ECJ. There is not – in my opinion – a sharply clear difference between distance contracts and off-premises contracts; therefore I assume that some confusion might occur in practice. A better – and clearer – definition of business premises is necessary to prevent interpretation problems in future.

Literatura:

- Proposal for a Directive of the European Parliament and of the Council on consumer rights, COM (2008) 614 final, Brussels, 8. 10. 2008, available at http://ec.europa.eu/consumers/rights/docs/COMM_PDF_COM_2008_0614_F_EN_PROPOSITION_DE_DIRECTIVE.pdf
- Green Paper on the Revision of Consumer Acquis, COM (2006) 744 final, Brussels, 8. 2. 2007, available at: http://ec.europa.eu/consumers/cons_int/safe_shop/acquis/green-paper_cons_acquis_en.pdf
- Judgement of the Court of 22. 11. 2001, joint cases Cape Snc v. Idealservice Srl and Idealservice MN RE Sas v. OMAI Srl (C 541/99 and C 542/99)

⁵ The new directive shall partially apply also to contracts on financial services.

Kontaktní údaje na autora – email:
Katerina.skivankova@gmail.com

ARBITRATION EXCEPTION IN THE REGULATION BRUSSELS I

KLÁRA SVOBODOVÁ

Právnická fakulta Masarykovy univerzity, Česká republika

Abstrakt v rodném jazyce

Tento příspěvek je věnován problematice vyloučení rozhodčího řízení z nařízení Brusel I. Článek 1 odst. 2 pís. d) nařízení Brusel I, který vylučuje rozhodčí řízení z působnosti nařízení, byl od vzniku Bruselské úmluvy předmětem debaty mezi právními teoretiky i praktiky. I přesto zůstala řada otázek nezodpovězena. V roce 2007 byla publikována *Zpráva o aplikaci nařízení Brusel I*, která potvrdila problémy týkající se vyloučení rozhodčího řízení a navrhuje změny nařízení v tomto smyslu. Tento příspěvek se věnuje především problematickým otázkám souvisejícím s vyloučením rozhodčího řízení.

Klíčová slova v rodném jazyce

Nařízení Brusel I, rozhodčí řízení, článek 1 odst. 2 pís. d), případ Marc Rich, případ Van Uden, řízení o platnosti rozhodčí smlouvy, rozsudek vydaný bez ohledu na rozhodčí smlouvu, anti-suit injunctions, případ Front Comor, Zpráva o aplikaci nařízení Brusel I.

Abstract

This article deals with the arbitration exception in the Regulation Brussels I. The arbitration exception contained in the Article 1(2)(d) has been subject of an intensive debate among legal scholars and practitioners since the Brussels Convention came into force. Even though certain amount of questions have stayed unresolved. In September 2007 *Report on the Application of Regulation Brussels I* was published. This Report confirms the existing problems relating to the arbitration exception and suggests the possible solution. This article aims to analyze the problematic questions concerning the arbitration exception.

Key words

Brussels I Reagulation, arbitration, Article 1(2)(d), Marc Rich case, Van Uden Case, proceedings on the validity of an arbitration agreement, judgement rendered in disregard of an arbitration agreement, anti-suit injunctions, Front Comor case, Report on the Application of Regulation Brussels I.

1. INTRODUCTION

The arbitration exception contained in the Article 1(2)(d) of the Brussels I Regulation¹ („the Regulation“) has been subject of an intensive debate among legal scholars and practitioners since the Brussels Convention² came into force. Even though certain amount of questions have stayed unresolved. In September 2007 *Report on the Application of Regulation Brussels I*, known as Heidelberg Report („the Report“)³ was published. This Report confirms the

¹ Council Regulation (EC) No. 44/2001 on jurisdiction and the recognition and enforcement of judgments in civil and commercial matters, OJ No L 12/1, 16.1.2001

² Convention on jurisdiction and the recognition and enforcement of judgments in civil and commercial matters, OJ No L 299, 31.12.1972

³ Hess, B., Pfeiffer, T., Schlosser, P.: Report on the Application of Regulation Brussels I in the Member States, Heidelberg: Ruprecht-Karls-Universität Heidelberg, 2007, available from http://ec.europa.eu/civiljustice/news/whatsnew_en.htm.

existing problems relating to the arbitration exception and suggests the possible solution vesting in the deletion of the arbitration exception. On 4th September 2008 the Opinion of Advocate General to the case *C-185/07 – Allianz SpA and Others v West Tankers Inc. (Front Comor)*⁴ was disclosed. Advocate General Kokott proposed that anti-suit injunctions are not allowed within the regime of the Regulation. Next year, the European Commission will implement the improvements to the Regulation and it will be very interesting to see the fate of the Article 1(2)(d). This article aims to analyze the problematic questions concerning the arbitration exception with the focus on the Report and the Opinion.

2. WHY IS ARBITRATION EXCLUDED FROM THE REGULATION?

To conclude why arbitration is excluded from the Regulation it is necessary to go back to the time when Brussels Convention came into existence. Article 220 (293) of the Treaty establishing the European Community („TEC“) envisaged the simplification of recognition and enforcement of both judgments and arbitral awards. Brussels Convention created between Member States on the basis of this Article on one side made a step further as it introduced uniform rule of international jurisdiction as well. On the other side, arbitration was excluded from its scope.

The Jenard Report⁵ states two reasons for excluding the arbitration - the existence of many international agreements on arbitration and the preparation of a European Convention providing the uniform law on arbitration and its Protocol on recognition and enforcement of arbitral awards. The Jenard Report further quotes that the Brussels convention does not apply to the recognition and enforcement of arbitral awards, to the jurisdiction of courts in respect of litigation relating to the arbitration (for example proceedings to set aside an arbitral award) and to the recognition of judgments given in such proceedings.⁶

The preparation of the abovementioned European Convention by the Council of Europe was unsuccessful as only Austria and Belgium signed it. At the first sight the reason for the arbitration exception disappeared. However, in 1978 when Great Britain, Ireland and Denmark acceded to the Brussels Convention the exception was retained.⁷ The Schlosser Report⁸ introduces two basic divergent positions of the Member States. One of them expresses the opinion that the arbitration exception covers all disputes which the parties agreed to be settled by arbitration including any secondary disputes connected with arbitration. The other position only regards proceedings before national courts as part of arbitration if they refer to arbitration proceedings. Regardless of these positions the text of the Brussels Convention was not changed. The Schlosser Report states as a main reason that almost all Member States are Contracting Parties of the 1958 United Nations Convention on

⁴ Opinion of Advocate General Kokott, Case C-185/07 – Allianz SpA (formerly Riunione Adriatica Di Sicurta SpA) and Others v West Tankers Inc, 4.9.2008

⁵ Jenard, P.: Report on the Convention on jurisdiction and the recognition and enforcement of judgments in civil and commercial matters, OJ No C 59, 5.3.1979

⁶ Jenard, P.: Report on the on jurisdiction and the recognition and enforcement of judgments in civil and commercial matters, OJ No C 59, 5.3.1979, Chapter III, Part IV., Section D.

⁷ Van Houtte, H.: Why not include arbitration in the Brussels Jurisdiction Regulation, *Arbitration International*, Vol. 21, No. 4, p. 510

⁸ Schlosser, P.: Report on the Convention on the accession of the Kingdom of Denmark, Ireland and the United Kingdom of Great Britain and Northern Ireland to the Convention on jurisdiction and the recognition and enforcement of judgments in civil and commercial matters and to the Protocol of its interpretation by the Court of Justice, OJ No C 59, 5.3.1979

the recognition and enforcement of foreign arbitral awards („New York Convention“). According to the Schlosser Report the Brussels Convention does not cover court proceedings which are ancillary to arbitration proceedings such as the appointment or dismissal of arbitrators, the fixing of the place of arbitration, the extension of the time limit for making awards or the obtaining of a preliminary ruling on question of substance. A judgment determining whether an arbitration agreement is valid or not, or because it is invalid, ordering the parties not to continue the arbitration proceedings is not covered the Brussels Convention. Nor the Brussels Convention regulates proceedings and decisions concerning applications for the revocation, amendments, recognition and enforcement of arbitral awards. The arbitration exception also applies to court decisions incorporating arbitral awards.⁹

During the preparation of the Regulation the arbitration exception was not specifically discussed in the preparatory reports and was retained even in the Regulation. Because of this we can presume that the intention was to follow the same scope of the exception as in the Brussels Convention.¹⁰

3. THE MARC RICH CASE AND THE VAN UDEN CASE

The European Court of Justice („ECJ“) has given two important decisions concerning the scope of the arbitration exception but they are in some points not very clear and do not solve all problematic aspects.

3.1 THE MARC RICH CASE¹¹

3.1.1 FACTS OF THE CASE

By telex message of 23rd January 1987 Marc Rich whose registered office was in Switzerland made an offer to purchase crude oil from Impianti, the company whose registered office was in Italy. On 25th January, Impianti accepted the offer subject to certain further conditions. On 26th January, Marc Rich confirmed acceptance of these further conditions and on 28th January sent a telex message setting out the terms of the contract and including the following clause: *Construction, validity and performance of this contract shall be construed in accordance with English law. Should any dispute arise between buyer and seller the matter in dispute shall be referred to three persons in London. One to be appointed by each of the parties hereto and the third by the two so-chosen, their decision or that of any two of them shall be final and binding on both parties.*¹²

On 6th February 1988 Marc Rich received the cargo and on the same day he complained that it was seriously contaminated. On 18th February, Impianti summoned Marc Rich to appear before the Tribunale in Genoa (Italy) in an action for a declaration that it was not liable to Marc Rich. The summons was served on Marc Rich on 29th February and on 4th October he, relying on the existence of arbitration clause, lodged submissions to the effect that the Italian

⁹ Schlosser, P.: Report on the Convention on the accession of the Kingdom of Denmark, Ireland and the United Kingdom of Great Britain and Northern Ireland to the Convention on jurisdiction and the recognition and enforcement of judgments in civil and commercial matters and to the Protocol of its interpretation by the Court of Justice, OJ No C 59, 5.3.1979, Chapter 3, Part IV, Section D, points 61 - 65

¹⁰ Ambrose, C.: Arbitration and the Free Movement of Judgements, Arbitration International, Vol. 19, No. 1, 2003, p. 6

¹¹ Case C-190/89 – March Rich & Co. AG v Società Italiana Impianti PA, 25.7.1991

¹² Case C-190/89 – March Rich & Co. AG v Società Italiana Impianti PA, 25.7.1991, points 2 - 3

court had no jurisdiction. Also on 29 February, Marc Rich commenced arbitration proceedings in London, in which Impianti refused to take part. On 20th May, Marc Rich commenced proceedings before the High Court of Justice in London for the appointment of an arbitrator. The High Court granted leave to serve an originating summons on Impianti. Impianti requested that the order granting leave to be set aside, contending that the real dispute between the parties was linked to the question of existence of the arbitration clause. It considered that such a dispute fell within the scope of the Brussels Convention and should be adjudicated in Italy.¹³

On 5th November, the High Court held that the Brussels Convention did not apply. On appeal, the Court of Appeal decided to stay proceedings and referred several questions to the ECJ for a preliminary ruling. The ECJ finally answered only the first question which sought to determine whether Article 1(2)(d) must be interpreted in such manner that the exclusion provided for therein extended to proceedings pending before a national court concerning the appointment of an arbitrator and, if so, whether that exclusion also applied where in those proceedings a preliminary issue was raised as to whether an arbitration agreement existed or was valid.¹⁴

3.1.2 CONCLUSIONS OF THE ECJ

The ECJ made following conclusions: *„By excluding arbitration from the scope of the Convention on the ground that it was already covered by international conventions, the Contracting Parties intended to exclude arbitration in its entirety, including proceedings brought before national courts. The appointment of an arbitrator by a national court is a measure adopted by the State as part of the process of setting arbitration proceedings in motion. Such a measure therefore comes within the sphere of arbitration. That interpretation is not affected by the fact that the international agreements in question have not been signed by all Member States and do not cover all aspects of arbitration. In order to determine whether a dispute falls within the scope of the Convention, reference must be made solely to the subject-matter of the dispute. If, by virtue of its subject-matter, a dispute falls outside the scope of the Convention, the existence of a preliminary issue which the court must resolve in order to determine the dispute cannot justify application of the Convention. Article 1(4) of the Convention must be interpreted as meaning that the exclusion provided therein extends to litigation pending before a national court concerning the appointment of an arbitrator, even of the existence or validity of an arbitration agreement is a preliminary issue.“¹⁵*

In the Marc Rich the ECJ made the distinction between the main issue and the preliminary issue of the proceedings. Only the main issue influences the fact that the proceedings falls within the scope of the Regulation. The relevant criterion is thus the nature of the main claim. Only the subject matter of the main claim and not the objections raised to that claim is decisive whether the proceedings fall under the arbitration exception. Appointment of arbitrators was the main issue in Marc Rich which is certainly ancillary to the conduct of the arbitration and therefore covered by the arbitration exclusion.¹⁶

¹³ Case C-190/89 – March Rich & Co. AG v Società Italiana Impianti PA, 25.7.1991, points 4 - 7

¹⁴ Case C-190/89 – March Rich & Co. AG v Società Italiana Impianti PA, 25.7.1991, points 8 - 11

¹⁵ Case C-190/89 – March Rich & Co. AG v Società Italiana Impianti PA, 25.7.1991, points 13 - 29

¹⁶ Beraudo, J.P.: The Arbitration exception of the Brussels and Lugano Conventions: Jurisdiction, Recognition and Enforcement of Judgements, *Journal of International Arbitration* 18(1), 2001, p. 15; Van Houtte, H.: Why not include arbitration in the Brussels Jurisdiction Regulation, *Arbitration International*, Vol. 21, No. 4, p. 513

3.2 VAN UDEN CASE¹⁷

3.2.1 FACTS OF THE CASE

This case concerned the dispute between Van Uden Maritime BV („Van Uden“) established in the Netherlands and Kommanditgesellschaft in Firma Deco Line and Another („Deco Line“) from Germany. In March 1993 Van Uden and Deco Line concluded a charter agreement, under which Van Uden undertook to make available cargo space on board vessels operated on a liner service between northern or western part of Europe and west Africa. In return, Deco Line was to pay charter hire. Van Uden instituted arbitration in the Netherlands pursuant to the agreement, on the ground that Deco Line had failed to pay certain invoices. Van Uden also applied to the President of the Rechtbank Rotterdam for interim relief on the grounds that Deco Line was not displaying the necessary diligence in the appointment of arbitrators and that non-payment of the invoices was disturbing its cash flow.¹⁸

In the court proceedings Deco-Line objected that the court had no jurisdiction. Because established in Germany, it could only be sued there. The President of the Rechtbank dismissed that objection on the ground that an interim relief sought must be considered as provisional measure according to the Article 24 of the Brussels Convention. Referring to the Code of Civil Procedure, he decided that, as court of the plaintiff's domicile, he had jurisdiction to entertain an application and concluded that the case had the requisite connection with Netherlands law. The President also took the view that his jurisdiction was not affected by the fact that the parties had arbitration clause in their contract. He therefore ordered Deco-Line to pay Van Uden certain amount of money. The second appeal against the decision was brought before the Hoge Raad der Nederlanden which requested a preliminary ruling on eight questions.¹⁹

The Hoge Raad wished to know both whether jurisdiction to hear application for interim relief could be established on the basis of Article 5 (1) and whether it could be established on the basis of Article 24. In both cases, the questions relates to the relevance of the fact that the dispute in question is subject, under the term of the contract, to arbitration.²⁰

3.2.2 CONCLUSIONS OF THE ECJ

Concerning the topic of this article, the ECJ made following conclusions: *It is accepted that a court having jurisdiction as to the substance of a case in accordance with Articles 2 and 5 to 18 of the Convention also has jurisdiction to order any provisional or protective measures. In addition, Article 24 adds rule of jurisdiction whereby a court may order provisional or protective measures even if it does not have jurisdiction as to the substance of the case. Where the parties have validly excluded the jurisdiction of the courts in a dispute arising under a contract and have referred that dispute to arbitration, there are no courts of any state that have jurisdictions as to the substance of the case. It is only Article 24 that a court may be empowered to order provisional or protective measures. Article 24 cannot be relief on to*

¹⁷ Case 391/95 – Van Uden Maritime BV v Komanditgesellschaft in Firma Deco Line, 17.11.1998

¹⁸ Case 391/95 – Van Uden Maritime BV v Komanditgesellschaft in Firma Deco Line, 17.11.1998, points 2 - 10

¹⁹ Case 391/95 – Van Uden Maritime BV v Komanditgesellschaft in Firma Deco Line, 17.11.1998, points 11 - 17

²⁰ Case 391/95 – Van Uden Maritime BV v Komanditgesellschaft in Firma Deco Line, 17.11.1998, point 18

*bring within the scope of the Convention measures relating to matters which are excluded from it. Provisional measures are not in principle ancillary to arbitration proceedings but are ordered in parallel to such proceedings and are intended as measures of support. They concern not arbitration as such but the protection of a variety of rights. Their place in the scope of the Convention is thus determined not by their own nature but by the nature of the rights they serve to protect.*²¹

Even in Van Uden the ECJ confirmed that the decisive criterion in respect to fall within the scope of the Regulation is the subject matter lying in the heart of the proceedings.²² According to this case the Regulation applies where the provisional measure concerns the performance of the contractual obligation itself and does not concern the arbitration proceedings. The ECJ made a distinction between the ancillary and supporting proceedings which is not very precise.²³

4. SCOPE OF THE ARBITRATION EXCEPTION

4.1 CLEAR AREAS

Even though the above mentioned decisions of the ECJ have contributed to certainty about the scope of the exclusion, several questions remain unanswered. First, it is useful to give the areas which certainly fall within the scope of the arbitration exception and they are thus excluded from the scope of the Regulation. The Regulation clearly does not regulate recognition and enforcement of arbitral awards as well as court proceedings for setting aside the award and their recognition.²⁴ The Regulation also does not cover court proceedings which are ancillary to the arbitration. According to the ECJ's decision in Marc Rich, ancillary are those proceedings whose main issue or subject matter is arbitration. Among the ancillary proceedings we rank appointment or dismissal of arbitrators, the fixing of the place of arbitration, the extension of the time limit for the rendering award, taking of evidence by the courts, court orders for security for costs, answering some point of law raised in arbitration.²⁵

²¹ Case 391/95 – Van Uden Maritime BV v Komanditgesellschaft in Firma Deco Line, 17.11.1998, points 19 – 34

²² Lew, J.D.M., Mistelis, L.A., Kröll, S.M.: Comparative International Commercial Arbitration, Kluwer Law International, The Hague, 2003, p. 497

²³ Van Houtte, H.: Why not include arbitration in the Brussels Jurisdiction Regulation, Arbitration International, Vol. 21, No. 4, p. 515 - 516

²⁴ Jenard, P.: Report on the on jurisdiction and the recognition and enforcement of judgments in civil and commercial matters, OJ No C 59, 5.3.1979, Chapter III, Part IV., Section D.; Schlosser, P.: Report on the Convention on the accession of the Kingdom of Denmark, Ireland and the United Kingdom of Great Britain and Northern Ireland to the Convention on jurisdiction and the recognition and enforcement of judgments in civil and commercial matters and to the Protocol of its interpretation by the Court of Justice, OJ No C 59, 5.3.1979, Chapter 3, Part IV, Section D, point 65; Magnus, U., Mankowski, P.: Brussels I Regulation, München: European Law Publisher, 2007, p. 64; Van Haersolte-van Hof, J.J.: The Arbitration Exception in the Brussels Convention: Further Comment, Journal of International Arbitration 18(1), 2001, p. 27-28, 38

²⁵ Schlosser, P.: Report on the Convention on the accession of the Kingdom of Denmark, Ireland and the United Kingdom of Great Britain and Northern Ireland to the Convention on jurisdiction and the recognition and enforcement of judgments in civil and commercial matters and to the Protocol of its interpretation by the Court of Justice, OJ No C 59, 5.3.1979, Chapter 3, Part IV, Section D, point 64; Magnus, U., Mankowski, P.: Brussels I Regulation, München: European Law Publisher, 2007, p. 64; Van Haersolte-van Hof, J.J.: The Arbitration Exception in the Brussels Convention: Further Comment, Journal of International Arbitration 18(1), 2001, p. 28; Lew, : p. 497

On the other hand court proceedings which are parallel to arbitration fall within the scope of the Regulation.²⁶ The problem is that it is not completely clear what is the difference between ancillary and parallel proceedings.²⁷

4.2 UNRESOLVED QUESTIONS

Concerning the scope of the arbitration exception there still remain two main problematic questions. First, it is the proceedings relating to the existence or validity of arbitration agreement. Secondly, it is the recognition and enforcement of court judgements rendered in disregard of an arbitration agreement.²⁸

Relating to the first question it is suitable to distinguish between the situation where the validity of the arbitration agreement is the main issue of the proceedings or where it only constitutes the preliminary question. The proceedings where the first possibility arises are commonly declaratory proceedings or anti-suit injunctions.²⁹ The distinction between the main and preliminary issues also reflects the decision of the ECJ in *Marc Rich*. However, sometimes it can be difficult to apply this distinction.³⁰

4.2.1 COURT PROCEEDINGS CONCERNING THE VALIDITY OF AN ARBITRATION AGREEMENT (AS A MAIN ISSUE)

As stated above the question of validity of an arbitration agreement as a main issue can arise in the declaratory proceedings or in proceedings on anti-suit injunction (see separate chapter). Taking into account the *Marc Rich* decision, if the validity is the main issue the subject matter of the case is undoubtedly arbitration and thus such proceedings fall outside the scope the Regulation. The judgement rendered in such proceedings cannot be recognised under the Regulation. This problem has to be resolved on the basis of international convention or of national law.³¹

²⁶ Case 391/95 – *Van Uden Maritime BV v Komanditgesellschaft in Firma Deco Line*, 17.11.1998

²⁷ See Van Haersolte-van Hof, J.J.: *The Arbitration Exception in the Brussels Convention: Further Comment*, *Journal of International Arbitration* 18(1), 2001, p. 28 – 31; Van Houtte, H.: *Why not include arbitration in the Brussels Jurisdiction Regulation*, *Arbitration International*, Vol. 21, No. 4, p. 516

²⁸ Magnus, U., Mankowski, P.: *Brussels I Regulation*, München: European Law Publisher, 2007, p. 64; Beraudo, J.P.: *The Arbitration exception of the Brussels and Lugano Conventions: Jurisdiction, Recognition and Enforcement of Judgements*, *Journal of International Arbitration* 18(1), 2001, p. 17-18; Van Haersolte-van Hof, J.J.: *The Arbitration Exception in the Brussels Convention: Further Comment*, *Journal of International Arbitration* 18(1), 2001, p. 31-38; Van Houtte, H.: *Why not include arbitration in the Brussels Jurisdiction Regulation*, *Arbitration International*, Vol. 21, No. 4, p. 514-516; Ambrose, C.: *Arbitration and the Free Movement of Judgements*, *Arbitration International*, Vol. 19, No. 1, 2003, p. 8-21

²⁹ Van Haersolte-van Hof, J.J.: *The Arbitration Exception in the Brussels Convention: Further Comment*, *Journal of International Arbitration* 18(1), 2001, p. 31

³⁰ Ambrose, C.: *Arbitration and the Free Movement of Judgements*, *Arbitration International*, Vol. 19, No. 1, 2003, p. 11

³¹ See Van Haersolte-van Hof, J.J.: *The Arbitration Exception in the Brussels Convention: Further Comment*, *Journal of International Arbitration* 18(1), 2001, p. 31-32; Ambrose, C.: *Arbitration and the Free Movement of Judgements*, *Arbitration International*, Vol. 19, No. 1, 2003, p. 13; ; Van Houtte, H.: *Why not include arbitration in the Brussels Jurisdiction Regulation*, *Arbitration International*, Vol. 21, No. 4, p. 514

4.2.2 COURT PROCEEDINGS CONCERNING THE VALIDITY OF AN ARBITRATION AGREEMENT (AS A PRELIMINARY ISSUE)

The situation is less clear where the existence or validity of an arbitration agreement is raised as a defence in proceedings whose subject matter otherwise falls within the scope of the Regulation. The Evrigenis-Kerameus Report on the accession of Greece to the Brussels Convention³² states that: „*Proceedings which are directly concerned with arbitration as the principal issue are not covered by the Convention. However the verification, as an incidental question, of the validity of an arbitration agreement which is cited by a litigant in order to contest the jurisdiction of the court before which he is being sued pursuant to the Convention must be considered as falling within its scope.*“

According to the Marc Rich decision it is only the subject matter of the case which decides about the application of the Regulation. However in Marc Rich arbitration was the main issue, so the question remains about the applicability of Marc Rich conclusions to the situation where the subject matter falls within the scope of the Regulation and arbitration is the preliminary issue.

On the basis of Evrigenis-Kerameus Report and Marc Rich we can come to the conclusion that the Regulation is applicable. This conclusion is not without problem, especially in the situation when a court considers arbitration agreement invalid and renders the judgement on the merit of the case and in the meantime the respondent institute the arbitration proceeding in another Member State. If the arbitrators consider the arbitration agreement valid, they render an arbitral award which can be incompatible with the court judgement. While the judgement is enforceable under the Regulation, the award is enforceable under the New York Convention.³³ Even though the potential problems, this solution is in accordance with the objectives of the Regulation and the relevant case law.³⁴

On the other hand there are opinions that such proceedings are outside the scope of the Regulation. The distinction between preliminary and main issue is not persuasive. Moreover, the issue of jurisdiction will not play major role. The court anyway has to apply Article II(3) of the New York Convention and national law facing the arbitration defence. Jurisdiction should be thus based on national law.³⁵

4.2.3 RECOGNITION AND ENFORCEMENT OF COURT JUDGEMENT RENDERED IN DISREGARD OF AN ARBITRATION AGREEMENT

The solution of this question is closely connected with the solution of the previous one. This question arose already during the negotiations for the United Kingdom's accession to the Brussels Convention. While the UK supported the broad interpretation of the arbitration

³² OJ C 298, 24.11. 1986

³³ Van Houtte, H.: Why not include arbitration in the Brussels Jurisdiction Regulation, *Arbitration International*, Vol. 21, No. 4, p. 513-514

³⁴ Lew, J.D.M., Mistelis, L.A., Kröll, S.M.: *Comparative International Commercial Arbitration*, Kluwer Law International, The Hague, 2003, p. 502

³⁵ Van Haersolte-van Hof, J.J.: The Arbitration Exception in the Brussels Convention: Further Comment, *Journal of International Arbitration* 18(1), 2001, p. 33

exception which should thus applied to judgements rendered in disregard of arbitration agreement, other Member States were for more restrictive approach.³⁶

At present there is some consensus of the view that if the subject matter of the judgement rendered in disregard of an arbitration agreement fall within the scope of the Regulation then the judgement is also covered by the Regulation.³⁷ First it is suitable to point out that Title III of the Regulation on Recognition and Enforcement does not necessarily correspond to the Title II on Jurisdiction. A judgement falls within the regime of the Regulation if it fulfils the conditions of Article 1. The part on recognition does not take into account the jurisdictional rules contained in Part two except Sections 3, 4, and 6.³⁸ The Schlosser Report states: „*The literal meaning of the word arbitration itself implied that it cannot extend to every dispute affected by arbitration agreemen.*“.³⁹ It thus supports the view that the judgement rendered in disregard of the arbitration agreement can be recognised under the Regulation. Similar view is expressed in Evrigenis Report (see above) – the Regulation applies to recognition of a judgement which concerns the dispute within the scope of the Regulation after the decision on the validity of the arbitration agreement.⁴⁰ Neither Marc Rich case nor Van Uden Case deals directly with this question.

Several national case law also supports this view. In the *Heidelberg case* the English High Court held that *it was beyond doubt that a judgement of a Contracting State on the substance of the dispute would be recognised under the Brussels Convention even if obtained in breach of a valid arbitration agreement. The violation of an arbitration agreement is not a valid defence to recognition and enforcement.*⁴¹ Similar conclusion can be found in *PASF v Bamberger* where the court decided that a German judgement on the substance obtained in disregard of an arbitration agreement was a Convention judgement.⁴² The decision of *Oberlandesgericht Celle* also came to the same result.⁴³

The question stays if it is possible to refuse the recognition and enforcement under the Regulation on the ground that the arbitration agreement was valid. Two grounds for non-

³⁶ See Schlosser, P.: Report on the Convention on the accession of the Kingdom of Denmark, Ireland and the United Kingdom of Great Britain and Northern Ireland to the Convention on jurisdiction and the recognition and enforcement of judgments in civil and commercial matters and to the Protocol of its interpretation by the Court of Justice, OJ No C 59, 5.3.1979, Chapter 3, Part IV, Section D, point 61; Lew, J.D.M., Mistelis, L.A., Kröll, S.M.: Comparative International Commercial Arbitration, Kluwer Law International, The Hague, 2003, p. 500

³⁷ Ambrose, C.: Arbitration and the Free Movement of Judgements, Arbitration International, Vol. 19, No. 1, 2003, p. 17

³⁸ Beraudo, J.P.: The Arbitration exception of the Brussels and Lugano Conventions: Jurisdiction, Recognition and Enforcement of Judgements, Journal of International Arbitration 18(1), 2001, p. 21

³⁹ Schlosser, P.: Report on the Convention on the accession of the Kingdom of Denmark, Ireland and the United Kingdom of Great Britain and Northern Ireland to the Convention on jurisdiction and the recognition and enforcement of judgments in civil and commercial matters and to the Protocol of its interpretation by the Court of Justice, OJ No C 59, 5.3.1979, Chapter 3, Part IV, Section D, point 62

⁴⁰ Van Haersolte-van Hof, J.J.: The Arbitration Exception in the Brussels Convention: Further Comment, Journal of International Arbitration 18(1), 2001, p. 35

⁴¹ Cited according to Ambrose, C.: Arbitration and the Free Movement of Judgements, Arbitration International, Vol. 19, No. 1, 2003, p. 16

⁴² Cited according to Ambrose, C.: Arbitration and the Free Movement of Judgements, Arbitration International, Vol. 19, No. 1, 2003, p. 16

⁴³ See Van Haersolte-van Hof, J.J.: The Arbitration Exception in the Brussels Convention: Further Comment, Journal of International Arbitration 18(1), 2001, p. 36

recognition were suggested – public policy ground and article 71. In the first case the recognition can be refused if the disregard of the valid arbitration agreement is considered as contributing to violation of public policy. This possibility is probably unworkable under the Regulation for Article 34(1) mentioned only apparent breach of public policy. Moreover, according to the Article 35(3) the test of public policy may not be applied to the rules relating to jurisdiction. Even the decisions of national courts do not support such solution (see above).

Some authors suggest that the non-recognition can be based on Article 71 which gives precedence to specific conventions. According to this provision Article II(3) of the New York Convention supersedes the Regulation. If the court before which the recognition is sought does not share the view of the court of origin concerning the validity of the arbitration agreement, the only basis for refusing the recognition is the Article 71.⁴⁴ This argument is also problematic. The New York Convention provides the relevant substantive framework but it does not contain procedural rules and it certainly does not regulate the problem of recognition of court decisions.⁴⁵

We can conclude that the present text of the Regulation does not provide the ground which can be used to refuse the recognition and enforcement of a judgement rendered in disregard of an arbitration agreement.⁴⁶ On the other hand there is a strong argument which supports the opposite view and that is the Article 35 which precludes a recognizing court from reviewing the jurisdiction of a court which adjudicated the case.

4.3 ANTI-SUIT INJUNCTIONS

Anti-suit injunctions are orders typical for common law system whose purpose is to restrain proceedings pursued in another jurisdiction.⁴⁷ Civil law systems are not familiar with such kind of remedy. The English courts traditionally have asserted the right to grant the anti-suit injunction against a party which commenced proceedings in another state in breach of an exclusive jurisdiction clause or arbitration agreement. The right of the English courts is based on the idea that English courts have the power to restrain a person who is subject to their jurisdiction from commencing proceedings in a foreign court. Anti-suit injunctions are personal remedies; they are aimed at the party in breach of his obligation not at the challenge of the foreign court's jurisdiction.⁴⁸

Since the Great Britain acceded to the Brussels Convention there has been a great debate about whether the anti-suit injunctions are in accordance with the Regulation. While the ECJ

⁴⁴ Beraudo, J.P.: The Arbitration exception of the Brussels and Lugano Conventions: Jurisdiction, Recognition and Enforcement of Judgements, *Journal of International Arbitration* 18(1), 2001, p. 26; Van Haersolte-van Hof, J.J.: The Arbitration Exception in the Brussels Convention: Further Comment, *Journal of International Arbitration* 18(1), 2001, p. 37

⁴⁵ Van Haersolte-van Hof, J.J.: The Arbitration Exception in the Brussels Convention: Further Comment, *Journal of International Arbitration* 18(1), 2001, p. 37

⁴⁶ For the negative side of this conclusion see Ambrose, C.: Arbitration and the Free Movement of Judgements, *Arbitration International*, Vol. 19, No. 1, 2003, p. 18 - 19

⁴⁷ Ambrose, C.: Arbitration and the Free Movement of Judgements, *Arbitration International*, Vol. 19, No. 1, 2003, p. 20

⁴⁸ Seriki, H.: Anti-Suit Injunctions and Arbitration: A Final Nail in the Coffin, *Journal of International Arbitration* 23(1), 2006, p. 25

in the decision *Turner v Grovit*⁴⁹ decided that the English courts didn't have the right to grant an anti-suit injunction when a party commenced proceedings in breach of a jurisdictional clause, it has yet to rule on arbitration agreements.

Brussels Convention as well as the Regulation are silent on their relation to anti-suit injunctions. The space was therefore given to national courts and especially to the ECJ to decide this question. This issue was considered before the ECJ in *Turner v Grovit*. The ECJ held the anti-suit injunctions incompatible with the Regulation. The Regulation is based on the mutual trust between the Member States and granting the injunction undermines the foreign court's jurisdiction. This decision concerns the situation where a party to proceedings pending before a national court was restrained from commencing or continuing proceedings before the courts of another Member State.

The *Turner decision* does not cover the anti-suit injunctions concerning arbitration agreements. Since the judgement in *Turner* the English courts have continued to issue the injunctions when a party commences proceedings in a Member State in breach of an arbitration agreement governed by English law or under which the arbitration is to take place in UK. They are of the opinion that the anti-suit injunctions fall within the scope of arbitration exception.⁵⁰ The current English position on anti-suit injunctions and on the influence of the *Turner* judgement is set out in the decision *Through Transport Mutual Insurance Association (Eurasia) Ltd. v New India Assurance Co. Ltd. (The Hari Blum)*. The Court of Appeal decided that the power of the English courts to grant anti-suit injunctions in the aid of arbitration was not abolished by the *Turner* decision. The injunction fall within the arbitration exception and thus the Regulation does not apply to them.⁵¹

4.3.1 OPINION OF ADVOCATE GENERAL TO THE FRONT COMOR CASE

On 4th September the Opinion of Advocate General to the case *Allianz SpA (formerly Réunione Adriatica Di Sicurta SpA) and Others v West Tankers Inc. (Front Comor)* was published. This is the first step towards the decision of the ECJ on the problem of the anti-suit injunctions on support of arbitration.

In August 2000 the Front Comor, a vessel owned by West Tankers and chartered to Erg Petrovi SpA, collided with a jetty owned by Erg Petrovi in Syracuse (Italy) and caused damage. The charterparty contained an arbitration clause providing for arbitration in London. Moreover, English law was applicable to the contract. Réunione Adriatica di Sicurta SpA and Generali Assicurazioni Generali („Allianz and others“) had insured Petrovi and paid compensation for the damage caused by the collision. Erg Petrovi claimed damages against West Tankers for its uninsured losses in arbitration in London. On 30th July Allianz and Others commenced proceedings against West Tankers before an Italian court to recover the amounts they had paid to Petrovi. The main question in both proceedings was the issue of liability of West Tankers. On 10th September 2004 West Tankers commenced proceedings in the High Court of the UK against Allianz and Others seeking a declaration that the dispute which was the subject-matter of the proceedings before the Italian court arose out of the

⁴⁹ Case C-159/02 – Gregory Paul Turner v Felix Fareed Ismail Grovit, Harada Ltd. and Changepoint SA, 27.4.2004

⁵⁰ Opinion of Advocate General Kokott, Case C-185/07 – Allianz SpA (formerly Riunione Adriatica Di Sicurta SpA) and Others v West Tankers Inc, 4.9.2008;

⁵¹ Seriki, H.: Anti-Suit Injunctions and Arbitration: A Final Nail in the Coffin, *Journal of International Arbitration* 23(1), 2006, p. 25, 31 - 32

charterparty and that Allianz and Others were bound by the arbitration clause. West Tankers also applied for an injunction to restrain Allianz and Others from continuing the proceedings in Italy.⁵²

The High Court granted the applications. The House of Lords before which an appeal was brought decided to stay proceedings and referred the following question to the ECJ: „*Is it consistent with Regulation (EC) No 44/2001 for a court of a Member State to make an order to restrain a person from commencing or continuing proceedings in another member State on the ground that such proceedings are in breach of an arbitration agreement?*“⁵³

The Advocate General came to conclusion that *the Regulation precludes a court of a Member State from making an order restraining a person from commencing or continuing proceedings before the courts of another Member States because, in the opinion of the court, such proceedings are in breach of an arbitration agreement*⁵⁴. The main focus of the AG is to find out if the principles set out in the *Turner decision* are also applicable to anti-suit injunctions in support of arbitration. In *Turner* the ECJ held that the effect of anti-suit injunctions infringed the operation of the Regulation even if it was presumed that the injunctions were matter of national procedural law. According the AG it is not decisive whether the anti-suit injunction falls within the scope of the Regulation, but whether the proceedings before national law against which the injunction is directed do so. The principle of mutual trust, which was the core argument in the *Turner judgement*, does not require that both the injunction and the proceedings which should be barred are covered by the Regulation. The principle of mutual trust can also be violated by a decision of a court which does not fall within the scope of the Regulation.⁵⁵ *The national authorities of a Member State may not impair the practical effectiveness of the Community law when they exercise a competence which is not governed by Community law.*⁵⁶

The dispute at stake before the national court concerns the claim for damages. The subject matter is the claim in tort which is certainly covered by the Regulation. Only the main subject matter of the case decides about the application of the Regulation. This is in accordance with ECJ's previous case law.⁵⁷ The existence of the arbitration agreement only constitutes a preliminary issue and it cannot change the applicability of the Regulation. It is compatible with the Article II(3) of the New York Convention that a court having jurisdiction over the subject matter of the proceedings examines the issue of existence and validity of the arbitration agreement. Article II(3) requires national courts to refer the case to the arbitration if three conditions are fulfilled: the subject matter of the dispute is capable of being resolved in arbitration, the court is seized of an action in a matter in respect of which the parties made an arbitration agreement within the meaning of Article II and the court does not find that arbitration agreement is null and void, inoperative or incapable of being performed. Every

⁵² Opinion of Advocate General Kokott, Case C-185/07 – Allianz SpA (formerly Riunione Adriatica Di Sicurta SpA) and Others v West Tankers Inc, 4.9.2008 (the Opinion), points 15 - 18

⁵³ The Opinion, point 20

⁵⁴ The Opinion, point 74

⁵⁵ The Opinion, points 33 - 34

⁵⁶ The Opinion, point 35

⁵⁷ More closely see the Opinion, points 39 - 53

court seized is thus entitled to consider these three conditions. Article II(3) does not reserve this right only to arbitral body or the courts of the seat of arbitration.⁵⁸

According to the *Gasser case*⁵⁹ every court in Member States is entitled to examine its own jurisdiction which certainly includes the right to examine the validity of the arbitration agreement as a preliminary issue. Otherwise it would be possible for a party to avoid the proceedings merely by claiming that there is an arbitration agreement.⁶⁰ *A legal relationship cannot fall outside the scope of the Regulation simply because the parties have entered into an arbitration agreement. The Regulation becomes applicable if the substantive subject matter is covered by it. The preliminary issue to be addressed by the court seized is whether it lacks jurisdiction because of an arbitration clause and must refer the dispute to arbitration in application of the New York Convention is a separate issue. An anti-suit injunction which restrains a party in that situation from commencing or continuing proceedings before the national court of a Member State interferes with proceedings which fall within the scope of the Regulation.*⁶¹

In the final part of the opinion the AG deals with the view of the House of Lords that the anti-suit injunctions are required by the practical reality of arbitration proceedings and if the English courts lose the right to grant them that will mean competitive disadvantage for arbitration in Great Britain.⁶² The AG stresses that the above mentioned conclusions respect party autonomy. Proceedings before a national court occur only if the parties disagree as to validity or applicability of the arbitration agreement. In that situation it is not clear whether there is a real consensus of the parties to submit their dispute to arbitration. If a national court finds the arbitration agreement valid, it is required by the New York Convention to refer the case to arbitration.⁶³

To sum up the opinion of the AG, she does not expressly state if the anti-suit injunctions are within or out of the scope of the Regulation. However, they are clearly not compatible with it. The starting point is not the application for the injunction but the proceedings before a national court against which the injunction is directed. If these proceedings are covered by the Regulation, the injunction is not permissible because it infringes the operation of the Regulation. The only criterion as to whether the case falls within the Regulation is the subject matter of the proceedings. Here, the AG confirms the previous decisions of the ECJ. In the final provision the AG also advocates the change in the text of the Regulation in the sense that the arbitration should be included to the scheme of the Regulation.⁶⁴

5. HEIDELBERG REPORT

In September 2007 *Report on the Application of Regulation Brussels I, known as Heidelberg Report* (the Report) was published. The Report provides for a comprehensive analysis on the application of the Regulation in Member States. It addresses the practical application of the

⁵⁸ The Opinion, points 54 - 56

⁵⁹ Case C-116/02 - Erich Gasser v MISAT Srl., 9.12.2003

⁶⁰ The Opinion, points 57 - 60

⁶¹ The Opinion, point 62

⁶² The Opinion, points 63 - 65

⁶³ The Opinion, points 66 - 68

⁶⁴ The Opinion, point 73

Regulation in the Member States and brings proposals for its improvement.⁶⁵ Any of the proposals means fundamental change of the Regulation. *However, the general impression from the Report is that the Regulation is one of the most successful pieces of EC legislation.*⁶⁶

One of the proposals confers the exclusion of the arbitration from the scope of the Regulation. The general reporters of the Report were fully aware of the fact that the scope of the arbitration exception had been disputed in the literature during the last years. Therefore, they explicitly asked about the relationship between the Regulation and arbitration and about its extension to ancillary proceedings. Most of the national reports were critical towards possible extension of the Regulation to arbitration.⁶⁷

The Report recognizes that there is a tendency in the Member States not to extend the Regulation to arbitration. On the other hand it concludes that practical problems concerning the application of the exception must be resolved. The Report states some guiding principles which should be respected if the arbitration will be included into Regulation. Firstly, the New York Convention provides a uniform framework for the enforcement of arbitration agreements and arbitral awards. The Convention should not be infringed by a regional regulation. Secondly, the New York Convention has broad scope of application. The Regulation should not address questions dealt with by the Convention. *However, the prevalence of the New York Convention does not exclude supplemental and supporting provisions, especially provisions concerning interfaces between the Convention and the Regulation.*⁶⁸

The interfaces relate to these issues: the enforcement of an arbitration agreement, ancillary measures, recognition and enforcement and conflicts between arbitral awards and judgements.⁶⁹ The first problem concerns the recognition of declaratory judgements on the validity of an arbitration clause. These judgements have not been understood as to fall under the Regulation so far. As a consequence an arbitration agreement may be considered valid in one Member State and void in another. The result of this fact is the possible existence of parallel proceedings and conflicting judgements.⁷⁰ The deletion of the arbitration exception would bring these judgements under the scope of the Regulation. The relation between the Regulation and New York Convention would be solved by the Article 71 of the Regulation which gives precedence to the New York Convention. Even after the deletion arbitration proceeding would not be qualified as court proceedings and arbitral award would not be a judgement. The Regulation would cover only court proceedings concerning arbitration and a judgement relating to the validity of an arbitration agreement could be recognised according to the Regulation. The above mentioned danger of conflicting decisions would be diminished.⁷¹

⁶⁵ For details concerning the methodology, scope and aim of the Report see its p. 4 and following

⁶⁶ The Report, p. 1, point 1

⁶⁷ The Report, p. 51 – 54, points 109 - 114

⁶⁸ The Report, p. 54, point 116

⁶⁹ The Report, p. 55 – 56, points 117 - 120

⁷⁰ The Report, p. 56, point 121

⁷¹ The Report, p. 57 – 58, point 122

The deletion of arbitration exception would also extend the scope of the Regulation to the measures ancillary to arbitration. Concerning this issue it is suggested that the arbitration must be address positively as well. It would be suitable to add a new head of the exclusive jurisdiction for ancillary proceedings at the state court of the seat of arbitration. The problem of this solution is that sometimes the place of arbitration is not determined in the arbitration agreement and there is no uniform definition of the seat in the Member States. The new head should be supplemented by some kind of guideline for a determination of the seat of arbitration. Another alternative is to add a specific head of jurisdiction into the Article 5. However, Article 5 does not prevent concurring proceedings.⁷²

It is also suggested to insert into the Regulation the provision drafted in the line of Article 23(3) which would regulate the formal validity and legal effects of an arbitration clause. But this suggestion has several problematic aspects. At first, such provision would overlap with Article II of the New York Convention. Such a provision would cover not only the commercial arbitration, but also arbitration for example in consumer matters. This proposal would require the change of the Article 1(2) of the Rome Convention (Regulation Rome I). As a result of this solution the arbitration would become a matter of Community law.⁷³

Finally, it is suggested that the arbitration should be one of the ground for non-recognition. At present recognition and enforcement of judgements rendered in disregard of arbitration agreement are widely accepted in case law and legal doctrine. The question is whether an award can be assimilated to a judgement. The free movement of judgement in the EU is based on the mutual trust in the court systems of the Member States. The assimilation of awards would require the same trust in relation to arbitration which is at present probably not possible.⁷⁴

To conclude the authors of the Report seem that it is not appropriate to make far-reaching amendments to the Regulation. But they realize that the present situation is not satisfactory. Thus, they suggest following changes. Article 1(2)(d) should be deleted. Specific provision on supportive proceedings should be inserted into Article 22(6): „*In ancillary proceedings concerned with the support of arbitration the courts of the Member State in which arbitration takes place.*“ They also suggest addressing the situation of concurring litigation on the validity of the arbitration agreement in different Member States. They wanted the new Article 27A to be added: „*A court of a Member State shall stay the proceedings once the defendant contests the jurisdiction of the court with respect to existence and scope of an arbitration agreement if a court of the Member State that is designated as place of arbitration in the arbitration agreement is seized for declaratory relief in respect to the existence, the validity and/or scope of that arbitration agreement.*“ Finally, a new recital should be inserted addressing the issue of the place of arbitration: „*The place of arbitration shall depend on the agreement of the parties or be determined by the arbitral tribunal. Otherwise, the court of the Capital of the designated Member State shall be competent, lacking such a designation the court shall be competent that would have general jurisdiction over the dispute under the Regulation if there was no arbitration agreement.*“⁷⁵

⁷² The Report, p. 58 – 60, points 124 - 125

⁷³ The Report, p. 60 – 61, point 126

⁷⁴ The Report, p. 61 – 64, points 127 - 130

⁷⁵ The Report, p. 64 – 65, points 131 – 136

6. CONCLUSION

Since the Brussels Convention entered into force, there has been a debate relating to the scope of arbitration exception. Even the decisions of the ECJ, which introduced the subject matter criterion, have not made everything clear. While some questions concerning arbitration come under the exception and are thus excluded from the Regulation, some are covered by it and some of them are questionable. The most problematic have been proceedings concerning the validity of an arbitration agreement as a main issue, judgements rendered in such proceedings, proceedings in which the validity of an arbitration agreement constitutes the preliminary issue and judgements rendered in disregard of an arbitration agreement. While the first two questions are according to most authors excluded from the Regulation in accordance with ECJ's decisions, the other two fall within its scope. This distinction has been criticised as not persuasive.

Anti-suit injunctions constitute specific issue in relation to arbitration. At present the judgement of the ECJ in the case *Front Comor* is expected. The Advocate General in her opinion suggests extending the principles set by the ECJ in the *Turner judgement* even to the anti-suit injunction in support of arbitration. We can assume that the ECJ will follow its previous decision and will confirm that anti-suit injunctions are not compatible with the Regulation.

Next year, the European Commission is going to implement the amendments of the Regulation. One of the suggested is the deletion of the arbitration exception in the Article 1(2)(d) and several relating amendments. On one hand, the Member States in the Report expressed their will not to change the present state of the Regulation concerning arbitration. On the other hand, the present situation is clearly not satisfactory. The suggested amendments would resolve at least some of the questions which are now problematic.

Literatura:

- Ambrose, C.: Arbitration and Free Movement of Judgements, *Arbitration International*, Vol. 19, No. 1, LCIA, 2003, p. 3 – 26
- Beraudo, J.P.: The Arbitration Exception of the Brussels and Lugano Conventions: Jurisdiction, Recognition and Enforcement of Judgements, *Journal of International Arbitration* 18(1), Kluwer Law International, 2001, p. 13 . 26
- Briggs, A., Rees, P.: *Civil Jurisdiction and Judgements*, London: Norton Rose, LLP, 2005, 734 pages
- Hess, B., Pfeiffer, T., Schlosser, P.: *Report on the Application of Regulation Brussels I in the Member States*, Heidelberg: Ruprecht-Karls-Universität Heidelberg, 2007, available from http://ec.europa.eu/civiljustice/news/whatsnew_en.htm
- Jenard, P.: Report on the Convention on jurisdiction and the recognition and enforcement of judgments in civil and commercial matters, OJ No C 59, 5.3.1979

- Kessler, C., Hope, J.: The ECJ Reference in the Front Comor: Much Ado About Nothing?, *Arbitration International*, Vol. 24, No. 2, LCIA, 2008, p. 331 – 335
- Lew, J.D.M., Mistelis, L.A., Kröll, S.M.: *Comparative International Commercial Arbitration*, The Hague: Kluwer Law International, 2003, 904 pages
- Magnus, U., Mankowski, P.: *Brussels I Regulation*, München: Sellier European Law Publisher, 2007, 852 pages
- Schlosser, P.: Report on the Convention on the accession of the Kingdom of Denmark, Ireland and the United Kingdom of Great Britain and Northern Ireland to the Convention on jurisdiction and the recognition and enforcement of judgments in civil and commercial matters and to the Protocol of its interpretation by the Court of Justice, OJ No C 59, 5.3.1979
- Sereki, H.: Anti-suit Injunctions and Arbitration: A Final Nail in the Coffin?, *Journal of International Arbitration* 23(1), Kluwer Law International, 2006, p. 25 - 38
- Van Haersolte-van Hof, J.J.: The Arbitration Exception in the Brussels Convention: Further Comment, *Journal of International Arbitration* 18(1), Kluwer Law International, 2001, p. 27 – 39
- Van Houtte, H.: Why Not Include Arbitration in the Brussels Jurisdiction Regulation, *Arbitration International*, Vol. 21, No. 4, LCIA, 2005, p. 509 – 521

Kontaktní údaje na autora – email:

svobodovak@email.cz

THE APPLICATION OF THE PROVISIONS IN THE FIELD OF HUMAN RIGHTS – SOME ISSUES IN THE RELATION TO THE CHARTER OF FUNDAMENTALS RIGHTS OF THE EU

NADĚŽDA ŠIŠKOVÁ

Department of European Law, Jean Monnet Profesor in EU Law, Palacky University, Czech Republic

Abstrakt v rodném jazyce

Článek se zabývá některými problémy v souvislosti s aplikací ustanovení Charty základních práv EU a norem sekundární legislativy v oblasti lidských práv. Hodnocení je uskutečňováno s ohledem na analýzu podmínek sine qua non: problém závaznosti, konstrukce norem a eventuality kontrolního mechanismu.

Abstract

The article deals with certain problems concerning the application of provisions of the Charter of Fundamental Rights of the EU and secondary legislation in the field of human rights. The evaluation is made in the regard to the 3 conditions sine qua non: issues of binding character, construction of norms and eventuality of the control mechanism.

The effective enforcement of the provisions of the Charter of Fundamentals rights of the EU is underlied by 3 conditions sine que non :

1. binding character and legal status of this instrument,
2. construction of its norms,
3. its control mechanism.

1. QUESTIONS OF LEGAL STATUS OF THE CHARTER

During mere 8 years of the existence of the Charter, (from its proclamation till now), several attempts to change its status were made. At the time being the issues of the binding character of the Charter creates the direct link with the legal life of Lisbon Treaty and without the entering into the force of Reform Treaty is not possible.

2. THE CHARTER AND THE ISSUES OF CONTROL MECHANISM

Despite the considerable generosity of this European Union's Bill of Rights as regards to its material provisions concerning concrete rights, it absolutely lacks its own control mechanism in the form of the institutional provisions and procedural guarantees of enforcement of those rights.

This fact is striking especially in comparison with the European Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms, which contains an effective control mechanism comprising the institute of individua complaints that enables private persons to appeal directly and to invoke their claims of a human rights nature within the Strasbourg proceedings.

3. CONSTRUCTION OF NORMS AND VAGUE FORMULATIONS OF THE CHARTERS PROVISIONS

The analysis of the construction of norms contained in this catalogue of the EU human rights standard shows a number of vague formulations and provisions of program character, especially concerning the economic and social rights, where a direct effect can be hardly anticipated. The provision of Article 31, para 1, can serve as an example: 'Every worker has the right to working conditions which respect his of her health, safety and dignity'.

Based on the aforesaid, it can be stated that the Charter from its own nature as a brief document of the constitutional character is capable to articulate the rights in a very general way, whereas it leaves the filling of the contents of such generally declared rights to the secondary legislation, national laws, and the authoritative interpretation by the European Court of Justice.

Besides while solving the question of the effectiveness of enforcement of concrete provisions of the Charter, the nature of the particular right is determining. In this sense, it is important to distinguish if they are personal and political rights or rights of an economical and social nature. The latter ones, considering the difficulties in the effort to reach consensus among Member States when incorporating those rights into the Charter, have been divided into social rights and social principles (aspirations)¹. In other words, some rights are understood as subjective enforceable entitlements, while the others as mere provisions of the programme character or definitions of objectives to be reached.

With regards to the above-mentioned peculiarity of the Charter it is hardly possible to anticipate enforcement of these above-mentioned norms by individuals directly before the national courts of Member States in all the cases. So in consideration therefore comes the enforcement of such provisions at EC/EU level.

4. ISSUES OF THE ENFORCEMENT OF THE CHARTERS PROVISIONS AT EC/EU LEVEL/ DE LEGE LATA/

Concerning the application of the vague provisions of the Charter at the Community level, i.e. before the European Court of Justice or the Tribunal of First Instance, certain problems must be mentioned. Namely, within the proceedings before the European Court of Justice in the cases of the infringement of those human rights, contained in the acts of the secondary

¹ For detailed differentiation of rights and principles within the Charter's provision see Updated Explanation relating to the text of the Charter of Fundamental Rights, Conv. 828/03, Brussels, 9.July 2003, at. 1-52

² Ward, A.: 'The Draft EU Constitution and Private Party Access to Judicial Review of EU Measures', p. 212-214. Ward, A.: Access to Justice, in Peer, J., Ward, A (ed.), 'Hart Publishing', Oxford and Portland, Oregon, 2007, p. See Jacobs, E.: Human Rights in the European Union: The Role of the Court of Justice, (2001), 26 E.L.Rev., Sweet and Maxwell, at 333.

³ See Case I-174/01 Jégo-Quéré and Cie v. Commission [2002] ECR II-2365, Opinion of Advocate General Jacobs in case C-50/00 Union de Pequenos Agricultores v. Council.

⁴ Working Group II, Working document 021 from 1.10.2002: 'The question of effective judicial remedies and access of

individuals to the European Court of Justice', <http://european-convention.eu.int/docs/wd2/3299.pdf>.

⁵ Biernat, E.: 'The Locus standi of Private Applicants under Article 230(4) EC and the Principle of Judicia Protection in the European Community', New York University School of Law, New York, 2003, p. 51.

legislation, the individual as unprivileged plaintiff has a very hard position being an object of some restrictions. It is due to the fact that under the current wording of Article 230 TEC, the natural or legal person must prove that this act is of direct and individual concern to him or her. It is just the word individual that cause certain problems in practice. Especially it can be considered as the source of unnecessary limitations as regards to individuals, namely in the cases of regulations, as the acts of general nature and normative character where it is rather difficult, if not impossible, to prove that those acts are of individual concern to private parties.

The Constitutional Treaty and after it the Treaty of Lisbon tried to reduce to some extent these restrictions. In this respect, three eventual options were discussed at the meeting of the Working Group II of the Convention.

As the result of the discussion the new wording of the provision of Article 230(4) was incorporated into the text of the Constitution and later on into the Lisbon Treaty as follows: 'Any natural or legal person may, under conditions laid down in the first and second paragraphs, institute proceedings against an act addressed to that person or which is of direct or individual concern to him or her, and against a regulatory act which is of direct concern to him or her and does not entail implementing measures.' (article 263 (4) of the Lisbon Treaty).

So certain progress was reached, but only concerning one groups of act, especially in such exceptional situations where currently there is no protection at any level, and when the private parties have even to break the law in order to have the access to justice.

5. PROPOSALS DE LEGE FERENDA

It is necessary to stress, that at the same time the Advocate General Francis Jacobs tried to give away the restrictions towards the private parties by the extension of the interpretation of the word „individual“.

Under his opinion in the case *Union Pequenos*, 'the applicant is individually concern by a Community measure where the measure has, or is liable to have a substantial adverse effects on his interests.'

Although the fact, that ECJ agreed with the Jacob's argumentation concerning the unsatisfactory conditions of locus standi of natural and legal persons under the wording of the article 230 p.4, nevertheless it declared, that the those changes could be done only by the way of the appropriate modifications of the Treaties.

In our opinion the Jacobs argumentation is worth including into the Reform treaty.

Two other proposals of the Convention Members – to convert the conditions of 'direct' and 'individual' into alternative criteria (i.e. 'direct or individual concern) or simply delete the words 'an individual'¹⁵ – were also refused. The reasoning of the rejection of all these proposals was that it 'could lead to a rather significant opening-up of direct access of individuals to the Court of First Instance.

While evaluating the discussed options, it must be stressed that in our opinion the risk of increasing the number of cases and the overloading of the judicial body cannot be a strong reason for the continued existence of restrictions for private parties in the future. An adequate measure for the solution of this problem could be found in the possibility of the omission of the word „individually“ from the text of the mentioned provisions. This would enable

individuals to appeal for the review of those acts of secondary legislation that have the human rights dimension.

Regardless of the changes suggested herein, it is eligible and worth considering introducing a special procedure for violating of rights granted by the Charter. We suppose that this proceeding could be structured either in the form of the incorporation of a new action on breach of human rights protected by the Charter in the text of the Treaty or by the extending the Charter itself, especially the Chapter VI 'Justice' of this coherent catalogue, which will contain the provisions dealing with the control mechanism. The latter mentioned version will reach the analogical solution as in the case of the European Convention for the protection of human rights, which also has provisions of procedural character incorporated in to the text of the instrument itself.

In our opinion, the introduction of a new procedure for violation of rights granted by the Charter will mean creation of the European Union's sub-regional system of human rights protection, which would contain a binding catalogue of human rights combined with an effective control mechanism for its enforcement. In our opinion this solution concerning proper legal life of Charter will be the most optimal and thus is the most preferable towards the individual. The eventuality of the accession of the EU to the European Convention on Human Rights doesn't lower the importance of the introduction of its own control mechanism of the Charter, because the Convention brings the standard of protection of human rights de minimis in the pan-European region. The creation of the mechanism for the enforcement of the Charter of the EU in the form of special proceedings in this connection seems to be a further step aiming the construction of the highest standard of the protection of the individuals' rights in the European Union area.

Kontaktní údaje na autora – email:

Nadezda.Siskova@upol.cz

SELECTED ASPECTS OF IMPLEMENTATION OF REGULATION (EC) NO 882/2004 ON OFFICIAL CONTROLS IN THE CZECH REPUBLIC

JANA TKÁČIKOVÁ

Faculty of Law, Masaryk University, Czech Republic

Abstrakt v rodném jazyce

Zajištění vysoké úrovně ochrany zdraví nejen lidí si vyžádala nový komunitární právní rámec oblasti bezpečnosti potravin a krmiv, tzv. od vidlí po vidličku. Primární odpovědnost za bezpečnost potravin a krmiv sice nesou provozovatelé potravinářských a krmivářských podniků, nicméně pravomoc a povinnost členských států kontrolovat dodržování povinností provozovateli musí zůstat zachována. Národní kontrolní systémy, včetně českého, musí pružně reagovat na nové požadavky. Předmětem příspěvku jsou tak vybrané otázky implementace úředních kontrol v oblasti bezpečnosti krmiv v České republice.

Klíčová slova v rodném jazyce

Bezpečnost potravin a krmiv, úřední kontrola, příslušný orgán, Ústřední kontrolní a zkušební ústav zemědělský.

Abstract

A high level of protection of human health has required a new Community legal framework in food and feed safety area. Even if food and feed business operators are primary responsible for food and feed safety, the power and the obligation of Member states to carry out controls on compliance with operators obligations have to be preserved. National control systems including the Czech one shall be flexibly adapted to new requirements. Consequently, the selected aspects of official control implementation in feedingstuffs area within the Czech Republic are topic of this contribution.

Key words

Food and feed safety, official control, competent authority, Central Institute for Supervising and Testing in Agriculture.

1. ABOUT FOOD AND FEED SAFETY IN GENERAL

High level of consumer protection together with smooth operation of the single market has required extensive harmonisation of food and feed law within European Union. Food safety has started to be viewed in a broader concept as a safety of the whole food chain which begins on farms and ends on tables.

It is laid down that food and feed must not be placed on the market if it is unsafe. There is primary responsibility of food and feed business operators that activities under their control are carried out in compliance with law. That is why business operators have the best position for source quality determination. That responsibility cannot be assumed by another person. On the other hand only state has power to enforce the law. There is established a general obligation for member states to organise official controls for the purpose. In compliance with

article 17 (2) of General Food Law¹ *member states shall enforce food law, and monitor and verify that the relevant requirements of food law are fulfilled by food and feed business operators at all stages of production, processing and distribution.* Therefore there was established a harmonised Community framework to design and integrate national control systems at all stages of production and in all relevant sectors. The Regulation on Official Controls² has made new demands on member states and national competent authorities in this way. Of course, the Czech Republic through their competent authorities in this area has had to implement Community regulations in an appropriate way.

2. OFFICIAL CONTROLS IN GENERAL

The control is a part and parcel of every managing activity and it is materialized through relevant managing relationships as well as it shares reaching of aims, which are achieved by pointed activity in a specific way. Primary control is carried out by food and feed business operators. They have obligations to apply internal control systems within their business activities. The competent authorities carry out the second level of the control whether food and feed business operators respect Community and national legislation. Finally, whether the member state controls are carried out in an appropriate way and whether these national control system is functional there are organised Community controls (inspections and audits) performed by the Commission's Food and Veterinary Office (FVO) for this purpose.

If we want to focus just on official controls it is necessary to define this term and its scope. Official control is defined in article 2 point 1 of Regulation on Official Controls as any form of control that the competent authority or the Community performs for the verification of compliance with food and feed law, animal health and animal welfare rules. There are two levels of official controls (national and Community) which scope covers food and feed safety together with other important factors affecting food chain, animal health and animal welfare. Performance of official controls should help in achieving of prevention, elimination or reduction to acceptable level risks to human and animal health and in ensuring of guarantee fair practices in feed and food trade and in protecting consumer interests. Regulation on Official Controls shall be without prejudice to specific Community provisions concerning official controls (special attention is paid for example to products of animal origin intended for human consumption³ or to products of organic farming⁴). On the other hand, the area of common organisation of the markets of selected products which is ensured with a well established and specific control system is excluded from the scope of official controls.

¹ Regulation (EC) No 178/2002 of the European Parliament and of the Council of 28 January 2002 laying down the general principles and requirements of food law, establishing the European Food Safety Authority and laying down procedures in matters of food safety, as amended.

² Regulation (EC) No 882/2004 of the European Parliament and of the Council of 29 April 2004 on official controls performed to ensure the verification of compliance with feed and food law, animal health and animal welfare rules, as amended.

³ Regulation (EC) No 854/2004 of the European Parliament and of the Council of 29 April 2004 laying down specific rules for organisation of official controls on products of animal origin intended for human consumption, as amended.

⁴ Council Regulation (EEC) No 2092/1991 of 24 June 1991 on organic production of agricultural products and indications referring thereto on agricultural products and foodstuffs, as amended, which is repealed from 1 January 2009 by Council Regulation (EC) No 834/2007 of 28 June 2007 on organic production and labelling of organic products and repealing Regulation (EEC) No 2092/1991.

Problematic aspect in definition scope of official controls could be found in phytosanitary area. It seems that plant health⁵ is not explicitly involved in the definition of official controls. However, plant health in general is one of the aspects which should be taken into account when objectives of food and feed law are being achieved. Moreover, the food chain is really interconnected itself. Therefore, plant health control shall be the part of MANCPs and it is under Community control.

Member states organise official controls through their designate competent authorities. With respect to wide scope of official controls there has been created a complete control system in each member state for these purposes. Effective implementation of member state obligation on official control organisation is assisted by single integrated multi-annual national control plan (MANCP) which shall be prepared by each member state in accordance with guidelines⁶ drawn up by the Commission. Competent authorities carry out official controls in compliance with MANCP. Minimal content requirements of MANCP are laid down by article 42 (2) Regulation on Official Controls.

There could be noted some general principles related to official control performance.

1. The performance of official controls shall be without prejudice to food and feed business operators' primary legal responsibility and any civil or criminal liability arising from the breach of their obligations. (Art. 1 (4) Regulation on Official Controls);
2. Official controls shall be carried out regularly, on a risk basis and with appropriate frequency, as a rule without prior warning. (Art. 3 (1) and (2) Regulation on Official Controls);
3. Official controls shall cover the whole food chain (from farm to fork). (Art. 3 (3) Regulation on Official Controls);
4. Official controls shall be carried out in compliance with both transparency and confidentiality principles. (Art. 7 Regulation on Official Controls) ;
5. The performance of official controls shall be applied, with the same care, to products within Community, to products imported from the third countries or to products exported outside Community. (Art. 3 (4) Regulation on Official Controls);
6. In case of non-compliance or breach law identification a timely and appropriate measures shall be adopted at national level throughout the Community to ensure remedy.

⁵ Official controls with regard to harmful organisms to plants and plant products are already adequately ensured by Council Directive 2000/29/EC of 8 May 2000 on protective measures against the introduction into the Community of organisms harmful to plants or plant products and against their spread within the Community, as amended (see point 8 Regulation of Official Control Recital).

⁶ Technical guidelines are not binding but they are useful for better implementation of Community regulations and they shall be taken into account according to article 43 (1) of Regulation on Official Controls. The importance of the guidelines lies in promotion consistent, comprehensive and integrated approach to the operation of controls.

3. OFFICIAL CONTROLS IN THE CZECH REPUBLIC

The Czech national control system within food and feed safety area has been developed during more than last ten years. Regulation on Official Controls brings other new requirements which shall be implemented into national control system. Ministry of Agriculture in cooperation with other relevant subjects prepared MANCP for time period 2007 – 2009 in compliance with articles 41 – 43 Regulation on Official Controls and with respect to Commission Decision on Guidelines⁷. The MANCP summaries control systems in relevant areas in the Czech Republic and it is groundwork for planning, development and coordination of control activities.

In the Czech Republic official controls are carried out by competent state administrative authorities in the way of administrative supervision including monitoring. There are two central state administrative authorities, **Ministry of Agriculture** and **Ministry of Health**, which have powers to manage, control and coordinate administrative supervision performance, which is carry out by specialized administrative bodies. Ministries ensure instance control in relation to competent administrative body decision making. They are also responsible for making legal basis⁸ for the official control performance.

It was already said above that performance of official controls is ensured by specialized administrative bodies within their law set competence. The structure of the Czech national control system is represented in Picture 1.

There is specification of competence scope of competent administrative authorities subordinated to the Ministry of Agriculture below:

- **State Agriculture and Food Inspection Authority**⁹, which is responsible for controls on agricultural products, foodstuffs including raw materials if there has no power another administrative authority;
- **State Veterinary Administration**¹⁰, which is responsible for controls on products of animal origin including raw materials, animal health and animal welfare. There is also the **Institute for State Control of Veterinary Biologicals and Medicines**¹¹ with a specific position (administrative body established by Ministry of Agriculture but subordinated to State Veterinary Administration), which is responsible for controls on veterinary medicines;

⁷ Commission Decision of 21 may 2007 on guidelines to assist Member States in preparing the single integrated multiannual national control plan provided for a Regulation (EC) No 882/2004 of the European Parliament and of the Council

⁸ With the exception of general binding Community regulations legal basis for official controls comprise several laws.

⁹ Its competence arises particularly from the Act No 146/2002 Coll., as amended, the Act No 110/1997 Coll., as amended, and the Act No 321/2004 Coll., as amended.

¹⁰ Its competence arises particularly from the Act No 166/1999 Coll., as amended, the Act No 110/1997 Coll., as amended, and the Act No 154/2000 Coll., as amended, the Act No 246/1992 Coll., as amended.

¹¹ Its competence arises from the Act No 166/1999 Coll., as amended, and the Act No 378/2007 Coll., as amended.

- **Czech Institute for Supervising and Testing in Agriculture**¹², which is responsible for controls on feedingstuffs;
- **Czech Breeding Inspection**¹³, which is responsible for controls on identification and registration of animals;
- **State Phytosanitary Administration**¹⁴, which is responsible for controls on plant health including plant protection products;

The Ministry of Health together with **Regional Public Health Offices** as public health protection authorities¹⁵ are responsible for controls on food hygiene on catering.

Partial aspects of official controls come under competences of other central state administrative authorities. Ministry of Finance by force of Custom Administration participates on import controls. Radioactive contamination monitoring is carried out by State Office for Nuclear Safety. However state authorities mentioned in this paragraph have no competent authority status in accordance with Regulation on Official Controls. Their findings within their legal powers are impulse for above mentioned competent authorities.

In my opinion there should not be neglected an organic farming issue in the Czech national control system. There are rather specific requirements on controls on this area¹⁶ but these don't exclude application of Regulation on Official Controls even the fact that controls on this area are carried out by private bodies¹⁷ control approved by Ministry of Agriculture. These private bodies are commissioned for control performance except of imposing enforcement measures.

With respect to number of competent authorities it is necessary in compliance with article 4 (3) of Regulation on Official Controls to ensure efficient and effective coordination among all competent authorities. Food Safety Coordination Unit has worked since 2002 inter-ministerial body for coordination activities of Ministries and administrative supervisory bodies and non-governmental organisations with exception of control activities. Ministry of Agriculture made reorganisation three years ago and Food Authority was established as one of ministerial section which coordinates control activities of subordinated administrative bodies and communicates with Ministry of Health.

¹² Its competence arises from the Act No 147/2002 Coll., as amended, and the Act No 91/1996 Coll., as amended.

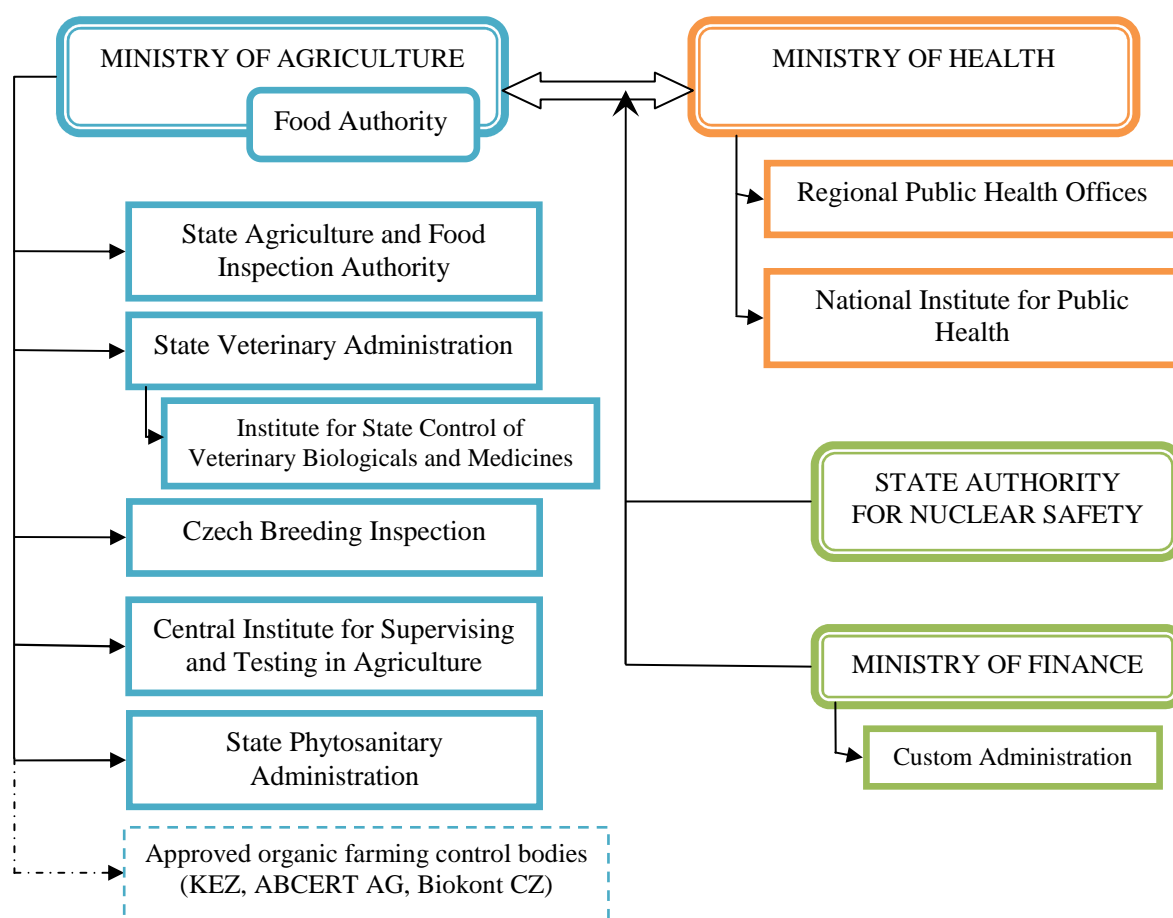
¹³ Its competence arises from the Act No 154/2002 Coll., as amended.

¹⁴ Its competence arises from the Act No 324/2006 Coll., as amended. State Phytosanitary Authority is not competent authority in accordance with Regulation on Official Controls. It was mentioned above that plant health is not subordinated to legal definitions in Regulation on Official Controls. But some aspects of official controls are applied to the plant health area, e.g. MANCPs. Therefore, authority dealing with plant health is an inseparable component of the national control system.

¹⁵ Their competence arises from the Act No 110/1997 Coll., as amended and the Act No 258/2000 Coll., as amended. There is National Institute for Public Health established by Ministry of Health as a state contributory organisation which provides scientific support to public health protection authorities.

¹⁶ Regulation (EC) (see footnote 4) and the Act No 242/2000 Coll., as amended.

¹⁷ KEZ (beneficiary association), ABCERT AB (German company with branch in the Czech Republic), Biokont CZ (limited liability company)



Obrázek 1 Czech National Control System

4. FEED SAFETY AND CENTRAL INSTITUTE FOR SUPERVISING AND TESTING IN AGRICULTURE

The competent authorities for performing official controls shall meet a number of operational criteria. How some important requirements on official controls are satisfied is documented on feedingstuff controls which are primary organised by Central Institute for Supervising and Testing in Agriculture (CISTA).

It is necessary to say that CISTA is an experienced player within this area. CISTA has looked after feedingstuff area since the fifties of the last century. Nowadays there are two acts which stipulated a legal base of CISTA competence in this area. The Act No 147/2002 Coll. on CISTA, as amended, is a general legal regulation which lays down among others that CISTA performs administrative proceedings and carries out other administrative activities, expert and testing tasks and control and monitoring activities in accordance with special acts, the feedingstuff area is mentioned in letter b) of article 2 (1). The Act No 91/1996 Coll. on Feedingstuffs, as amended, is a special act which sets forth CISTA powers to supervise compliance with obligations imposed by this Act and by Community legal regulations¹⁸.

¹⁸ They include those rules which are directly applicable on natural persons and legal entities. Regulation (EC) No 183/2005, Regulation (EC) No 1831/2003, Regulation (EC) No 999/2001, Regulation (EC) No 1774/2002,

CISTA follows triennial control plan which is included in MANCP. Moreover there is drawn up a control plan for each year extra. Recently, there were made some changes in CISTA organisation structure with the purpose of improved implementation of article 4 (2) letter a) and (4) Regulation on Official Controls; requirements on effectiveness, impartiality and consistency of official control could be ensured in better way. The Official Control Section was established and three divisions were formed within this Section. Staff of Division of Agricultural Inspection which is decentralized into 6 regional departments carried out on spot controls, on farms and in establishments. Division of Feedingstuff and Soil Safety prepares control plan, performs supervising execution and provides other related administrative or expert activities. The third one, Division of Animal Production, is responsible for feedingstuff biological testing¹⁹.

CISTA control staff is assisted by CISTA National Reference Laboratory (NRL) which is official laboratory according to the article 12 Regulation on Official Controls. NRL carries out the analysis of samples taken during the controls. NRL is accredited in accordance with ISO17025 by the Czech Accredited Institute (compare with Art. 12 (2) letter a) Regulation on Official Controls). Moreover, two of NRL departments²⁰ have been designated as national reference laboratories for Community reference laboratory in compliance with article 33 Regulation on Official Controls.

However, some special control tasks, which are connected with feed safety, are performed in cooperation with other competent authorities. State Veterinary Administration is responsible for controls on imported feedingstuffs of animal origin. CISTA in cooperation with State Veterinary Administration carry out controls on animal by-products (just on feedban and aspects related to feedingstuffs). The other one, Institute for State Control of Veterinary Biologicals and Medicines performs controls on medicated feed. CISTA should also cooperate with Customs Administration in the field of imports of plant origin feed. Effective coordination of above mentioned activities is ensured by Food Authority of the Ministry of Agriculture.

Suitably qualified and experienced control staff together with adequate laboratory capacity should help to perform officials control in effective and appropriate way. Most of CISTA control staff has university degree in relevant expert field. CISTA organises regularly trainings and seminars for its staff on new legislation or control proceedings. The guideline for the qualification of the staff was drawn up for this purpose. The aptitude for multidisciplinary cooperation (see Art. 6 letter c) Regulation on Official Controls) could be found in integration of controls in feed, soil and fertilizer area at the primary production level (on farms) in future.

Regulation (EC) No 1829/2003, Regulation (EC) No 1830/2003, Regulation (EC) No 178/2002. For details see <http://eur-lex.europa.eu/en/index.htm>.

¹⁹ Biological testing means efficiency and safety determination of feedingstuff or additive. It is not very appropriate that CISTA performs biological testing because CISTA simultaneously control results of biological testing when the feed business operator applies for permission to produce or to distribute feedingstuff extracted with using of new technological procedure. There is no security that the control impartiality is ensured in adequate way.

²⁰ Regional Department of NRL in Brno in area of heavy metals in feedingstuffs and Regional Department of NRL in Opava in areas of feed additives and mammalian tissue presence in feedingstuffs

Feedingstuff controls are planned and carried out on a risk based analysis²¹ in compliance with article 3 (1) Regulation on Official Controls. Division of Agricultural Inspection carries out both routine and targeted controls. Routine controls are focused on industrial production, primary production, transport and imports²² in general whether the conditions setting down in approval or registration are satisfied and whether relevant legal requirements are complied with (e.g. feed hygiene, labelling). Routine controls include all types of products (compound feedingstuffs, additives, premixtures, feed material) without exception. Targeted controls are concern with problematic areas. Nowadays dioxine, mycotoxine or genetic modified organisms are the objects of targeted controls. There are also carried out extraordinary controls, which emerge from complaints or RASFF²³ notifications. If it is necessary, additional controls are carried out in order to verify compliance with imposed correct measures or to prove repeated breaches of relevant legislation. Finally, monitoring of undesirable, prohibited and polluted substances (e. g. heavy metals, persistent organic pollutants, dioxine, mycotoxine, antibiotics, growing stimulators) in feedingstuffs in accord with Commission recommendations is performed by Division of Feedingstuff and Soil Safety. Number of controls in general depends on CISTA personnel capacity and on number of controlled establishments. It is possible to state that controls covered whole feed chain from primary production to distribution of feedingstuffs in compliance with article 3 (3) Regulation on Official Controls.

Controls itself are carried out according to the Act No 552/1991 Coll. on State control, as amended, which lays down the principal rules for control activities, and the Acts on feedingstuffs and on CISTA, which lay down other specifics for feedingstuff area. These legal regulations ensure legal powers for CISTA staff to carry out official controls (see Art. 4 (2) letter e) Regulation on Official Controls). Control staff shall be free from any conflict of interest and the impartiality of official controls shall be ensured (see Art. 4 (2) letter b) and (4) Regulation on Official Controls). It is set down in article 10 of the Act on State control that controls must not be performed by persons that could be prejudiced in relation to controlled persons or to control objects. Furthermore there is applied controlled rotation of control staff from inspection to inspection in CISTA for this purpose. It is not obvious from the legal regulations whether the controls are carried out without prior warning (see Art. 3 (2) Regulation on Official Controls). There is only prescribed that the start of control and the enter into establishment shall be notified to controlled person. The consistency and unique control quality is ensured by many guidelines and methodologies which afford unified base for control performance considering current law.

Official controls are usually carried out in the form of inspections, audits or verifications. Monitoring is also applied as mentioned above²⁴. All sampling and analysis methods used by

²¹ There are four main criteria for risk categorisation: type of feedingstuff, production scope, type of establishment and previous control results.

²² It was mentioned above that controls on imports of animal origin feed are performed by the State Veterinary Administration. Import of plant origin feed is probably not so usual. Moreover, the Czech Republic is not a typical point of entry. That is why there are no available documents on import control performance and rather poor cooperation between CISTA and Custom Administration.

²³ Rapid Alert System for Food and Feed (see <http://www.bezpecnostpotravin.cz/Index.aspx?ch=552&typ=1&val=71298&ids=0>)

²⁴ Compare with articles 2 (containing definitions) and 10 Regulation on Official Controls.

NRL are validated²⁵ and tested in proficiency tests. Three final samples²⁶ should be always taken in order to comply with article 11 (5) and (6) of Regulation on Official Controls. The provisions of Decree No 124/2001 Coll. conform to it.

The protocol is drawn up on each control containing control findings, drawbacks and broken provisions of legal regulations. Controlled person has to be informed on protocol content and to receive a copy of it. Control protocols as well as laboratory analyses are recorded in database and connected to database of registered or approved business operators. Records are available for control staff and serve for following control planning.

If the control detects any non-compliance, it is the reason for taking an action in order to be ensured that the remedy will be done by business operator. The article 18 of the Act on Feedingstuffs, which creates legal power to impose corrective measure to CISTA staff, refers to Regulation on Official Controls as for types of corrective measures. Provision of written notification of the decision to the operator concerning the action and imposing measures as well as information on rights of appeal against such decision is ensured by the Act on Administrative Procedure. Imposition of corrective measure shall be without prejudice to administrative or criminal liability application. Sanctions (fines) for infringements are laid down in the Act on Feedingstuffs. Whether they are effective, appropriate and dissuasive in compliance with article 55 (1) Regulation on Official Controls it is hard to say. It depends on more aspects than only fine rate. In case of extraordinary situations when the risk to human health deriving from feed is ascertained (e.g. rejection of feed consignment from third country) CISTA notifies it through RASFF. For this purpose CISTA has developed methodical instruction.

Achieving the objectives of Regulation on Official Controls shall be supported by internal or external audits²⁷ which each competent authority including CISTA shall undergo. The purpose of audit system is to verify whether official controls are carried out as intended, effectively implemented and suitable to achieve the objectives of the relevant legislation including compliance with MANCP. In this context CISTA has adopted following measures:

- New independent Division of Audit and Quality Management was established and is directly subordinated to Director General;
- ISO 9001 will be implemented by the end of 2009 in CISTA.

Besides, Community general and specific audits are carried out by Commission experts in all Member States. These audits verify that official controls take place in Member States in accordance with MANCPs and in compliance with Community law.

²⁵ Decree No 124/2001 Coll. lays down requirements on sampling and laboratory testing principles with respect to Community law.

²⁶ The first sample is used for analysis in labs. The second one is controlled if the controlled person asks for the second analysis. The third sample is being kept in case of infringements or of appeals.

²⁷ Audit means a systematic and independent examination to determine whether activities and related results comply with planned arrangements and whether these arrangements are implemented effectively and are suitable to achieve objectives (see Art. 2 (6) Regulation on Official Controls).

5. CONCLUSION

It is evident that official control performance in feedingstuff area is ensured in an appropriate way. Not only CISTA flexibly adapts to new requirements on official controls. There could be mentioned some problematic points, e.g. import control or cooperation with Custom Administration or “real” control impartiality. In 2006 there was drawn up the country profile on how control systems for food and feed safety, animal health, animal welfare and plant health are organised in the Czech Republic. It should be updated in this year. Feedingstuffs area is one of areas free from any deficiencies. Maybe only implementation of article 7 Regulation on Official Controls should be truly criticized. *The competent authorities shall ensure that they carry out their activities with a high level of transparency. For that purpose, relevant information held by them shall be made available to the public as soon as possible.* Of course the confidentiality principle shall be kept in some justified cases. However, public must have access to information on the control activities of the competent authorities and their effectiveness. Access to information at the request is ensured by relevant legislation²⁸ in the Czech Republic. But active access to above mentioned information, e.g. through websites of CISTA or Ministry of Agriculture, is dismal. It is not possible to find there the Annual report on the Implementation of MANCP or MANCP itself²⁹ or the Annual report on CISTA activities or other relevant information³⁰.

Literatura:

- Community and Czech legislation
- Meulen, van der B. – Velde, van der M.: Food Safety Law in the European Union. Wageningen: Wageningen Academic Publishers. 2006. 270 p. ISBN 9076998515
- European Commission: Country Profile of Czech Republic on food and feed safety, animal health, animal welfare and plant health. DG SANCO/8027/2006 – CP Final
- www.ukzuz.cz
- www.mze.cz
- www.bezpecnostpotravin.cz
- www.europa.eu

Kontaktní údaje na autora – email:

jana.tkacikova@law.muni.cz

²⁸ The Act No 106/1999 Coll. on Free Access to Information, as amended. The Act No 123/1998 Coll. on the Right to Environment Information, as amended.

²⁹ Compare with <http://www.food.gov.uk/foodindustry/regulation/europeleg/feedandfood/ncpuk>

³⁰ Compare with <http://www.szpi.gov.cz/cze/cinnost/kontrola/default.asp?cat=2184>

LIMITATIONS OF CHOICE OF LAW – MANDATORY RULES AND INTERNATIONALLY MANDATORY RULES

SIMONA TRÁVNÍČKOVÁ

Právnická fakulta Masarykovy univerzity, Česká republika

Abstrakt v rodném jazyce

Článek pojednává o omezení volby práva vyplývající z kogentních, ochranných kogentních a mezinárodně kogentních norem s ohledem na právní úpravu této problematiky v Římské úmluvě a nařízení Řím I. Článek se nejprve věnuje obecným otázkám dané problematiky a poté rozebírá příslušná ustanovení Římské úmluvy a nařízení Řím I.

Klíčová slova v rodném jazyce

Vůle stran, omezení svobody vůle při volbě práva, imperativní normy, kogentní normy, ochranné kogentní normy.

Abstract

The paper deals with the limitations of the choice of law caused by mandatory, protective mandatory and internationally mandatory rules with the respect to the regulation in the Rome Convention and Regulation Rome I. Firstly the paper comments the general base of the topic then it comments particular articles of Rome Convention and Rome I. Regulation.

Key words

Party autonomy, limitations in choice of law rules, internationally mandatory rules, mandatory rules, protective mandatory rules.

1. INTRODUCTION

The party autonomy, one of the basic principles of general legal regulation of private law relationships, is to be found in many roles in international private law both in the conflict of law rules and procedural rules. This paper will deal especially with first mentioned and wants to focus only on comments on party autonomy limitations in the choice of law rules caused by mandatory, protective mandatory and internationally mandatory rules especially with the respect to the regulation in the Convention on the law applicable to contractual obligations (hereinafter Rome Convention). The paper will try to answer the question where the differences between all types of mandatory rules are and where is a boarder of party autonomy created by them.

The issue of internationally mandatory rules is in the theory of international private law well discussed. Also Czech private international law experts were dealing with this topic in the 1980s¹. Although their work was understandably influenced by political situation in Czechoslovakian republic, they bring a lot of interesting suggestions and impulses to the discussion about this issue. ¹ This topic was also widely debated during the transformation of

¹ For example Pauknerová, M. Přímou použitelné administrativně právní normy a mezinárodní právo soukromé. Právnický, 1983, s. 477 a násl., Kalenský, P. Právo mezinárodního obchodu a dosah „ius cogens“. Právní zpravodaj čs. zahraničního obchodu, 1975, Kopáč, L. Druhy právních norem upravujících mezinárodní obchod a jejich vztah. Právnický, 1985, p. 1099.

Rome Convention to Regulation (EC) No 593/2008 of the European Parliament and of the Council on the law applicable to contractual obligations (hereinafter Rome I.)²

2. PARTY AUTONOMY

The possibility to choose *lex causae* for international contracts is a widely well recognized principle of conflict regulation of contract law in domestic, community and also international law.³ The principle of party autonomy in conflict law gives to the parties a possibility to choose a specific law to regulate their obligation relationship, obviously with the respect to the limitation coming from the borders of the statutes of the obligations. How much is this choice of law free (if the parties are allowed to choose any state law or if they can choose only from some of them) depends on the conflict rules applicable in the concrete situation. By the choice of law the parties intend to use all rules of chosen law that means they displace both *ius dispositivum* and *ius cogens* rules of the law otherwise applicable (that means in the situation where the law was not chosen). In the case if the law chosen by the parties replaced only *ius dispositivum* rules, but not *ius cogens* rules, we would talk about so called „materialized choice of law“. This in fact is not a real choice of law. It results from the nature of the *ius dispositivum* rules that they can be derogated from by an agreement of the parties in their contract that means it is not necessary to choose the applicable law in the contract to derogate their effect.

As it is obvious, the choice of law is not unlimited and there can be a lot of limitations coming from different constraints placed by conflict rules and particular legal orders. Several of these limitations result from the public order, its‘ passive part – public policy – and active part – application of internationally mandatory rules with which the paper will deal. Besides it another limitation of the choice of law can result from the common *ius cogens* rules (mandatory rules) and also from the special *ius cogens* rules so called protective mandatory rules.

3. MANDATORY RULES, PROTECTIVE MANDATORY RULES AND INTERNATIONALLY MANDATORY RULES

3.1 DIFFERENCES

Firstly it is important to define the concept of mandatory, protective mandatory and internationally mandatory rules. Mandatory rules are generally those rules that cannot be derogated from by agreement. The public law is full of *ius cogens* rules, in the private law more rules are *ius dispositivum* but we can find there also *ius cogens* rules. Within the context of the topic mandatory rules are those *ius cogens* rules contained in the civil law acts (for example Commercial code, Civil Code etc.), that the parties of a contract must observe and cannot change by their agreement. If in the domestic contracts was contractually derogated the mandatory rule, this would be considered to be void.

² Debates between European Parliament and European Commission about the Rome I. and some important statements are accessible from <http://www.europarl.europa.eu/sides/getDoc.do?type=REPORT&reference=A6-2007-0450&language=EN&mode=XML> [cited on 30. 11. 2008], the other comments can be found on www.conflictsoflaw.info.

³ See paragraph 9 of the Czech International Private and Procedural Act No. 97/1963 Sb., Regulation (EC) No 593/2008 of the European Parliament and of the Council, of 17 June 2008, on the law applicable to contractual obligations (hereinafter Rome I.), United Nations Convention on Contracts for the International Sale of Goods (1980).

Mandatory protective rules are those *ius cogens* rules, that cannot be derogated from by agreement and their purpose is to protect a weaker party in a contract. Usually a weaker party can be a consumer or an employee. We can find these rules both in private and public law.

Internationally mandatory rules are not normal *ius cogens* rules contained in the public law. The question of their definition is one of the most difficult tasks of international private law. The concept of internationally mandatory rules was not bindely defined for a long time and there is not specified their catalogue. Newly the definition is contained in the article 9 of Rome I.⁴ Also the terminology use in the different countries to identify these rules is very variegated.⁵ Finally in English speaking countries was the concept „internationally mandatory rules“, as it seems to best reflex the peculiar nature of these rules.⁶ But, in fact, the situation with the term „internationally mandatory rules“ is much more difficult than in seems to be. Difficulties arising from this little bit confused terminology will be discussed later.

Because there is no legally binding catalogue of the internationally mandatory rules, it is important to define them via their meaning and purpose they have in the state of their origin. In fact, internationally mandatory rules however we can them are the rules of specific character. We can differ between three basic types of internationally mandatory rules – those coming from *lex fori*, those from the *lex causae* and those which form a part of the law of the third state.⁷ The fact of their origin influences their application but not their character. To define internationally mandatory rules it is good to see the article 8 of Rome I., that uses the concept of overriding mandatory provisions instead of internationally mandatory rules: „Overriding mandatory provisions are provisions the respect for which is regarded as crucial by a country for safeguarding its public interests, such as its political, social or economic organisation, to such an extent that they are applicable to any situation falling within their scope, irrespective of the law otherwise applicable to the contract under this Regulation.“ That means that these are rules so important to protect specific interests of a country that must be applied even if the different rules of another law should be applicable in that situation. It cannot be simply said that these rules are public law rules. In several situations the character of internationally mandatory rules can have also several rules from private law acts, e. g. family or employment law.⁸ Generally it can be said that every internationally mandatory rule is *ius cogens* rule of a specific character and specific power but not every *ius cogens* rule can be considered to be an internationally mandatory rule.

⁴ This will be discussed later.

⁵ In Czech language for exemple: „ Mezinárodně kogentní normy, nutně použitelné normy, imperativní normy, nezaměnitelné normy apod.“ For more about this see for example Týč V., Rozehnalová N.: *Kolizní smluvní právo, výhrada veřejného pořádku a mezinárodně kogentní normy*. Právník, č. 6, 2002, s. 645.

⁶ Bonomi, A. Mandatory rules in private international law – the quest for uniformity of desicions in a global environment. In: Šarčević, P., Volken, P.: *Yearbook of private international law*, roč. 1, 1999, Hague : Kluwer Law International, p. 219.

⁷ The question of differences between these three types of rules is out of the goal of this paper. For more about it see Ebrahimi, Seyed Nasrollah: *Mandatory rules and other party autonomy limitations in international contractual obligations : (with particular reference to the Rome convention, 1980)*. London : Athena Press, 2005, p. 297., and Bonomi, A. Mandatory rules in private international law – the quest for uniformity of desicions in a global environment. In: Šarčević, P., Volken, P.: *Yearbook of private international law*, roč. 1, 1999, Hague : Kluwer Law International, p. 218.

⁸ Kučera, Z.: *Mezinárodní právo soukromé*. Brno : Doplněk, 2004, p. 233 a násl.

4. MANDATORY AND INTERNATIONAL MANDATORY RULES IN ROME CONVENTION AND ROME REGULATION

4.1 PROBLEMS WITH TERMINOLOGY

The Rome Convention deals with mandatory rules in its articles 3.3, 5.2, 6.1, 7 and 9.6. Rome I. talks about them in the articles 3.3, 6.2, 8.1 a 9. It is important to premise that there can arise some essential terminological misunderstandings because of using the concept of “mandatory rules” while talking about their regulation in Rome Convention.⁹ The problem is to be found especially in the English version of Convention, where the concept of mandatory rules is used to express internationally mandatory rules, protective mandatory rules and also mandatory rules in the meaning of rules of contractual *ius cogens* rules. Therefore at first glance on the article 7 of Rome Convention and its comparison with articles 3.3, 5.2 and 6.1 of English version of Rome Convention it seems that these articles deal with the rules of the same quality. But it is not a truth. As it was said above, there are different types of “mandatory rules” in the Rome convention although the English version uses still the same expression for all of them. After the comparison with the other languages it is clear that the character of these provisions is rather different. The term “mandatory rule” in the article 7 and 9.6 means “internationally mandatory rules” whereas the term “mandatory rules” in the article 3.3 expresses only “mandatory rules” in the meaning of rules of “contractual *ius cogens* rules” and in articles 5.2 and 6.1 it is used instead of protective mandatory rules.

As it was said above, this confusing situation was solved in the text of Rome I. The term “mandatory rules” in the meaning of “internationally mandatory rules” was replaced by the term “overriding mandatory provisions”, the term “mandatory rules” in the meaning of rules of “contractual *ius cogens* rules” was replaced by the term “provisions of the law of that other country which cannot be derogated from by agreement“ and the term „mandatory rules“ in the meaning of protective mandatory rules was replaced by the term „protection afforded to him by provisions that cannot be derogated from by agreement“. This makes the terminological situation clearer, the difference between three qualities of used rules is more obvious and the English text of the Rome I. better corresponds with the text in other languages.

4.2 GENERAL PARTY AUTONOMY LIMITATION OF CHOICE OF LAW

4.2.1 ARTICLE 3, PARAGRAPH 3 OF ROME CONVENTION

The article 3 of Rome Convention settles freedom of the choice of law by the parties. But the choice of law is not as free as it seems at the first glance. There are basic party autonomy limitations specified in the paragraph 3 the article 3: “The fact that the parties have chosen a foreign law, whether or not accompanied by the choice of a foreign tribunal, shall not, where all the other elements relevant to the situation at the time of the choice are connected with one country only, prejudice the application of rules of the law at the country which cannot be derogated from by contract, hereinafter called ‘mandatory rules.’” The question is what kind of party autonomy limitation we can find in this article, that means, what kind of rules sets the limitation of party autonomy. The purpose of this provision is according to the

⁹ In the Czech literature this problem was shortly discussed in Rozehnalová, N., Týč, V.: *Evropský justiční prostor (v civilních otázkách)*. Brno : Masarykova Univerzita, 2007, p. 74.

commentators¹⁰ to not allow the contracting parties to avoid mandatory rules applicable in the case of absence of choice of law by parties for a contract in those cases when the contract has no significant foreign elements¹¹ or in other words to prevent the internationalising a domestic agreement to avoid mandatory rules.¹² The borders of party autonomy limitation specified in the article 3.3 comes from the *ius cogens* of the law of a country with the unique close connection to solved situation. Here we can talk about the material choice of law because this limitation causes none choice of law in fact. The parties choose a law to regulate their contract especially to change *ius cogens* rules of the law otherwise applicable on the contract. Other rules, those of *ius dispositivum*, don't need to be changed by the choosing of foreign law by the parties because they can be modified in the provisions of the contract without the choice of law.

On one hand, the party autonomy limitations resulting from article 3.3 are wider than those from the article 7, because undoubtedly there are more of the *ius cogens* rules than those which are internationally mandatory. But on the other hand the party autonomy limitation of choice of law resulting from article 3.3 is related only to the single-country contracts that are not so frequent as real international contracts.

4.2.2 ARTICLE 3 PARAGRAPH 3 AND 4 OF ROME I.

The article 3 paragraph 3 of Rome I. results from the same basis as the regulation in Rome Convention does, but specifies used mandatory rules better than Convention.¹³ It says: "Where all other elements relevant to the situation at the time of the choice are located in a country other than the country whose law has been chosen, the choice of the parties shall not prejudice the application of provisions of the law of that other country which cannot be derogated from by agreement." The regulation does not use the concept of "mandatory rules" and expresses exactly the position of *ius cogens* rules as those rules that cannot be derogated from by agreement. The party autonomy limitation in the choice of law is similar to that one expressed in article 3 paragraph 3 of Rome Convention.

There is one more party autonomy limitation provision in the article 3 paragraph 4 of Rome I. in the comparison to the Rome Convention: "Where all other elements relevant to the situation at the time of the choice are located in one or more Member States, the parties' choice of applicable law other than that of a Member State shall not prejudice the application of provisions of Community law, where appropriate as implemented in the Member State of the forum which cannot be derogated from by agreement." In fact this provision copies that one commented above but focuses on the protection provided by the Community law to those legal relationships that are closely connected to any Member State of European Community. The goal of this provision is to prevent the effort of the parties to avoid the EC law mandatory rules. Therefore we can talk about the party autonomy limitation in the choice of law in so

¹⁰ Lagarde's report talks about two different approaches on limitation of choice of law during creating the relevant articles. Giuliano, M., Lagarde, P.: Report on the Convention of the law applicable to contractual obligations. Official Journal C 282, 1980, p. 1-50.

¹¹ Ebrahimi, Seyed Nasrollah: Mandatory rules and other party autonomy limitations in international contractual obligations : (with particular reference to the Rome convention, 1980). London : Athena Press, 2005, p. 310.

¹² Ebrahimi, Seyed Nasrollah: Mandatory rules and other party autonomy limitations in international contractual obligations : (with particular reference to the Rome convention, 1980). London : Athena Press, 2005, p. 310

¹³ For a very short Czech comment on the Rome I. see Pauknerová, M.: Evropské mezinárodní právo soukromé. Praha : C. H. Beck, 2008, 409 p.

called InterMember-States-contract where the choice of foreign law (means not a law of any Member State) means only the choice of those rules that are not in the contradiction to the rules of *ius cogens* of EC law.

4.3 SPECIAL PARTY AUTONOMY LIMITATION OF CHOICE OF LAW – PROTECTIVE MANDATORY RULES

4.3.1 ARTICLE 5.2 OF ROME CONVENTION

The party autonomy limitation of choice of law in the special cases is regulated in the article 5.2 of Rome Convention. It deals with consumer contracts and enables the consumer to reach the protection of mandatory rules (protective mandatory rules¹⁴) of a country in which he has his habitual residence when he concludes a contract in his own country with a supplier or company established abroad.¹⁵ The party autonomy limitation in the choice of law is regulated here in the favour of the weaker party of a contract – a consumer.¹⁶ Some authors consider these mandatory rules to be internationally mandatory rules of the forum,¹⁷ the other authors mean that these mandatory rules have a character of *ius cogens* rules.¹⁸ At first glance it seems that these rules are the same as those used according the article 3 paragraph 3. But because the article 5.2 deals only with consumer protection the mandatory rules mentioned there are limited to have a purpose of consumer protection.¹⁹ They include especially provisions such as right to cancel the contract, right to be given certain information, controlling exemption clauses etc. notwithstanding they are contained in the public or private law acts. The limitation on choice of law by protective mandatory rules works as follows: if the rules of chosen law provide to the consumer less protection than rules of their domicile, the mandatory protective rules of the consumer's domicile law will be applied. But if the rules of the chosen law provides more protection to the consumer than rules of consumer's domicile the court will apply the rules of chosen law.

4.3.2 ARTICLE 6.1 OF ROME CONVENTION

The article 6.1 of the Rome Convention regulates a limitation of choice of law in individual employment contracts: “Notwithstanding the provisions of Article 3, in a contract of employment a choice of law made by the parties shall not have the result of depriving the employee of the protection afforded to him by the mandatory rules of the law which would be applicable under paragraph 2 in the absence of choice.” The party autonomy limitation in choice of law is here settled to protect the employee. “The policy beyond this provision is to prevent the employer from escaping the mandatory protective rules in force in that country for the protection of the employees, by choosing a law whose provisions offer no or less

¹⁴ Rozehnalová, N., Týč, V.: *Evropský justiční prostor (v civilních otázkách)*. Brno : Masarykova Univerzita, 2007, p. 103 a násl.

¹⁵ Ebrahimi, Seyed Nasrollah: *Mandatory rules and other party autonomy limitations in international contractual obligations : (with particular reference to the Rome convention, 1980)*. London : Athena Press, 2005, p. 385.

¹⁶ For a detailed commentary on this consumer contracts and article 5.3 of Rome Convention see Mandatory 384.

¹⁷ Pauknerová, M.: *Evropské mezinárodní právo soukromé*. Praha : C. H. Beck, 2008, p. 230.

¹⁸ Rozehnalová, N., Týč, V.: *Evropský justiční prostor (v civilních otázkách)*. Brno : Masarykova Univerzita, 2007, p. 100.

¹⁹ Ebrahimi, Seyed Nasrollah: *Mandatory rules and other party autonomy limitations in international contractual obligations : (with particular reference to the Rome convention, 1980)*. London : Athena Press, 2005, p. 401.

protection.²⁰ Again, there could be a question what quality of mandatory rules is meant by this provision. The Lagarde's Report says: "The mandatory rules from which the parties may not derogate consist not only of the provisions relating to the contract of employment itself, but also provisions such as those concerning industrial safety and hygiene which are regarded in certain Member States as being provisions of public law." According this the mandatory protective rules in the Article 6.1 contains mandatory rules which cannot be excluded by parties' agreement (provisions as to hours of work, minimum wages, rules on industrial safety, the right to strike, remedies for unfair dismissal etc.).²¹ Some authors mean that in Article 6.1 there are internationally mandatory rules in the meaning of article 7.²² The other authors consider these rules are those of *ius cogens* so called protective rules that are enacted in domestic private law and that cannot be derogated by parties' agreement. Those protective rules enacted in the domestic public law are under the scope of article 7.²³

4.4 THE PARTY AUTONOMY LIMITATION – INTERNATIONALLY MANDATORY RULES

4.4.1 ARTICLE 7 OF ROME CONVENTION

The using of internationally mandatory rules in basically regulated in the article 7 of Rome Convention: "1. When applying under this Convention the law of a country, effect may be given to the mandatory rules of the law of another country with which the situation has a close connection, if and in so far as, under the law of the latter country, those rules must be applied whatever the law applicable to the contract. In considering whether to give effect to these mandatory rules, regard shall be had to their nature and purpose and to the consequences of their application or non-application. 2. Nothing in this Convention shall restrict the application of the rules of the law of the forum in a situation where they are mandatory irrespective of the law otherwise applicable to the contract." As was said above, this article uses the concept of "mandatory rules", although more suitable concept to prevent the possible terminological discrepancies would be "internationally mandatory rules". The article 7 poses limitation of using the law applicable to the contract (including the law chosen by the parties) in two different situations. The first mentioned at the paragraph 2 of this article deals with using the internationally mandatory rules that form a part of the law of the forum. The party autonomy limitation coming from this provision does not mean rejection of whole chosen law. Only those rules that oppose to the internationally mandatory rules of the forum will not be used. Or in other words there will be used also internationally mandatory rules of another country with which the situation has a close connection. Like order public, internationally mandatory rules do not replace bilateral, jurisdiction-selecting rules, but interact with them.²⁴

²⁰ Ibidem p. 406.

²¹ Ibidem p. 412.

²² Pauknerová, M.: *Evropské mezinárodní právo soukromé*. Praha : C. H. Beck, 2008, p. 232.

²³ Rozehnalová, N., Týč, V.: *Evropský justiční prostor (v civilních otázkách)*. Brno : Masarykova Univerzita, 2007, p. 104.

²⁴ Bonomi, A. Mandatory rules in private international law – the quest for uniformity of decisions in a global environment. In: Šarčević, P., Volken, P.: *Yearbook of private international law*, roč. 1, 1999, Hague : Kluwer Law International, p. 226.

In fact this regulation do not causes problems. The opinion that although without this provision the courts would apply the internationally mandatory rules of *lex fori* prevails.²⁵

The second type of these rules is those of foreign origin. The Rome Convention does not talk about their direct application but says that “effect may be given to the mandatory rules of the law of another country”. According to the article 7 of Rome Convention the court can give an effect to the foreign internationally mandatory rules that means the rules of the state with which the legal relationship has a close connection. These don’t need to be only the internationally mandatory rules of *lex causae* but of any other state with that close connection. Therefore in there is some chosen *lex causae* it’s rules do not need to be used because of the application of internationally mandatory rules of the *lex fori* and aslo of the law of another foreign state with which is the relationship closely connected.²⁶

4.4.2 ARTICLE 9 OF REGULATION ROME I.

The article that deals with internationally mandatory rules brings a lot of changes in the comparison to the Rome Convention. As it was said, the paragraph 1 settles a general definition of internationally mandatory rules or overriding mandatory provisions: „Overriding mandatory provisions are provisions the respect for which is regarded as crucial by a country for safeguarding its public interests, such as its political, social or economic organisation, to such an extent that they are applicable to any situation falling within their scope, irrespective of the law otherwise applicable to the contract under this Regulation.“ The article describes areas where internationally mandatory provisions are to be found, the public interest of a state is emphasized. But there is no instruction about the way of application of these provisions contained in the law of the foreign state. The paragraph 2 talks about the application of internationally mandatory rules of *lex fori* and in fact it copies the same provision of Rome Convention: „Nothing in this Regulation shall restrict the application of the overriding mandatory provisions of the law of the forum.“ The new from the theoretical and application approach is paragraph 3 of this article: „Effect may be given to the overriding mandatory provisions of the law of the country where the obligations arising out of the contract have to be or have been performed, in so far as those overriding mandatory provisions render the performance of the contract unlawful. In considering whether to give effect to those provisions, regard shall be had to their nature and purpose and to the consequences of their application or non-application.“ This paragraph talks only about the effect of internationally mandatory rules of a country of performance of the obligation, it does not talk about the application of these rules of another state.

It is also important to emphasize that the regulation of internationally mandatory rules or overriding mandatory provisions is different in the text of Rome I. and Rome II.²⁷ The future will show what problems will this strange approach of EU legislators cause.

²⁵ Týč, V., Rozehnalová, N.: Kolizní smluvní právo, výhrada veřejného pořádku a mezinárodně kogentní normy. Právník č. 6, 2002, p. 634-661.

²⁶ More to the application of the foreign mandatory rules see Bonomi, A. Mandatory rules in private international law – the quest for uniformity of decisions in a global environment. In: Šarčević, P., Volken, P.: Yearbook of private international law, roč. 1, 1999, Hague : Kluwer Law International, p. 234.

²⁷ Regulation (EC) No 864/2007 of the European Parliament and of the Council of 11 July 2007 on the law applicable to non-contractual obligations (Rome II).

5. CONCLUSION

While studying the party autonomy limitation of choice of law caused by mandatory, protective mandatory and internationally mandatory rules it is very important to keep in mind the different character of these rules. The limitation of choice of law by mandatory rules is usually settled to prevent internationalising of purely domestic contracts to avoid mandatory rules of domestic law. The limitations of party autonomy in the choice of law rules resulting from protective mandatory rules are usually enacted to protect the weaker party in the legal relationship. The internationally mandatory rules as an active part of public order create limitation of party autonomy in choice of law rules in a different way. The court is fully entitled to refuse to use those rules of law applicable on the contract which are in the contradiction to the internationally mandatory rules of law of the forum. And the court may give an effect to those internationally mandatory rules that form a part of a law of foreign country when deciding about applicability of certain rules of applicable (chosen) law.

Literatura:

- Bonomi, A. Mandatory rules in private international law – the quest for uniformity of decisions in a global environment. In: Šarčević, P., Volken, P.: Yearbook of private international law, 1, 1999, Hague : Kluwer Law International, 374 p., ISBN 9041110267.
- Ebrahimi, Seyed Nasrollah: Mandatory rules and other party autonomy limitations in international contractual obligations : (with particular reference to the Rome convention, 1980). London : Athena Press, 2005, 486 p., ISBN 1844012972.
- Giuliano, M., Lagarde, P.: Report on the Convention of the law applicable to contractual obligations. Official Journal C 282, 1980, p. 1-50.
- Kalenský, P. Právo mezinárodního obchodu a dosah „ius cogens“. Právní zpravodaj čs. zahraničního obchodu, 1975.
- Kopáč, L. Druhy právních norem upravujících mezinárodní obchod a jejich vztah. Právník, 1985, p. 1099.
- Kučera, Z.: Mezinárodní právo soukromé. Brno : Doplněk, 2004, 458 p., ISBN 8072391674.
- Pauknerová, M. Přímo použitelné administrativně právní normy a mezinárodní právo soukromé. Právník, 1983, p. 477 a násl.
- Pauknerová, M.: Evropské mezinárodní právo soukromé. Praha : C. H. Beck, 2008, 409 p., ISBN 9788074000348.
- Rozehnalová, N., Týč, V.: Evropský justiční prostor (v civilních otázkách). Brno : Masarykova Univerzita, 2007, 401 p., ISBN 9788021040533.
- Týč, V., Rozehnalová, N.: Kolizní smluvní právo, výhrada veřejného pořádku a mezinárodně kogentní normy. Právník č. 6, 2002, p. 634-661.

Kontaktní údaje na autora – email:
simona.travnickova@seznam.cz

THE STRIFE REGARDING THE SEA DELIMITATION IN THE BLACK SEA BETWEEN ROMANIA AND UKRAINE – DEVELOPMENT AND PERSPECTIVES -

LAURA MAGDALENA TROCAN

Faculty of Juridical Sciences, „Constantin Brâncuși” University of Târgu-Jiu, Romania

Abstract

The continental stage and the exclusive economical area's delimitation in the North sector of the Black Sea's West basin was the object of a long negotiation process, developed between 1967-1987, between Romania and the Union of Soviet Socialist Republics (USSR), without getting to an agreement. After USSR's teasing, these problems had been tackled in relation with the Ukrainian party. Unfortunately, the bilateral negotiations related to the Agreement regarding the delimitation of the continental stage and Romania and Ukraine's exclusive economical areas in the Black Sea, developed between 1998-2004 and did not lead to concrete results because this document text was not agreed, fact that made Romania to send to International Justice Court in Hague its demand to initiate the procedures in order to solve jurisdictionally the problems of the delimitation of the continental stage and Romania and Ukraine's exclusive economical areas. The process found on the role of International Justice Court in Hague since September 16th, 2004 is now in stage of consultations and decision's pronouncement after the oral procedure's stage ended, on September 19th, 2008.

General considerations. Since ancient times, mankind has manifested a constant interest in sea problems and nature laws proving that the world's great civilisations were born and thrived because of the exploitation both of the fertile lands encouraged by the navy air and of the seas and oceans' resources¹. The existence of certain unsuspected resources in the world's seas and oceans and the real possibilities to cover an important part of the food and energy that humanity requires, risking to use up all of land resources², in a short time, made the interest in world's ocean to grow up continuously³. All of these justified the pointing out of all states' concerns to capitalize these splendours, developing lately not only navy researches, but also a real industry of extracting and processing the minerals from the bottom of the seas and oceans, from the continental stages of the states or from the areas beside their national jurisdiction limits. However, this new sea spaces use has created several technical, economical and juridical problems that have caused the need to appear a new ensemble regulation of all sea space activities. The special interest to establish certain adequate juridical framework has also been determined by the fact that, in the absence of relevant regulations, the competition between the states searching economical resources and willing to ensure their control and supremacy to sea spaces, having strategic positions, could bring about lack of

¹ J. P. Beurier ș.a., *Droits maritimes*, Dalloz, Paris, 2007, p. 16-18, 26-27.

² Some experts assess that the nature “worked” over a million of years for the fossil fuel exploited every year. (M. T. Snarr, D. N. Snarr, *Introducing global issues*, Lynne Rienner Publishers, London, 2005, p. 293).

³ D. Mazilu, *The Law of the Sea – concepts and institutions sanctioned by the Montego-Bay Convention*, Lumina Lex Publishing house, Bucharest, 2002, p. 13. Fr. Ratzel in “Sea, source of people's power” work (1902) wrote that the ideal for a political sea that claims the world power represents the continental and sea factors' combination. (S. Tămaș, *Geopolitics*, Noua Alternativă Publishing house, Bucharest, 1995, p. 29).

poise or even armed conflicts⁴. Therefore, under UNO's auspices, since 1958, they have organized several conferences discussing the sea problems, but these have been only the first steps in the long and, often, difficult road to consolidate the world seas and oceans' administration and rule system. In 1973, they convened the third Conference of UNO about the Sea's Right having an extremely difficult mission, namely to elaborate a convention that can regulate and reflect finding certain solutions mutually favourable to all the problems created ever by sea spaces. The third Conference of UNO about the Sea's Right managed, after complex, constant and long negotiations, to elaborate a new right of the sea, sanctioned in one convention⁵, namely the United Nations' Convention about the Sea's Right in 1982 that represents nowadays the most important accomplishment of international community after UNO Charter, being the first comprehensive treaty that treats every utilisation's aspect of seas and oceans resources⁶. The 1982 Convention regulates all the sea spaces (it even sets up two new spaces: the exclusive economical area and the submarine territories' international area), establishing the specific fundamental juridical frame, starting with the sovereignty areas and going on by jurisdiction, the utilisation of states' sovereign rights and also by their obligations⁷. But, even if, nowadays, the 1982 Convention is known as a reference juridical frame for any kind of international regulations in order to define rights, obligations and responsibilities regarding the sea and oceanic space, although the problems' complexity regarding the sea spaces, the different interpretation and even the insufficiency of certain comprehensive and clear regulations determine the appearance of certain outstanding situations between states as the strife existent between Romania and Ukraine regarding the continental stage and the exclusive economical area's delimitation in Black Sea. However, we mention that the 1982 Convention's negotiators considered both the appearance possibility and the ways to solve certain potential strifes related to the future sea Convention's interpretation or application. Therefore, the 1982 Convention also contains a complex disposals set referring to solving different litigations⁸ that may appear, related to the

⁴Al. Bolintineanu, A. Năstase, B. Aurescu, Contemporary International Law, All Beck Publishing house, Bucharest, 2000, p. 218. Also see M. T. Snarr, D. N. Snarr, op. cit., p. 277-278.

⁵M. Popescu, The Law of the Sea: national jurisdiction areas, Artprint Publishing house, Bucharest, 2000, p. 38; 41. D. R. Rothwell, Building on the strengths and addressing the challenges: the role of Law of the Sea institutions, Ocean Development&International Law, vol. 35, Issue 2, Apr-Jun 2004, p. 131.

⁶E. P. Andreyev, ș.a., The International Law of the Sea, Translated from Russian by Dimitry Belyavsky, Progress Publishers, Moscow, 1988, p. 5.

⁷B. Boutros Ghali, A dream becomes a reality: Sea Law Convention enters into force, United Nations Chronicle, New-York, vol.32, Issue 1, Mar. 1995, p. 8.

⁸The system provided by 1982 Convention sanctions the principle of solving the strifes between the states parties to 1982 Convention peacefully, as well as the freedom to choose the peaceful way to solve the strifes related to the interpretation or the application of Convention's disposals (article 279 and 280 in 1982 Convention). The 1982 Convention also specifies that, if there is a strife related to 1982 Convention's interpretation or application, the procedures provided by this Convention do not apply if the parties had chosen another way to solve the strife. However, the ways provided by 1982 Convention interfere only if they do not find a solution by the way previously chosen by the parties and only if the agreement between the parties does not exclude the possibility to start another procedure (if the parties agreed about a term, then the Convention's procedures apply only after this term expires – article 281, paragraph 2 in 1982 Convention). At the same time, strife between the states parties related to 1982 Convention's interpretation or application may be liable to the procedures provided by this international document only after they use up all the intern last appeals according to international rights' demands (article 295 in 1982 Convention). The states parties also have the possibility to agree in certain general, regional or bilateral agreements' frame that the strifes can be liable, at one of the parties' demand, to a procedure that involves a compulsory decision, and this shall apply instead of the one provided by 1982 Convention. In the absence of this agreement, if strife appears, the states parties have to go through a conciliation procedure, and in its frame they will contact the conciliators. The ways to solve the strifes

interpretation and the application of Convention's foresights, creating a complete and original system that can solve peaceably the international strifes and that completes common models in matter foreseen by article 33, paragraph 1 in UNO Charter. Considering these and the fact that both Romania and Ukraine are parties of 1982 Convention, we specify that both of them have chosen the strife's peaceful solving according to UNO Charter and 1982 Convention's foresights.

Evolutionary look on the strife regarding continental stage and the exclusive economical areas' delimitation between Romania and Ukraine. Continental stage⁹ and exclusive economical area's delimitation¹⁰ in the North sector of Black Sea's West basin was the object

related to 1982 Convention's interpretation or application that lead to compulsory decisions (according to the foresights of article 296 in 1982 Convention the decisions pronounced by a qualified court or law court are irrevocable and all the strife parties must accept them; these decisions have a compulsory force only for the strife parties and only regarding the litigation) are the following: International Court for Sea's Right, International Justice Court, an arbitral Court formed according to 1982 Convention's Annex VII. (*T. Treves*, The International Tribunal for the Law of the Sea, in *The Italian Yearbook of International Law*, Kluwer Law International, The Hague, vol. 10, 2000, p. 233).

⁹From the geological point of view, the continental stage or platform represents the land's natural prolongation of the riparian state that goes down under the sea, until the continental border, where the sea usually is not deeper than 150-200 meters, and then the steep continental gradient begins, to the seas and oceans' great depths. From the juridical point of view, article 76, paragraph 1 in 1982 Convention shows that the continental stage of a riparian state contains the bottom of the sea and submarine areas' subsoil situated beyond its territorial sea, all over the natural prolongation of that state's land territory, until the external limit of the continental border or until a 200 sea miles distance from the base lines from which we measure territorial sea's breadth when the outside limit of the continental borders is at an inferior distance. The riparian state exerts sovereign rights over the continental stage, in order to explore and exploit its resources. Riparian state's rights about the continental stage are exclusive, meaning that if he does not explore or exploit its resources, nobody can do it without his consent (*E. du Pontavice, P. Cordier*, *La mer et le droit*, Presses Universitaires de France, Paris, 1984, p. 71). At the same time, these rights do not depend either on its job or any declaration; the riparian state's rights about the continental stage are known automatically in 1982 Convention's base, considering the fact that the continental stage is a natural prolongation of the land space and there is a unity between the land resources and the continental stage's ones. The riparian state also has the exclusive right to build and to authorize and regulate the artificial islands' building, exploitation and utilisation and works to exploit or explore the continental stage's resources. Around these installations it has to establish security areas that do not cross over a 500 meters distance from every point of their outside border. Exerting its rights, the riparian state must behave so that it does not touch the system of free sea of the waters above, the air space above, the sailing and other rights and freedoms known by other states' 1982 Convention (article 78 in 1982 Convention).

¹⁰ The exclusive economical area (EEA) was defined as representing the area beyond the territorial sea and contiguous to it, that lays on a 200 sea miles distance, measured from the base lines of the territorial sea (article 5 in 1982 UNO's Convention about the Sea's Right). EEA's juridical system is a special system defined by exclusive economical rights known by riparian states about the resources' ensemble in the area, inclusively the jurisdiction in the area, but it excludes the claims of territorial sovereignty from these states' part. Inside this space, the riparian state has sovereign rights only regarding the exploitation, the conservation and the administration of natural, biological and non-biological resources. The riparian state also has the right to develop other activities to explore and exploit the area, in economical purposes, like producing energy by using water, sea currents and wind. So that the riparian state has the right to regulate by intern laws the exertion of its sovereign rights and jurisdiction, establishing administrative, judiciary and punishing measures against any violation of EEA's juridical system. (*M. Popescu*, op.cit., p.236-240). We specify that the established juridical system related to EEA regards only the surface waters because land and subsoil's resources in EEA's limit are liable to the juridical system applicable to continental stage (paragraph (3) in article 56 in 1982 Convention). Exerting EEA resources' administration right, the riparian state establishes the total authorized volume of biological resources captures, especially fish, and it determines its own capture volume (article 62, paragraph 2 in 1982 Convention). If this one is smaller than the total allowable volume of settled captures, the riparian state

of a long negotiation process, developed between 1967-1987, between Romania and the Union of Soviet Socialist Republics (USSR), without getting to an agreement. After USSR's teasing, these problems had been tackled in relation with the Ukrainian party and Romania was one of the first countries that recognized Ukraine as an independent state after the events in ex-USSR¹¹. Bilateral relations had been developed during the last years so that, nowadays, the juridical frame of Romanian-Ukrainian relations contains about 40 agreements and conventions that regulate the political, economical, cultural-scientific humanitarian cooperation. And in their framework, the most important of them is, of course, signing, on June 2nd, 1997, at Constanța, the Treaty regarding the neighbourhood and cooperation relations between Romania and Ukraine (The Fundamental Political Treaty)¹². But the problems regarding the frontier's system between the two states have not been solved by this treaty¹³ because disposals of article 2, point 2 specify that "contracting parties will contract a separate treaty regarding the frontier's system between the two states and they will solve the problem of continental stage and exclusive economical areas' delimitation in Black Sea, basing on principles and procedures agreed by letters exchange between the extern business ministers, when signing the current treaty. The deals agreed in this letters exchange will be valid when this treaty will be valid"¹⁴. Therefore, at the same time, they signed the Agreement

may authorize other states, basing on special agreements or other kind of arrangements, to exploit the difference remained from the total allowable volume settled initially. (*J. Combacau, S. Sur, Droit international public, Edit. Montchrestien, Paris, 2006, p. 489*). At the same time, exerting its sovereign rights, the riparian state has the right to build, authorize and regulate the artificial islands, installations and economical works building, exploitation or utilization and to establish 500 meters security areas around them, being forced not to prejudice the international sea navigation. In EEA only the riparian state may develop freely the scientific research, and the other states may do it only with its consent (article 246, paragraph 2 in 1982 Convention).

¹¹After establishing the diplomatic relations between the two states on February 1st, 1992, they founded Romania's Embassy in Kiev, instead of Romanian General Consulate, that was founded in 1971. In April 1995 they opened Romania's General Consulate in Odessa and in Mai 1999 they opened officially Romania's General Consulate in Cernăuți. (*Șt. Diaconu, Romania's Treaties with Neighbours, Lumina Lex Publishing house, Bucharest, 2001, p. 121*).

¹² This Treaty has been ratified by Romania's Parliament by Law no. 129 / July 14th, 1997 to ratify the Treaty regarding the neighbourhood and cooperation relations between Romania and Ukraine. The Law has been published in Romania's Official Gazette, part I, no. 157 since July 16th, 1997. .

¹³After 1991, the Romanian-Ukrainian reports are taxed by several delicate conflict situations. From their long list, we mention: South Bessarabia's "problem", North Bukovina's "problem", Hertsa and Snake Island's "problem"; Romanian minority's situation in Ukraine, Ukraine's will to build the canal Danube-Black Sea, named "Bâstroe"; the compensations that Romania must receive after the investments for Krivoi Rog mining exploitation combine in Dolinska; delimitation of exclusive economical areas and of continental stage of the two countries in Black Sea. Ukraine, as a new independent state on Europe's political map after 1991, assumed the quality of "heir" of ex-Soviet Union, adjudging the Romanian territories eradicated by ex-USSR. Ukraine has seen the Romanian territories that it incorporated in the good Soviet tradition, as inseparable parties of the new Ukrainian state, so as a "legal succession" from ex-USSR. It had been normal if all these "problems" would have been solved in 1991, in neighbourhood's spirit, respecting Romania's historic and juridical rights, Paris Peace Treaty (February 10th, 1947) and the other juridical documents that govern the international life. (*D. Pădurean, Strategic War between Ukraine and Romania - <http://www.studiidecaz.ro>*).

¹⁴ Every community marked its presence in a territory by natural or artificial delimitations. During the dispute for spaces and resources, the frontiers were and still are sources of conflicts. The stakes in these conflicts' framework can be hegemonic (imperial extensions), economical (the resources' control), symbolic (areas that are important to people's genesis) or can hint at its own homeland's constitution. The frontier disputes also have as an object the sea spaces. Every snapshot of human history has known processes of remarking the frontiers, of frontier delimitations' disappearance, in the same time as the process of establishing new ones. History can be regarded, from this point of view, as a continuous dispute to establish the frontiers. (*S. Tămaș, op. cit., p. 149-157*).

connected to Fundamental Political Treaty, contracted by letters exchange between outside business ministers of the two countries. This last document contains foresights related to the parties' duty to start the negotiations in order to contract a Treaty regarding the state frontier's system and an Agreement for the continental stage and exclusive economical areas' delimitation between Romania and Ukraine in Black Sea¹⁵. At the same time, the Connected Agreement contains a series of principles that the two parties agreed to use to accomplish the delimitation¹⁶.

The examination of the foresights of letter h in article 4 in the Connected Agreement relief the fact that the Agreement also included a compromising clause¹⁷ that establishes every party's possibility to inform unilaterally the International Justice Court in Hague (IJC) to solve the sea spaces' delimitation, by meeting cumulatively two conditions: the negotiations regarding the sea spaces' delimitation have to be developed for more than two years and the Treaty regarding state frontier's system has to be valid or they have to prove that it is not valid because of the other party.

About the Treaty regarding the state frontier' system, the two documents contracted in 1997 contain foresights referring to the two states' duty to contract a new treaty basing on the state's succession principle, according to which the proclamation of Ukraine's independence does not affect the frontier between Romania and Ukraine, as it is defined and described in the Treaty between Romanian Republic's Government and USSR's Government regarding the system of the Romanian-Soviet state frontier in 1961, as in all suitable delimitation documents, valid on July 16th, 1990, when adopting the Declaration regarding Ukraine's state sovereignty (article 2 in the Political Treaty, article 1 in the Connected Agreement).

¹⁵ Black Sea's reduced sizes do not allow the riparian states to have national areas of continental stage and exclusive economical area extended on 200 sea miles, needing delimitation between each riparian state's spaces. (www.mae.ro).

¹⁶ The examination of the Agreement's foresights allows the identification of two types of principles considered when delimiting the sea frontiers, namely general and specific principles. We mention some of the general principles: the states' succession principle regarding the state frontiers (article 1 in the Connected Agreement), the navigation's freedom principle both for river ships and for sea ships on Chilia canal of the Danube (article 2 in the Connected Agreement), the principles regarding ensuring the discipline and the security at the common frontier (article 3 in the Connected Agreement). The specific principles are presented in article 4 in the Connected Agreement and they establish the concrete criteria that have to be considered when delimiting the sea spaces: the principle established in article 121 in UNO's Convention about the Sea's Rights in 1982, the equidistance principle in contiguous coasts' case and the median line principle in face to face coasts' case, the equity principle and the proportionality method, the sovereignty principle uncontested by any of the contracting parties regarding the surface contiguous to sea spaces of the parties liable to delimitation, the resources' non-exploitation in the sea areas involved in the bilateral delimitation process until getting to a mutually agreed solution.

¹⁷ The *a priori* acceptance of International Justice Court's jurisdiction may be achieved in two different ways: - by a unilateral declaration, also named optional clause, that must be laid down at UNO's General Secretariat and that contains a state's duty to make all the juridical strives, that may appear in reports to another state, liable to the Court's jurisdiction, that accepts the same duty; - also, the acceptance may result from certain bilateral or multilateral treaties regarding the peaceful solving of the strives that establish the Court's competency. There also can be the situation, more frequent in recent conventional practice, where the states parties of a treaty, having as an object a certain cooperation field between them, include in its content a compromising clause, by which they accept the strives between them to be liable to International Justice Court's jurisdiction. (*R. Miga-Bestelii*, International Law. Introduction in International Public Law, All Beck Publishing house, Bucharest, 1998, p. 324).

After these, in 1998, the negotiation started both for the Treaty regarding common frontier's system and for the Agreement regarding sea spaces' delimitation¹⁸.

Since 1998 until 2003, there were 19 negotiation rounds and the discussions developed simultaneously, both about the Treaty regarding the frontier's system and the Agreement about the delimitation. The last negotiation round, developed in Kiev, on June 13th, 2003 was exclusively dedicated to signing the Treaty regarding the Romanian-Ukrainian state frontier's system, the collaboration and the mutual assistance in frontier problems. After the negotiations, they signed the Treaty regarding the Romanian-Ukrainian state frontier's system, the collaboration and the mutual assistance in frontier problems¹⁹ in Cernăuți²⁰, on June 17th, 2003. The agreed text corresponds to international right's principles and the duties assumed by the two states by bilateral and multilateral instruments. The treaty regulates a modern frontier's system, according to European Union's standards, considering the fact that the Romanian-Ukrainian frontier was to become east outside frontier of European union and of NATO. The Treaty also contains foresights related to its application's adoption depending on the relevant community acquis of European Union. At the same time, the Treaty offers the two parties guarantees referring to the potential correction of frontier's route, depending on the objective evolutions in river and sea frontier areas. Therefore, regarding the last point of the sea frontier, we foresee the possibility to change its position depending on the potential objective changes in the area, so that the territorial sea²¹ of the both states has permanently a 12 sea miles breadth, according to the international right (UNO's Convention about Sea's Right in Montego Bay in 1982)²². At the same time, connected to the problems of sea spaces' delimitation, contracting the Treaty also offered the possibility to inform unilaterally the International Justice Court for sea Spaces' delimitation, if bilateral negotiations would not lead to satisfying results in a reasonable time²³.

¹⁸ www.mae.ro

¹⁹ The Treaty was signed by Romania's President, Mr. Ion Iliescu, and by Ukraine's President, Mr. Leonid Kucima and it became valid after ratification instruments' exchange, accomplished in Mamaia, Romania, at the European Central Summit, on May 27th, 2004. (http://www.cdep.ro/proiecte/2004/000/60/0/eml_pl060_04.pdf).

²⁰ In Ukraine.

²¹ Since the 17th century, they have formulated several criteria to delimit the territorial sea from the free sea: the gun shot, the horizon line, the three sea miles rule etc. Since then, the states delimited this area by internal laws, establishing non-uniform limits between 3 and 200 sea miles. 1982 Convention regulates this problem in article 3 where it specifies that every state has the right to set its territorial sea's breadth, and this breadth cannot cross 12 sea miles, from the fundamental lines established according to 1982 Convention. (*D. Popescu, A. Năstase, International Public Law, Șansa Publishing house, Bucharest, 1997, p. 203*).

²² Also, by the Treaty, they found a Mixed Frontier Committee that has to check periodically the state frontier's route and to found, depending on these checks' results, new documents about the delimitation of frontier's route, according to the foresights of article 1-4 in the Treaty regarding the Romanian-Soviet state frontier system in 1961. The reference to the respective provisions in 1961 Treaty, that regulates the river frontier's correction depending on the natural changes that can interfere, basing on maintaining the frontier in the centre of the main shipping channel – on navigable waters – and, respectively, in the centre of the water sail – on non-navigable waters, ensures the observance of Romanian party's interests regarding the juridical system to correct the frontier if such natural morphological evolutions happen. Also, article 1 in the Treaty specifies that the frontier can be changed only if the parties agree, according to the Final Document of CSCE in Helsinki in 1975. (http://www.cdep.ro/proiecte/2004/000/60/0/eml_pl060_04.pdf).

²³ Knowing the connection that could be invoked by the Ukrainian party between the Treaty regarding state frontier's system and the process of continental stage and exclusive economical areas delimitation between Romania and Ukraine in Black Sea, when signing, the Romanian party transmitted the Ukrainian party the following declaration: "The Romanian party hopes that, if signing here, in Cernăuți, by the two states'

Even if they made all these efforts, the bilateral negotiations referring to the Agreement regarding the continental stage and the exclusive economical areas' delimitation between Romania and Ukraine in Black Sea, developed between 1998-2004, did not lead to any concrete results because this document's text was not accepted²⁴. The aspects regarding to which the parties' positions remained divergent considered the delimitation method (localizing the point from where the delimitation should start) and, on the other hand, the question of determining the lands relevant for the delimitation (Snake Island's position had a crucial role).

During the negotiations, the Romanian party asserted permanently the necessity to apply the delimitation method established by International Justice Court in their Previous decisions²⁵, namely the "equidistance/median – special/relevant circumstances" method. Therefore, in Romanian party's view, the delimitation process supposes complying with the following stages: determining the lands relevant for the delimitation; establishing a provisional delimitation line, equidistant for the relevant lands; identifying the potential special circumstances of the area liable to delimitation; correcting the provisional equidistance line, considering the special circumstances, and establishing a final delimitation line, so that they get to a fair result. At the same time, in Romanian party's vision, it would be very unfair that two injustices (1948 – annexing Snake Island by USSR and 1949 – unilateral establishment of its territorial waters' limit at 12 sea miles), old for more than half a century, made when Romania was under Soviet military occupation, become the juridical base to commit a bigger non-equity.

Compared to Romania's suggestions, the Ukrainian party suggested, while negotiating, a delimitation method different of the Romania's one. Thus, it results a delimitation line that claims a surface of continental stage and unjustified exclusive economical area that has to be twice bigger than the one claimed by ex-USSR while negotiating between 1967-1987²⁶. At the same time, the way that the two parties report to Snake Islands presence in the

presidents, the Treaty between Romania and Ukraine regarding Romanian-Ukrainian state frontier's system, the collaboration and the mutual assistance in frontier problems will impel the Romanian-Ukrainian negotiations regarding the continental stage and the exclusive economical areas' delimitation between the two states in Black Sea, so that the Agreement between Romania's Government and Ukraine's Cabinet of Ministers regarding the continental stage and the exclusive economical areas' delimitation between Romania and Ukraine in Black Sea can be signed as soon as possible. At the same time, the Romanian party wants to strengthen its position according to which none of the foresights of the Treaty regarding state frontier's system, inclusively mentioning the geographical coordinates of the last point of Romanian-Ukrainian frontier, does not affect the sea spaces' delimitation process and does not prejudice this process' solutions." (http://www.cdep.ro/proiecte/2004/000/60/0/eml_pl060_04.pdf).

²⁴ The Romanian party proved permanent availability to a peaceful solving of the litigation. A last Romanian-Ukrainian negotiation round developed between July 9th – 10th, 2004, in Yalta, the Romanian deputation being lead by Bogdan Aurescu, State Secretary in Romanian External Business Ministry, and the Ukrainian deputation being lead by Oleksandr Motsik, assistant of External Business Ukrainian Minister. Nevertheless, like the other rounds, although they examined some of the delimitation solutions and technical methods, because of the Ukrainian party's inflexibility, they did not arrive to a common solution in order to contract an agreement regarding the exclusive economical area and the continental stage's between the two countries in Black Sea. (*D. Pădurean*, *Strategical War between Ukraine and Romania* - <http://www.studiidecaz.ro>).

²⁵ Denmark versus Norway – 1993, Canada versus USA – 1998, Bahrain versus Qatar – 2001, Cameroon versus Nigeria – 2002.

²⁶ The difference between Romania's suggestions and Ukraine's ones regarding the delimitation line's route determine a continental stage surface – "the disputed area" or "the delimitation area" – for more than 12.000 km² about which the parties have rival demands. (www.mae.ro).

delimitation area is directly connected to each one's position regarding the lands depending on which they would accomplish the delimitation²⁷.

The Romanian party, maintaining the positions expressed by our country since the negotiations of the third UNO Conference about Sea's Right but also when signing the ratification of UNO's Convention about Sea's Right in 1982, considers that, because of its natural features, Snake Island must be considered as a rock, if applying the juridical system established by article 121, paragraph 3 in UNO's Convention about Sea's Right in Montego Bay in 1982. According to the article mentioned in the Convention – the rocks that do not allow human living because they do not have the natural resources needed for living and that cannot maintain their own economical life, do not have the right to an exclusive economical area or a continental stage, but they have the right to 12 sea miles territorial sea²⁸.

²⁷ We specify that the strife between Romania and Ukraine that CIJ has to solve refers exclusively to the continental stage and the exclusive economical areas' delimitation of the two parties in North-West Black Sea, namely the exact establishment of the continental stage surface and the exclusive economical area surface in Romania and, respectively, the continental stage surface and the exclusive economical area surface in Ukraine, according to the international right applicable in sea delimitations matter. Thus, the International Justice Court in Hague is not able to pronounce about Snake Island's ownership. The parties' agreement to establish the IJC's competence in Hague process was expressed in the 1997 Connected Agreement (in the "compromising clause" in article 4 (h)), where Romania and Ukraine agreed about the instance that can solve the strife – namely the International Justice Court, respectively about International Justice Court's competence – namely only the problem of the continental stage and the exclusive economical areas' delimitation. Therefore, we cannot demand the International Justice Court to solve other aspects that have not been included in the "compromising clause". Considering the foresights of 1997 Treaty and of the Connected Agreement, the International Justice Court cannot solve during the 2004 process more than the parties agreed, in 1997, that this jurisdictional forum could solve. We specify that Snake Island – that belonged to Romania – was transferred to USSR in 1948 contrary to 1947 Paris Peace Treaty (that according to article 1 gave Romania the island), by the Protocol that specifies the state frontier's line since February 4th, 1948, when Soviet Red Army occupied Romania. Later, this document, non-ratified by the Romanian Parliament at that moment, has been assumed in the treaties regarding Romanian-Soviet frontier's system in 1949 and 1961. On the other hand, article 3 in the 1997 Agreement Connected to the Political Treaty with Ukraine, document that contains the two states' agreement about the possibility to solve the problem of continental stage end exclusive economical areas' delimitation by resorting to the International Justice Court, provides that Snake Island "belongs to Ukraine". Also, the Connected Agreement stipulates in article 4, letter (d) that, *in the process of sea spaces' delimitation, none of the parties can contest the other one's sovereignty about any part of its territory, contiguous to the area liable to delimitation* (Snake Island and its 12 sea miles territorial waters are in this area). The 1997 Fundamental Political Treaty also provides in Preamble and in articles 1, 2 and 3 the fact that *the parties have to respect the sovereignty principles, the territorial integrity principles and the frontier's inviolability principles*. The Treaty between Romania and Ukraine regarding the Romanian-Ukrainian state frontier's system, the collaboration and the mutual assistance in frontier problems mention in Preamble the sovereign equality principles, the territorial integrity principles, the existent frontiers' inviolability principles and it refers to the principles and foresights in the Political Treaty and the Connected Agreement. Thus, in 1997 Connected Agreement, the two states established International Justice Court's competence only to delimit the continental stage and the exclusive economical areas of the two parties, without foreseeing the International Justice Court's jurisdiction to decide about Snake Island's ownership. (www.mae.ro).

²⁸ **Romania signed UNO's Convention about the Sea's Right on December 10th, 1982, and by Law no. 110 since October 10th, 1996, adopted by the Parliament, Romania ratified the Convention and joined the 1994 Agreement regarding the application of the 9th Party in UNO's 1982 Convention about Sea's Right. When ratifying, Romania strengthened the Declaration formulated when signing the Convention on December 10th, 1982, where paragraph 3 says that "Romania says that, considering the equity claims, as it results from articles 74 and 83 in 1982 Convention, the uninhabited islands and with no own economical life cannot affect the sea spaces' delimitation, spaces that belong to the riparian states' main lands".**

But Ukraine wants the delimitation to be accomplished considering the entire land of the Black Sea and, on the other hand, it says that Snake Island must be considered in this process. However, according the foresights of UNO's 1982 Convention about Sea's Right, to consider it to delimit the continental stage and Ukraine's exclusive economical areas in Black Sea, Snake Island should allow human living and it should have all the resources needed for its own economical life. But Snake Island is only a little rocky island where there is only small vegetation, there is no drinking water, in the summer the temperatures are very high and the food for the solders is brought weekly by helicopter. However, Ukraine tries artificially to prove the possibility to develop a social and economical life on the island. They brought land to create an artificial pontoon, they have opened a bank branch they even inaugurated a medical office. In fact, Ukraine says that, there is a real town named Belii (even if the civilians are not allowed to get to the island because a frontier guards military base functions on Snake Island) and they want to open museums and luxury hotels soon²⁹. Of course, they do all of these to accredit the idea of living on Snake Island because if an island is lived and has its own economical life, the international regulations give it the right to a continental stage³⁰.

The peaceful solution of the strife regarding the sea delimitation in the Black Sea between Romania and Ukraine by resorting to the International Justice Court. Considering the opposite positions of the parties involved in negotiations, the absence of the progress in bilateral negotiations (24 rounds, completed by 10 other expert rounds)³¹, considering the fact that both conditions regarding informing the International Justice Court were achieved, on September 16th, 2004, Romania³² acted according to the fundamental principle of the international public right referring to the peaceful solving of international strives and it sent the International Justice Court in Hague a demand to initiate the procedures in order to solve the problems of the continental stage and the exclusive economical areas' delimitation between Romania and Ukraine in Black Sea³³. Resorting to International Justice Court's jurisdiction presents the

²⁹ „Romania Liberă” Journal since June 19th, 2008.

³⁰ Article 121 in UNO's Convention about the Sea's Right says in paragraph 2 that, under the condition of the paragraph 3 (the rocks that do not allow human living or their own economical life do not have either an exclusive economical area, or a continental stage), the territorial sea, the contiguous area, the exclusive economical area and the continental stage of an island are delimited according to the Convention's disposals.

³¹ Unfortunately, none of the litigious questions between Romania and Ukraine found solutions by negotiations, peaceably, in historical truth's spirit. In spite of this unfavourable situation for our country, in spite of the inflexibility and the tergiversations that the Ukrainian party used constantly, the Romanian party, being morally, historically and juridically right, decided to continue the negotiations with Kiev in order to find a correct solution. After 1997, the bilateral negotiations continued with no notable results because the Ukrainian party proved a total inflexibility. After every negotiation round regarding the exclusive economical areas and the continental stage's delimitation between the two countries in Black Sea, the Romanian party saw Kiev's dishonesty, the fact that the negotiations were actually a loss of time because of the essential difference of tackling between the two parties regarding the delimitation process. (*D. Pădurean*, *Strategical War between Ukraine and Romania* - <http://www.studiidecaz.ro>).

³² That is a plaintiff, while Ukraine is a defendant.

³³ The Romanian party's agent was Mr. Bogdan Aurescu, general manager in External Business Ministry, ex-State Secretary inside the same ministry, and the co-agents were Mr. Cosmin Dinescu, general manager for juridical business in External Business Ministry and Mr. Călin Fabian, Romania's Ambassador in Hague. Ukraine's Agent for Hague process is Mr. Volodomir Vasilenko, special ambassador in Ukrainian External Business Ministry. Ukraine's co-agents for Hague process are the manager of the juridical Department and Treaties in Ukrainian External Business Ministry and the ex-ambassador of Ukraine in Hague. (www.mae.ro).

advantage of guaranteeing the pronouncement of a fair solution according to international right's regulations³⁴.

According to the information delivered both by the Romanian External Business Ministry and the International Justice Court's official site, by an order since November 19th, 2004, the International Justice Court established the date of August 19th, 2005 as a date when we could lay down Romanian party's Complaint, respectively the term of May 19th, 2006 to lay down the Ukrainian party's Counter-Complaint. On August 15th, 2005 – before expiring the term set by the Court's Order -, the Romanian party's Agent for the procedures in front of International Justice Court in the Sea Delimitation in Black Sea (Romania versus Ukraine) case, Bogdan Aurescu laid own, at Hague, at Court Clerk's Office, Romania's Complaint, containing Romanian party's position³⁵. On May 16th, 2006, they laid down, at International Justice Court Clerk's Office, the Ukrainian party's Counter-Complaint – natural stage of the process found on Court's roles, following the procedures written in this Court. After examining this document, the Romanian party decided, according to the International Justice Court's Procedure Rules, to elaborate a Retort to express its reaction for the elements in the Counter-Complaint and to counter-motivate them and the Ukrainian party would also lay down, at Court Clerk's Office, a Duplicate. Thus, by an Order of Hague Court, since July 3rd, 2006, they established the terms to lay down Romanian party's Retort (December 22nd, 2006), respectively Ukrainian Party's Duplicate (June 15th, 2007). On December 19th, 2006, we laid down at International Justice Court Clerk's Office Romania's Retort that includes Romanian Party's counter-motivation reported to Ukrainian party's assertions in the Counter-Complaint, and also a strengthening of the position exposed by the Romanian part in the Complaint. By an order since June 8th, 2007, the Court extended the term of laying down the Duplicate by Ukraine until July 6th, 2007. The Ukrainian party laid down the Duplicate at the International Justice Court Clerk's Office on July 5th, 2007. After finishing the written stage, the procedures' oral stage followed (the two parties' pleadings) that developed since September 2nd until September 19th, 2008³⁶. The ending of the procedures' oral stage³⁷, on

³⁴ During the meeting, on January 15th, 2007, when opening the frontier point from Sighetu Marmăției – Solotvino, Romania's President, Mr. Traian Băsescu, and Ukraine's president, Mr. Victor Iușcenko, pointed out that resorting to the International Justice Court's jurisdiction corresponds to a civilized bilateral relation. Also, the Ukrainian president Victor Iușcenko confirmed that Ukraine would respect the International Justice Court's decision. (See „Evenimentul zilei” Journal since April 3rd, 2008).

³⁵ The Complaint is accompanied by annexes including documents and maps that represent the proving elements on which Romanian party's motivation is based.

³⁶ The oral procedures developed in two rounds: September 2nd – 5th, 2008 – Romania's first pleading round, as a plaintiff; September 9th – 12th, 2008 – Ukraine's second pleading rounds, as a defendant; September 15th – 16th, 2008 – Romania's second pleading round and conclusions regarding the delimitation solution that it considers to be fair and according to the international right in process; September 18th – 19th, 2008 – Ukraine's second pleading round and its conclusions. (www.mae.ro, www.icj-cij.org).

³⁷ When Mr. Mihai – Răzvan Ungureanu, Romania's External Business Minister, visited Kiev on March 22nd, 2005, they decided to restart the Romanian-Ukrainian bilateral discussions related to sea spaces' delimitation, while developing the procedures at International Justice Court. There were also the conclusions of these discussions that took place when Romania's president, Mr. Traian Băsescu, and Ukraine's president, Mr. Victor Iușcenko met (in Bucharest, on April 21st, 2005 and in Kiev, on February 2nd, 2006). Therefore, when the procedures and the bilateral discussions had place at International Justice Court, four expert meetings developed in Kiev (on April 12th – 15th, 2005 and, respectively on October 31st – November 1st, 2005), in Constanța (on June 2nd – 3rd, 2005) and in Bucharest (on March 28th-29th, 2006). While the meeting in Odessa (on July 4th, 2006) of the two countries' external business ministers, they agreed that the new bilateral negotiation rounds would develop only if necessary. At present, there is not this kind of negotiation. (www.mae.ro).

September 19th, 2008, will be followed by Court's consultations and a decision's pronouncement that will be irrevocable, compulsory and binding for the parties³⁸. According to the International Justice Court's practice until present, a decision's pronouncement in a solving case has place in 3-6 months from the procedures ending, depending on the case's complexity.

Estimations regarding the solution that shall be pronounced by International Justice Court in the strife regarding the sea delimitation between Romania and Ukraine in Black Sea. In Sea delimitation in Black Sea (Romania versus Ukraine) case, Hague International Justice Court will establish a unique delimitation line of the two parties' continental stage and of the exclusive economical areas in North-West Black Sea, by showing the concrete geographical coordinates of the points that form it (defined by latitude and longitude). This line will determine the exact establishment of continental stage and exclusive economical area's surface in Romania and, respectively, in Ukraine³⁹.

We point out that, according to the experts who assert Romania's cause at International Justice Court, the state activities invoked by Ukraine (the exploiting or exploring activities of hydrocarbons warehouse or Ukrainian frontier police's acts in Black Sea's disputed area) cannot have any juridical effect because all these Ukraine's acts took place after the critical date of the strife's crystallization with Romania and they do not accomplish the conditions that could make them relevant for the delimitation, so that the Court cannot consider them. In the sea's international right, the activities exerted by the states in the delimitation area are not relevant, the sea delimitation processes and they cannot be considered as special circumstances to establish the delimitation line, as Ukraine wants. Besides, after 1997 – when the Agreement Connected to the Fundamental Treaty between Romania and Ukraine became valid, these activities' development had a special system, regulated by the Connected Agreement – agreement that confirmed the Romanian-Ukrainian sea dispute's existence. The exploring activities and the concessions in order to exploit, invoked by Ukraine (Delfin perimeter's concession – 1993, Olimpiska perimeter's concession – 2001 and Gubkina perimeter's concession – 2003) had place after 1995, when the strife is mentioned for the first time in a Romanian-Ukrainian diplomatic documents exchange. More than that, the Romanian agents proved that the activities invoked by Ukraine could not be relevant because they do not accomplish the necessary conditions to be considered (respectively, to express a gentlemen's agreement between the two parties). These activities developed on a limited period, they do not cover geographically the area according to Ukraine's demand (the perimeters where Ukraine granted such concessions or accomplished ship patrolling actions are not parts of the delimitation area) and Romania protested constantly to any concession document from Ukraine. Regarding the disputed area's exploration, the Romanian party showed that Romania exerted scientific activities (allowed activities, according to the Agreement Connected to 1997

³⁸ International Justice Court's decision enjoys the authority of judging. The decision is opposable only for the litigious parties and only for the solving cause (article 59 in International Justice Court's Status). The parties must comply exactly and immediately (IJC have not a recommendation value). The Court decisions' coercitiveness is provided directly in article 94 in UNO's Charter where it shows that « every UNO's member has to respect the Court's decision in every case where it is a party ». The compulsory feature of Court's decisions is emphasized by another Charter's foresight according to which a strife's party can inform UNO's Security Council if the other party does not execute its duties. In this situation, the Security Council may, if it considers as necessary, make recommendations or decide the decision's accomplishment (article 94, paragraph 2 in UNO's Charter).

³⁹ www.mae.ro. Votes of the majority of present judges adopt the Court's decisions. In case of parity, the president's vote is crucial. (article 55 in International Justice Court's Status).

Political Treaty and in conditions of strife's existence) substantially and much more constantly than Ukraine. Regarding frontier police's activities in the area, conjured up by Ukraine, the Romanian spokesmen proved that, if they were true (they are certified only by Ukrainian sea officers' declarations, for the current procedure at International Justice Court), we cannot consider them because they occurred after 1998, so after crystallizing the strife contracting the Connected Agreement⁴⁰.

At the same time, regarding Snake Island's status and its role in the sea delimitation in Black Sea, we mention that, until present, the International Justice Court, when it judged the litigations related to sea delimitation, did not consider certain little islands' existence, even if they had their own economical life and they were lived. For example, it is about Italian islands named Lampedusa, Linosa and Pantelleria in Mediterranean Sea. When Hague Court established the delimitation line between Italy and Tunis, it did not grant a continental stage to these islands, but only the territorial sea. The Arbitration Court did the same thing ignoring the English – Norman islands near the French land when it established the delimitation line between France and Great Britain. It is remarkable the fact that these islands have a 195 km surface and a 130.000 habitants population. The Hague Court did not consider the little Maltese island named Filfa when it established the delimitation line of the continental stage between Malta and Lebanon. And this delimitation line was not a median one, but it was much more moved near Malta because the Court considered that the Maltese islands appeared as “a relatively modest accident in a semi-closed sea”⁴¹. Depending on the status established for Snake Island by the International Justice Court – rock or living island with its own economical life -, they will decide who will own the 12.000 square km in the Black Sea. If the International Justice Court considers that at 45 km from Sulina – Romanian town – there is only a rock, the discussed continental stage will belong to Romania. If, contrary, the instance decides that it is a living place, this will remain in Ukraine's property⁴².

Conclusions. If we should conclusion, beside the objective aspects required by the sea space's delimitation (until the delimitation, none of the two states could exert its sovereign rights in the two areas), the Romanian-Ukrainian dispute regards the oil and natural gas resources in the continental stage. Since the 70s, the prospecting in the area proved the existence of important hydrocarbon resources, fact that is recognized by Romania's External Business Ministry, in an official document that proves that “in the disputed area, there are medium hydrocarbon deposits”. In fact, according to the estimations, under the 12.000 square km of water, there are ten million of tons of petroleum and one hundred billion cubic meters of natural gas. Therefore, if International Justice Court grants Romania the stage or most of the stage, our petroleum resources would grow at 84 million tons, and the natural gas resources, at 285 billion cubic meters. Talking about money, the deposits in the disputed area mean about 37 billion dollars where the petroleum values 7 billion dollars and the gas values the rest. The minimal costs involved by exploiting the deposits are estimated to 1,5 billion dollars. Reported to Romania's current resources, the ones in the Black Sea are big enough to determine a substantial mutation in the country's status of hydrocarbon net importer. In fact, the 100 billion cubic meters of natural gas would cover the national consumption for almost

⁴⁰ <http://www.ziare.ro>

⁴¹ D. Pădurean, Strategic War between Ukraine and Romania - <http://www.studiidecaz.ro>.

⁴² „Romania Liberă” Journal since June 19th, 2008.

10 years, if it would remain at the level of the total quantity distributed in 2007, of 11,9 billion cubic meters⁴³.

But, no matter the stake on the discussed strife's base, we must appreciate the fact that the both states have chosen the conflict's peaceable solving in a time when most of the experts appreciate that the concern because of using up the resources necessary to satisfy the human needs may represent the future conflicts' source, fact that may become the main challenge of 21st century.

Literature:

- *E. P. Andreyev, ș.a.*, The International Law of the Sea, Translated from the Russian by Dimitry Belyavsky, Progress Publishers, Moscow, 1988
- *R. Miga-Beșteliu*, International Law. Introduction in International Public Law. All Beck Publishing house, Bucharest, 1998
- *J. P. Beurier ș.a.*, Droits maritimes, Dalloz, Paris, 2007
- *Al. Bolintineanu, A. Năstase, B. Aurescu*, International Contemporary Law, All Beck Publishing house, Bucharest, 2000
- *J. Combacau, S. Sur*, Droit international public, Ed. Montchrestien, Paris, 2006
- *Șt. Diaconu*, Romania's Treaties with neighbours, Lumina Lex Publishing house, Bucharest, 2001
- *B. Boutros Ghali*, A dream becomes a reality: Sea Law Convention enters into force, United Nations Chronicle, New-York, vol.32, Issue 1, Mar. 1995
- *D. Mazilu*, The Law of the Sea – concepts and institutions sanctioned by Montego-Bay Convention, Lumina Lex Publishing house, Bucharest, 2002
- *D. Pădurean*, Strategical War between Ukraine and Romania - <http://www.studiidecaz.ro>).
- *E. du Pontavice, P. Cordier*, La mer et le droit, Presses Universitaires de France, Paris, 1984
- *D. Popescu, A. Năstase*, International Public Law, Șansa Publishing house, Bucharest, 1997
- *M. Popescu*, The Law of the Sea: national jurisdiction areas, Artprint Publishing house, Bucharest, 2000
- *M. T. Snarr, D. N. Snarr*, Introducing global issues, Lynne Rienner Publishers, London, 2005
- *S. Tămaș*, Geopolitics, New Alternative Publishing house, Bucharest, 1995

⁴³ „Capital” Journal since September 3rd, 2008.

- *D. R. Rothwell*, Building on the strengths and addressing the challenges: the role of Law of the Sea institutions, *Ocean Development & International Law*, vol. 35, Issue 2, Apr-Iun 2004
- *T. Treves*, The International Tribunal for the Law of the Sea, în *The Italian Yearbook of International Law*, Kluwer Law International, The Hague, vol. 10, 2000
- „Romania Liberă” Journal since June 19th, 2008
- „Evenimentul zilei” Journal since April 3rd, 2008
- „Capital” Journal since September 3rd, 2008
- UNO’s Charter
- International Justice Court’s Status
- UNO’s Convention about the Law of the Sea in 1982
- Vienna Convention regarding the treaties right in 1969
- www.cdep.ro
- www.mae.ro
- www.icj-cij.org
- www.ziare.ro

Contact – email

laura.trocan@gmail.com

DETERMINATION OF INTERNATIONAL JURISDICTION BY COUNCIL REGULATION (EC) NO 1346/2000, ON INSOLVENCY PROCEEDING

JANA TUROŇOVÁ

Faculty of Law, Masaryk University, Czech Republic

Abstrakt v rodném jazyce

Mezinárodní příslušnost k zahájení a vedení insolvenčních řízení podle nařízení Rady (ES) č. 1346/2000, o úpadkovém řízení se určuje zvláště pro řízení hlavní a zvláště pro řízení teritoriálně omezená a to na základě odlišných kritérií. Tato kritéria jsou: hlavní zájmy dlužníka a provozovna. V obou případech jde o autonomní pojmy, které se vykládají podle nařízení jednotně a nezávisle na právních řádech jednotlivých členských států.

Klíčová slova v rodném jazyce

Centrum hlavních zájmů, provozovna, teritoriálně omezená řízení, vedlejší řízení, nezávislé řízení, hlavní řízení.

Abstract

Contribution focuses on the determination of international jurisdiction by Council Regulation No 1346/2000, on insolvency proceeding. International jurisdiction is determinate by different criterions. These criterions are centre of the debtor's main interests and establishment. These terms are autonomous concept. As such, their meaning is uniform and independent of the national laws of the Member States, the latter may not modify that meaning.

Key words

Centre of main interests, establishment, territorial proceeding, secondary proceeding, independent proceeding, main proceeding.

1. INTRODUCTION

This paper focuses on the determination of international jurisdiction by Council Regulation (EC) No 1346/2000, on insolvency proceeding (below only "Insolvency Regulation"). In according to this regulation it is possible to open two type of insolvency proceedings – *Main proceeding* and *Territorial proceedings*. These territorial proceedings are disposed on secondary and independent proceedings.¹ International jurisdiction is determinate by different criterions. These criterions are *centre of the debtor's main interests* and *establishment*. The Insolvency Regulation only determines the international jurisdiction of the courts of the State. The territorial jurisdiction within that State will be determined by its national law.

These terms are autonomous concept. As such, their meaning is uniform and independent of the national laws of the Member States, the latter may not modify that meaning. The method

¹ Virgos, M., Garcimartin, F. *The European Insolvency Regulation: Law and Practice*. Hague: Kluwer Law International, 2004, p. 157 or Bělohávek, A., J. *Evropské insolvenční právo*. Bulletin advokacie, 2007, No 11, p. 40

to determine the centre of main interests and establishment must be the same for all Member States.²

2. CENTRE OF MAIN INTERESTS

Article 3.1 of Insolvency Regulation enables the court of the Member State where the centre of the debtor's main interests is located to open **main insolvency proceeding**. Such proceeding has universal scope and is intended to encompass all the debtor's assets on a worldwide basis and to affect all creditors, independently of where they are located.³ Central term of Insolvency Regulation is therefore centre of main interests. Fundamental source of interpretation of this term is Virgos-Schmit report, that was many times excerpt by European Court of Justice. Other source of interpretation is definition comprehended in the recital 13 of Preamble. Concept of this definition was adopted from mentioned report. There is said: "*The centre of main interests should correspond to the place where the debtor conducts the administration of his interests on a regular basis and is therefore ascertainable by third parties*". Concept of stated definition has open character. This open character gives it the advantage of flexibility. The concept can applied to any class of debtor and to any type of organizational structure of that debtor. Insolvency Regulation does not make distinctions between natural person, legal person, trader, non-trader, public or private. However, this open texture may be its greatest weakness, because its practical application implies a previous examination and evaluation of the debtor's circumstances.⁴

The definition results from the combination of several fundamental ideas. The important factor that determine centre of debtor's main interests is the place where the interests are administered, not the place where those concrete interests are located. It is therefore the place from where the debtor conducts its activities. Administration is intended to mean the management and control of interests. Interests must be understood as referring to the debtor's economic affairs.⁵ Another relevant aspect is the external organization of the debtor. This is why the definition requires that such place must be ascertainable by third parties. Debtor should has several centres of main interests. The principle used in Insolvency proceeding implies that a debtor can have only one centre.⁶

If a debtor is natural person and is engaged in an independent business or professional activity, the centre of main interests will normally correspond to the state where he has his business or professional centre (professional domicile). For other individuals in general, no

² Virgos, M., Garcimartin, F. The European Insolvency Regulation: Law and Practice. Hague: Kluwer Law International, 2004, p. 37

³ Virgos-Schmit report No. 73

⁴ Virgos, M., Garcimartin, F. The European Insolvency Regulation: Law and Practice. Hague: Kluwer Law International, 2004, p. 38

⁵ Wessels, B. European Union Regulation on Insolvency Proceedings: An Introductory Analysis. American Bankruptcy Institute, 2003, p. 15

⁶ Virgos, M., Garcimartin, F. The European Insolvency Regulation: Law and Practice. Hague: Kluwer Law International, 2004, p. 40

professionals, the place of their main interests is habitual residence.⁷ This term can be interpreted in accordance with the Brussels I Regulation.⁸

Where companies and legal persons are concerned, the Insolvency Regulation presumes, that the debtor's centre of main interests is a place of his registered office. This place normally corresponds to the debtor's head office. But in the contradictory cases, the place of main interests will correspond to the place that appears as its central administration, the place from which the main activities are controlled and ultimate decisions at the highest level are made.⁹

The Insolvency Regulation offers no rules for groups of affiliated companies. International jurisdiction for related companies must exist for each of them, because according to the Regulation the jurisdiction must be determinate for each of separate legal entity.¹⁰

3. ESTABLISHMENT

Territorial insolvency proceeding should be opened in the Member State where the debtor has his establishment. This rule of jurisdiction is valid for any territorial proceeding, be they secondary or independent. The aim of this possibility is following – foreign debtors who operate in the inland through the local establishment can be subject to the same insolvency rules as domestic debtors. This means that the effects of the insolvency will be determined not by the law of the State where the debtor's centre of main interests is located, but by the law of the State where the establishment and assets are situated.¹¹ This concept protects local creditors. They know local insolvency law, they can communicate with local administrator of assets and they can speak by own language.

According to the Regulation an establishment is “*any place of operations where the debtor carries out a non-transitory economic activity with the human means and goods*”. Criterion for opening of territorial proceeding isn't only pure inherence of assets in the State, but it presumes some activity.¹² The definition provided by the Regulation is a relatively open definition, based on the combination of two elements: a place of business or operations, with a certain degree of organization and permanence in time. Directives of interpretation are following – first directive is an external point of view and the second directive is an internal point of view.

Place of operations means a place from which economic activities are exercised externally and whether the said activities are commercial, industrial or professional. A purely occasional place of operations cannot be classified as an establishment. A certain stability is required. A place of business clearly set up for a short temporary purposes does not qualify as an establishment. On the other hand, the Insolvency Regulation does not require a permanent

⁷ Virgos-Schmit report No. 75 or Šabatka, P. Mezinárodní pravomoc podle nařízení o insolventních řízeních. Právní rozhledy, 2006, No 3, p. 96

⁸ Council Regulation No 44/2001, on jurisdiction and the recognition and enforcement of judgments in civil and commercial matters .

⁹ Šabatka, P. Mezinárodní pravomoc podle nařízení o insolvenčních řízeních. Právní rozhledy, 2006, No 3, p. 97 or Virgos, M., Garcimartin, F. The European Insolvency Regulation: Law and Practice. Hague: Kluwer Law International, 2004, s. 43

¹⁰ Virgis-Schmit report No. 76

¹¹ Virgos, M., Garcimartin, F. The European Insolvency Regulation: Law and Practice. Hague: Kluwer Law International, 2004, s. 156

¹² Šabatka, P. Mezinárodní pravomoc podle nařízení o insolvenčních řízeních. Právní rozhledy, 2006, No 3, p. 99

establishment, i.e. an establishment open on an indefinite time basis. The reference to human means and goods expresses the requirement of some form of organizational presence in the forum, for example a branch, an office, a factory, a workshop. The formulation of these elements is not rigid. The decisive factor is how the activities appears externally, and not the intention of the debtor. All of these elements have to be specified in the light of the general idea: the requirement that the place of operations represents a certain degree of external business activity on the part of the debtor, in or from that State.¹³

The concept of “establishment” is neutral with regard to the nature of the debtor, an individual or a legal person, or the capacity (merchant, professional) in which he may act. The function of this criterion is solely to confer jurisdiction upon the courts of the State in question, and therefore, the principle, any natural or legal person, whether or not a trader, can have an establishment for the purposes of the Insolvency Regulation.¹⁴ This prevails over national rules which may reserve the use of the concept of establishment to specific persons.

Term establishment cannot be interpreted according to Brusel I. Regulation¹⁵ and it isn't possible interpret this term according to article 21 till 23 of Czech Commercial Code.¹⁶ Concept of establishment in the article 21 of Czech Commercial Code is very similar as a term establishment in the Insolvency Regulation. However, concept of establishment according to Insolvency Regulation is wide sense.¹⁷

Concept of establishment was adopted by Model Law on Cross-Border Insolvency of the United Nations Commission on International Trade Law (UNCITRAL). Article 2 (f) includes following definition: „*Establishment*” means any place of operations where the debtor carries out a non-transitory economic activity with human means and goods or services. The purpose of the present Law is to provide effective mechanisms for dealing with cases of crossborder insolvency. Model Law is designed to assist States to equip their insolvency laws with a modern, harmonized and fair framework to address more effectively instances of cross-border insolvency. Those instances include cases where the insolvent debtor has assets in more than one State or where some of the creditors of the debtor are not from the State where the insolvency proceeding is taking place. The Model Law respects the differences among national procedural laws and does not attempt a substantive unification of insolvency law. It offers solutions that help in several significant ways.¹⁸

4. RELEVANT MOMENT

Relevant moment to establish international jurisdiction is when the application for insolvency proceedings is filled. It is at this moment that the debtor's centre of main interests or debtor's establishment must be located in the forum. Changes occurring afterwards have no influence on jurisdiction and thus a later modification has no effect (the principle of *perpetuatio fori* is

¹³ Virgos, M., Garcimartin, F. The European Insolvency Regulation: Law and Practice. Hague: Kluwer Law International, 2004, p. 160 - 161

¹⁴ Virgos-Schmit report No. 71

¹⁵ This regulation doesn't include definition of establishment.

¹⁶ No 513/1991, Commercial Code

¹⁷ Bělohávek, A., J. Evropské a mezinárodní insolvenční právo. Komentář. 1. vydání. Praha : C.H. Beck, 2007, p. 108.

¹⁸ http://www.uncitral.org/uncitral/en/uncitral_texts/insolvency/1997Model.html

applied).¹⁹ However, this conclusion doesn't consequent on Insolvency Regulation. The provision 3.1. does not specify whether the court originally seised retains jurisdiction if the debtor moves the centre of his main interests (or establishment) after submitting the request to open proceedings but before the judgment is delivered.²⁰

Thus, this question was solved by European Court of Justice as a preliminary question in the case of Susanne Staubitz -Schreiber.²¹ This case only deal with centre of main interests, but general rules can be adopted to establishment. The dispute in the main proceeding was following. The applicant in the main proceeding was resident in Germany where she operated a telecommunications equipment and accessories business as a sole trader. She ceased to operate that business in 2001 and requested, on 6 December 2001, the opening of insolvency proceedings regarding her assets before the Amtsgericht-Insolvenzgericht Wuppertal. On 1 April 2002, she moved to Spain in order to live and work there.²² By order of 10 April 2002, the Amtsgericht-Insolvenzgericht Wuppertal refused to open the insolvency proceedings applied for on the ground that there were no assets. The appeal brought by the applicant in the main proceedings against that order was dismissed by the Landgericht Wuppertal on the ground that the German courts did not have jurisdiction to open insolvency proceedings in accordance with Article 3.1. of the Insolvency Regulation, since the centre of the main interests of the applicant in the main proceeding was situated in Spain.²³ The applicant submits that the question of jurisdiction should be examined in the light of the situation at the time when the request to open insolvency proceedings was lodged.²⁴

European Court of Justice note, that a transfer of jurisdiction from the court originally seised to a court of another Member State on that basis would be contrary to the objectives pursued by the Regulation.²⁵ In the fourth recital in the Preamble to the Insolvency Regulation, the Community legislature records its intention to avoid incentives for the parties to transfer assets or judicial proceedings from one Member State to another, seeking to obtain a more favourable legal position.²⁶ Furthermore, retaining the jurisdiction of the first court seised ensures greater judicial certainty for creditors.²⁷

Literatura:

- Report on the Convencion on Insolvency Proceedings by Miguel Virgos and Etienne Schmit, date 3. May 1996.
- Virgos, M., Garcimartin, F. The European Insolvency Regulation: Law and Practice. Hague: Kluwer Law International, 2004, s. 256, ISBN 90-411-2089-0

¹⁹ Virgos, M., Garcimartin, F. The European Insolvency Regulation: Law and Practice. Hague: Kluwer Law International, 2004, p. 159

²⁰ Decision of ECJ C-1/04, par. 23

²¹ Decision of ECJ C-1/04, Susanne Staubitz-Schreiber. Accessible on http://curia.europa.eu/en/content/juris/index_form.htm

²² Decision of ECJ C-1/04, par. 15

²³ Decision of ECJ C-1/04, par. 16

²⁴ Decision of ECJ C-1/04, par. 17

²⁵ Decision of ECJ C-1/04, par. 24

²⁶ Decision of ECJ C-1/04, par. 25

²⁷ Decision of ECJ C-1/04, par. 27

- Fletcher, I., F. Insolvency in private international Law. Oxford: Oxford University Press, 2007, s. 139, ISBN 9780199288731
- Moss, G., Fletcher, I., F., Isaacs, S. The regulation on Insolvency proceedings. New York: Oxford University Press Inc., 2002, s. 352, ISBN 0199251096
- Wessels, B. Cross-Border Insolvency Law. International Instruments and Commentary. The Netherlands: Kluwer Law International BV, 2007, s. 1042, ISBN 9789041125262
- Bělohávek A.J. Evropské a mezinárodní insolventní právo. Komentář. 1. vydání. Praha : C.H. Beck, 2007, 1588 s, ISBN 978-80-7179-591-9
- Bělohávek, A.J. Evropské insolvenční právo. Bulletin advokacie, 2007, č. 11, s. 38.
- Šabatka, P. Mezinárodní pravomoc podle nařízení o insolventních řízeních. Právní rozhledy, 2006, č. 3, s. 95.
- Kapitán, Z. Základní principy úpravy evropského insolvenčního práva a nařízení Rady (ES) č. 1346/2000, o úpadkových řízeních. Právní fórum, 2005, č. 10, s. 374.
- Wessels, B. European Union Regulation on Insolvency Proceedings: An Introductory Analysis. American Bankruptcy Institute, 2003, p. 15.

Kontaktní údaje na autora – email:

turonovajana@email.cz

DIRECT EFFECT AND INVOCABILITY OF EC LAW BEFORE NATIONAL COURTS: INTERNATIONAL TREATIES

VLADIMÍR TÝČ

Faculty of Law, Masaryk University, Czech Republic

Abstract in original language

Účelem tohoto příspěvku je popsat specifika přímého účinku ustanovení mezinárodních smluv uzavřených Evropským společenstvím a najít vztah mezi přímým účinkem a dovolatelností mezinárodní smlouvy ze strany jednotlivce nebo členského státu. Evropský soudní dvůr se ve své judikatuře, která se týká převážně dohod uzavřených v rámci WTO, staví k přímému účinku negativně s odkazem na zvláštní charakter smluvních ustanovení, která se liší od běžného komunitárního práva. Proto také se jednotlivec nemůže těchto ustanovení dovolávat jako důvodu pro neplatnost komunitárního nařízení. Dovolatelnost se však nevyčerpává jen přímým účinkem, ale může být možná při výkladu nařízení (analogie "nepřímého účinku"). Pokud jde o odpovědnost Společenství za škodu způsobenou nedodržením smluvního závazku při přijímání nařízení, judikatura Soudního dvora zatím neexistuje.

Key words in original language

Přímý účinek, dovolatelnost, mezinárodní smlouva, WTO, výklad.

Abstract

The purpose of the present contribution is to describe particularities of the direct effect of the provisions of international treaties concluded by the Community and to find the relationship between direct effect and invocability of treaty provisions by an individual and a member State. In its case law the Court of Justice declines the direct effect of treaties (especially those concluded within the WTO) arguing that an international treaty has a special character different from the Community law. Consequently, the individual cannot invoke a treaty provision as the basis for invalidation of a Community regulation. Nevertheless, the notion of invocability is wider than direct effect and thus may be possible when interpreting the regulation (analogy of the "indirect effect"). As far as the liability of the Community for damages caused by the failure to comply with the treaty when adopting the regulation, no ECJ case law exists so far.

Key words

Direct effect, invocability, international treaty, WTO, interpretation.

The principle of direct effect of Community law is generally very well known. Nevertheless, it shows some specific features for international treaties, concluded by the Community, which are supposed to be integral part of Community law. In this connection the notion of "invocability" of treaties appears. The purpose of this study is to examine this notion on the background of direct effect.

Let us remind conditions for direct effect of Community rules, according to the jurisprudence of the European Court of Justice:

1. There must be a clear and precise obligation or right of an individual (the rule is "directly applicable").

2. The obligation must be unconditional.
3. Compliance with the obligation must not require any further legal act on the part of the Community or the member State.
4. Member States must be left no discretion regarding implementation of the obligation.

What is the meaning of direct effect for the individual?

- He can invoke before the national court the rule of Community law against the State.
- National courts are obliged to apply the rule of Community law in relation to that individual.

What means "invoke" the rule: To use it for the satisfaction of a legal claim. "Use" means to substitute, on the basis of the priority principle, the rule of national law by the rule of Community law. If the direct effect of the Community law is not possible, the national law should be interpreted according to the Community law.

Abovementioned principles concern relations between national and Community law. The question that arises in connection of international treaties concluded by the Community, is whether it is possible to invoke a directly applicable provision of an international treaty against the secondary Community law.

The answer to that question is not obvious. The doctrine tends to recognize direct effect of treaties concluded by the EC. The lack of an express provision of the EC Treaty requires the ECJ jurisprudence, which is a little surprising. The survey of ECJ case law proves, that ECJ is not favorable to recognize direct effect to international treaties concluded by the EC in the field of the common commercial policy, where this problem became urgent.

a) Before establishing WTO:

International Fruit, 24-27/72: The nature of GATT does not allow to be invoked by an individual.

Germany v. Council (C-280/93), Chiquita (C-469/93): same reasoning.

b) After establishing WTO:

Portugal v. Council (149/96): same reasoning. WTO agreements do not provide rules that could be implemented in goodwill by national law of member States.

Dior (C-300, 302/98: WTO agreements are destined to member States, not individuals. The most important were two arguments:

- a) System of settlement of disputes in WTO: too flexible solutions, lack of necessary law exactness.
- b) Other States members do not recognize direct effect (mainly the USA).

The Council decision of 22 December 1994 on the WTO and other agreements states expressly that WTO agreement and other agreements are not suitable for the direct invocability before EC or national courts.

A very specific problem is the control of compatibility (of secondary EC law in relation to the treaties). The ECJ keeps the same opinion (impossibility to invoke the invalidity of a secondary law act not being in conformity with the treaty). There are just two famous exceptions: cases Nakajima (C-69/89) and Fediol (C-70/89). The direct effect may be accepted when the EC regulation has an executing character (of the treaty) or refers expressly to the treaty.

Now let us examine the notion of invocability. As it has been already said, to "use" the rule of Community law means, in the majority of cases, to substitute the national rule by the Community one. Nevertheless, this is possible only in cases when the Community rule is directly effective. The national rule remains intact, it is simply not applied.

In the relation EC secondary law - international treaty this evaluation is different. Here we are operating within one legal system, since international treaties concluded by the Community are considered to be the constituent part of EC law. An EC regulation contradicting the provision of an international treaty should be invalidated. This is possible only when that provision is directly effective. As it has been shown, according to the ECJ case law such a direct effect of treaty provisions does not exist (with a few very special exceptions). The direct effect seem to be the condition of the invocability of the treaty by an individual.

In addition to this, to invoke the treaty against the validity of a regulation can be realized not only by an individual, but also by a member State (Germany v. Council - C-280/93). In such case the invocability has nothing to do with the direct effect, which has a sense only in relation towards an individual.

If we want to clarify the relation between the direct effect and the invocability, we must take out the consequences of the ECJ case law in the following way:

- The problem of invocability appears where the validity of a regulation is contested.
- The international treaty must be invocable also in cases, where the treaty is not, according to the ECJ case law, directly applicable. Consequently, the invocability is the notion wider than the direct effect. The reason is that the relation EC regulation - international treaty differs from the relation national law - EC law. The expression of the invocability outside the direct effect consists in two important aspects, known also in relation EC law - national law: indirect effect (consistent (conformist) interpretation) and the liability for the breach of the international treaty.

1. Consistent interpretation: The EC regulation should be interpreted in the light of the corresponding treaty provision, which is invoked. As an example we can mention the judgment *Goldstar v. Council* (C-105/90), where such an interpretation was required for the EC antidumping code (regulation). Following case law after the establishing of WTO: *Peter Leifer* (C-83/94), *Fritz Werner* (C-70/94), *Commission v. Germany* (C-61/94). The priority of international treaties concluded by the EC requires the consistent interpretation of EC secondary law (regulations). This conclusion is imposed also to national courts.

2. Liability: The claimant invokes the violation of a treaty provision that caused him a damage. The Francovich principle does not apply to international treaties. The ECJ case law concerning treaties is still missing, but it seems that there is no reason for a different conclusion. If the EC breaches a binding treaty and consequently damages occur to an individual, there is no reason to ignore the principle of EC liability, since that liability is the tool for the protection of an individual against the breach of law by the member State and the Community as well.

Let us now summarize conditions for the invocability.

When the conditions for the direct effect are fulfilled, there is no problem. Nevertheless, the ECJ overestimates the specificities of international treaties and takes into account additional criteria (mainly the ability of the treaty to create directly rights to individuals). Already in Kupferberg (104/81) ECJ notices the international origin of the treaty - on the basis of international (not Community) law. The party of the treaty may determine its own conditions for the direct effect of the treaty. The purpose of the treaty is not primarily create rights and obligations to individuals, but only for its parties (States, international organizations). Those parties may determine themselves how to achieve the purpose of the treaty according to its spirit and provisions. In this connection they are not bound by any rule of international law (Kupferberg 104/81 and Germany v. Council - C-280/93). The international treaty should be interpreted in its entirety. The interpretation of different terms may be different in the international law comparing to the EC law (Chiquita Italia C-469/93).

If the direct effect of a treaty provision is denied, it is possible to invoke it for the purpose of the interpretation of the EC secondary law act. It should be taken into account, that the consistent (conformist) interpretation may not be possible, if the act is very rigid and does not allow different interpretations, especially in the sense of the treaty provision. In such case the "indirect effect" is not possible and the treaty provision is not invocable.

The ultimate solution could be, if a damage has occurred, to invoke the violation of the treaty by the Community. The conditions of this kind of invocability have so far not determined by the ECJ case law, but it seems that such situation is likely to occur in practice and that in the future the ECJ will be obliged to decide.

We may conclude that the invocability of an international treaty provision by an individual or a member State before EU courts depends fully on the primacy of the treaty over the EC secondary law. This primacy is contained in Art. 300 of the EC Treaty, according to which Community Institutions are bound by the Treaty, including situations when they adopt an act of secondary law. An act contradictory with the treaty should be invalidated by the ECJ decision, not simply set aside, as it is the case for the national law. If this is not possible for the lack of direct effect, the invocability may exist in another forms, as it has been indicated: indirect effect (consistent interpretation of an act of secondary law) and EC liability for damages. The notion of "invocability" is (and must be) thus wider than a simple "direct effect", generally denied by the ECJ for international treaties.

Contact – email

Vladimir.Tyc@law.muni.cz

ROME I AND ROME II REGULATIONS – ALIES OR ENEMIES?

JIŘÍ VALDHANS, PETRA MYŠÁKOVÁ

Právnická fakulta Masarykovy univerzity, Česká republika

Abstrakt v rodném jazyce

Smysl tohoto příspěvku je zřejmý – posunout se od jednoduchého popisu nových instrumentů evropského mezinárodního práva soukromého směrem k šedé oblasti prolínání obou předpisů, kde se soupeřit na stejném poli. Definice smluvního a mimosmluvního závazku představuje zcela stěžejní otázku. Přitom situace není zřejmá v celé řadě oblastí a tak to bude Soudní dvůr, který brzy vstoupí na scénu, neboť oba nové předpisy se již záhy – jeden na začátku a druhý na konci roku 2009 – stanou účinnými.

Klíčová slova v rodném jazyce

Smluvní závazek, mimosmluvní závazek, delikt, kvasidelikt, Římská úmluva, nařízení Řím I, nařízení Řím II, evropské mezinárodní právo soukromé, interpretace Evropským soudním dvorem, vnitřní trh, občanská a obchodní věc, autonomie vůle stran, volba práva, hraniční určovatel, ochrana slabší strany, imperativní normy, neexistence volby práva, právní jistota a předvídatelnost stran.

Abstract

The aim of the contribution is clear – to move from the simple descriptive approach regarding the new instruments of European Private International Law such as Rome I and Rome II Regulations towards the problematic “grey area” of incursion where both instruments may possibly struggle at the same field. The definition of the contractual and non-contractual obligation is of utmost importance. Nevertheless, the situation is not clear in many particular areas and thus the European Court of Justice will come into play very soon since both new instruments are here to be applied in the near future, being that the beginning or the end of the year 2009.

Key words

Contractual obligation, non-contractual obligation, delicts, quasi-delicts, Rome Convention, Rome I Regulation, Rome II Regulation, European Private International Law, interpretation of the European Court of Justice, internal market, commercial and civil matters, party autonomy, choice of law, connecting factors, weak party protection, mandatory rules, absence of the choice of law, legal certainty and predictability for private individuals.

1. INTRODUCTION

The new Rome I Regulation – Regulation (EC) No 593/2008 on the law applicable to contractual obligations (applicable for the contracts concluded after the December 2009) and Rome II Regulation – Regulation (EC) No 864/2007 on the law applicable to non-contractual obligations (applicable from January 2009) are the very new instruments of conflict-of-law rules in the area of Private International Law in Europe.¹ The substantive scope of both these Regulations should be consistent especially with the Brussels I Regulations while together

¹ For the details on the new instruments of Private International Law in Europe see: Pauknerová, M.: *Evropské mezinárodní právo soukromé*. C.H. Beck, Praha 2008, 409 pages.

construing a solid legal basis for answering elementary questions which are arising in the area of internal common market and are of utmost importance for its proper functioning.²

The aim of this contribution is not a simple description of both above mentioned instruments when especially Rome II and the whole transformation process of the Rome Convention on the law applicable to contractual obligations into the instrument of secondary Community law had been subject of huge academic debate.

Both cover huge area of obligations in the area of commercial and civil matters – being them of contractual or non-contractual nature. The questions are: how do they cooperate or do they cooperate at all? Are they struggling over the same issues or the areas covered by them are of mutual exclusive relationship to each other? When should a Member State court look to the relevant Rome I and when to Rome II provisions to determine the applicable law?

2. ROME I REGULATION

Starting with the Rome I Regulation we found out that it is necessary to briefly describe how this new instrument differs from its predecessor – Rome Convention.³

On 15th December 2005, the EC Commission presented a proposal for a Regulation on the Law Applicable to Contractual Obligations. This proposal was preceded by extensive public consultations while the Green Paper was published in January 2003. The discussions in the Council were held during the Finnish (2006), German (2007) and Portuguese (2007) presidency, thus the situation was finally solved under the presidency of Slovenia (2008). The interesting aspects of the whole procedure were connected with major differences between the Commission and European Parliament regarding some questions of the new instrument. In the European Parliament the Regulation was approved in the 1st reading on 29th November 2007 accepting 3 sets of proposed amendments to the Commission's proposal. In Council was the Regulation adopted on its meeting in June this year and later on (4th July 2008) was published as the Regulation (EC) No. 593/2008 on the law applicable to contractual obligations (Rome I).⁴

Rather than setting new set of rules, the Commission aspires to convert the existing Convention into the instrument of Community law. Proposal and final version of the Regulation introduces a number of amendments, some of them quite radical, with the intention to modernize the contents of the present conflict rules and coordinate them with other instruments of European Private International Law, especially Rome II Regulations and Brussels I Regulation.⁵ According to me the most significant changes can be divided into three main groups – *solution of the situation of the absence of choice of law, weak party contracts and the mandatory rules problem*. Nevertheless we want to provide a complex view on this new instrument as such, pointing to the most important amendments and changed

² See Rozehnalová, N., Týč, V.: Evropský justiční prostor v civilních otázkách. Masarykova univerzita Brno 2003, p. 18 et seq.

³ For the details see for example: Stone, P.: EU Private International Law – Harmonization of Laws. Edward Elgar Publishing Limited, Cheltenham 2006, p. 263 et seq., Meussen, J., Pertegás, M., Straetsman, G.: Enforcement of International Contracts in the European Union, Intersentia 2004 or Bogdan, M.: Concise Introduction to the EU Private International Law, Europa Law Publishing, Groningen 2006.

⁴ Details of the development can be seen at www.conflictoflaws.net.

⁵ See Pauknerová, M.: Evropské mezinárodní právo soukromé. C.H. Beck, Praha 2008, p. 254 et seq.

inserted into the original instrument by the Commission and by the European Parliament while preparing this instrument in so-called co-decision procedure with Council under the Art. 251 of the EC Treaty.

Starting with the scope of the new Regulation we can see that it is not substantially different from the Convention.⁶ The positive delimitation in the Art. 1/1 was changed for example. Nowadays, the Regulation shall apply, in situations involving a conflict of laws, to contractual obligations in civil and commercial matters. The intention to coordinate the new instrument with other instruments of European law is obvious, here with Brussels I Regulation. But also in the negative delimitation of the scope of the new Regulation, for example new letter i) was inserted in the Article 1 of the Regulation which is dealing with the *culpa in contrahendo* (obligations arising out of dealings prior to the conclusion of contract) which is covered by the new Rome II Regulation about which you will hear later.

One of the substantial changes is clearly to be seen in the *new Article 3* of the Regulation. Again the basis of the whole Regulation is the party autonomy;⁷ parties are thus free to choose the law that will govern their contract.⁸ Nevertheless, Art. 3/1 of the Regulation speaks clearly about “law”, previous Proposal from the Commission (Art. 3/2 of the Proposal) was deleted. Thus simple choice of *lex mercatoria* for instance as such is not possible. Form of the choice of law is same as under the old Convention, the same is true about the possible use of depeçage and change of applicable law in the future. In the Art. 3/3 of the new Regulation, finally the terminology problems of so called “mandatory rules” were solved while the distinction of the mandatory and supermandatory rules is now pretty clear. Rules which are to be used in the “internal contract” situation are now called “provisions of the law which cannot be derogated from by agreement”, the rules in the sense of the old Art. 7 of the Convention are called “overriding mandatory rules” (now in the Art. 9 of the Regulation). These new rules to which are references made in Art. 3/3, 6/2 (consumers contracts) and 8/1 (individual employment contracts) are then the old mandatory rules in the sense of Art.3/3 of the Convention and also Art. 7 of the Convention. This explanation is introduced by the Recital 37 of new Regulation which says: “*The concept of “overriding mandatory provisions” should be distinguished from the expression “provisions which cannot be derogated from by agreement” and should be construed more restrictively.* This in practical terms means, that in “*internal situation*” the choice of law of the parties cannot prejudice the application of the mandatory rules of the law of that country, be they mandatory or internationally mandatory rules. The same is true about “mandatory provisions” of Community law (Art.3/4 of the Regulation) that cannot be disregarded when the contract is connected with one or more Member States. We also really appreciate that the subparagraph 2 in Art. 3/1 of the Commission’s proposal was deleted. Simply, according to this Article the jurisdiction agreement was regarded as an implied choice of law in favor of the law of the forum state. In the Regulation the Recital 14 is talking about jurisdiction agreement as one of the factors to be taken into account in determining whether a choice of law has been clearly demonstrated. Nothing more, nothing less. I do agree with this solution because as a matter of a principle, choice of court and choice of law are two different things. They should be treated separately

⁶ See Rozehnalová, N., Týč, V.: *Evropský justiční prostor v civilních otázkách*. Masarykova univerzita Brno, 2003, p. 43 et seq.

⁷ Rinze, J.: *The Scope of Party Autonomy under the 1980 Rome Convention on the Law Applicable to Contractual Obligations*. In: *The Journal of Business Law* 1994.

⁸ See Pauknerová, M.: *Evropské mezinárodní právo soukromé*. C.H. Beck, Praha 2008, p. 259 et seq.

although it is true that the parallelism between choice of court and choice of law is cost saving, efficient and clearly preferred by business.

Regarding *the applicable law in the absence of choice*, new Art. 4 of the Regulation is to be seen also as a revolutionary one.⁹ The old approach based on the “*close connection*” supported by presumptions and escape clause was changed. The most problematic under the old Convention was actually the relationship between the presumptions and the escape clause. Some of the countries were turning the old presumptions almost in hard fast rules (the Netherlands); on the other hand some Member States (England, France and Denmark) hold the presumptions to be soft. Consequently, they are to be disregarded if on balance a closer connection exists to another state. Attitude under the new Regulation can be described as follows: firstly, the hard and fast choice of law rules are provided for certain types of contracts (Art. 4/1 of the Regulation). Secondly, for the contracts not listed in this paragraph, the applicable law is the law of the country in which the party who is to perform the obligation characterizing the contract has his habitual residence at the time of the conclusion of the contract (Art. 4/2 of the Regulation). Nevertheless, the escape clause didn't disappear, it was narrowed (see the wording “*manifestly more closely connected*” and compare it to the old Art. 4/5 of the Convention “*more closely connected*”). When the law couldn't be determined under the previous rules (is not within the listed type or the characteristic performance cannot be established) the contract shall be governed by the law of the country with which is most closely connected (Art. 4/4 of the Regulation). It is clear that in the absence of the choice the inflexible approach (represented by hard fast rules) is combined with a flexible one (represented mainly by the escape clause). We are repeating that the escape clause was substantially narrowed to achieve more predictability. Mere presumptions known from the Convention were changed into the fixed rules.

Other change dwells in Art. 5, *contract of carriage* were separated into independent Article of the Regulation. Art. 5/1 provides the rules for the carriage of goods, Art. 5/2 for the carriage of passengers. With regard to passenger contracts the choice of law is limited according to the Art. 5/2. To keep the flexibility, the escape clause is also present in these types of contracts – Art. 5/3 of the Regulation.

The new Regulation also recognizes the needs of so called weak parties of the contracts¹⁰ – consumers (Art. 6), insurance contracts (Art. 7) and employees (Art. 8). In the case of consumers the contract shall be governed by the law of his habitual residence (Art. 6/1) if the conditions under letters a+b are fulfilled (if not, general Art. 3 and 4 will apply to determine the applicable law). Choice of law may not result in depriving the consumers of the protection afforded to him by the law of his habitual residence (see Art. 6/2). Insurance contract were included taking into account the Brussels I Regulation and the regulation of this sector by secondary European law. In the case of individual employment contract, the rules are as follows: the law applicable can be freely chosen, the minimum standard is also introduced and in the absence of choice, the applicable law is the one of the country “*in which*” or “*from which*” the employee habitually carries out his work (this amendment in Art. 8/2 of the

⁹ See Pauknerová, M.: *Evropské mezinárodní právo soukromé*. C. H. Beck, Praha 2008, p. 262 et seq. and compare to the old approach in the Rome Convention – see See Rozehnalová, N., Týč, V.: *Evropský justiční prostor v civilních otázkách*. Masarykova univerzita Brno, 2003, p. 79 et seq.

¹⁰ Bogdan, M.: *Concise Introduction to the EU Private International Law*, Europa Law Publishing, Groningen 2006, p. 68 et seq. or Nygh, P.: *Autonomy in International Contracts*, Claredon Press, Oxford 1999, p. 139 et seq.

Regulation was clear reaction to the situations where the work is carried out on planes or ships) or if the above mentioned is not able to be determined, the law of the country where the place of business of employer is situated.¹¹

For the sake of predictability, I find very useful that the definition of the *overriding mandatory rules* is given in the new Art. 9 of the Regulation. These are "... provisions the respect for which is regarded by a country for safeguarding its public interests, such as its political, social or economic organization, to such an extent that they are applicable to any situation falling within their scope, irrespective of the law otherwise applicable to the contract...". It is clear that the national legislation can be taken into account only in terms of exceptions of four fundamental freedoms of the Common Market; such exceptions need to be expressly provided in the EC Treaty. Art. 9/2 is regulating the *lex fori* overriding mandatory provisions and Art. 9/3 is working with what was in Convention known as foreign mandatory rules (Art. 7/1 of the Convention). Art. 9/3 is now much more precise assuming that the effect may be given to such norms of the country where the obligations arose or the law of the country where the contract had to be or had been performed. In comparison with the Art. 7/1 of the Convention and the close connection test there included, present situation (Art. 9/3) is much more predictable.¹²

To conclude the brief introduction of the Rome I Regulation we want to point to the Art. 28 and 29 concerning the application and entry into force of the new instrument and repeat again that from a practical point of view the old Rome Convention is not dead and will be applicable for quite some time all around the Europe.

3. ROME II REGULATION

Regarding the applicability of the Rome II Regulation, we firstly need to consider the definition of the "delict"/"tort" itself. Without doubt it would be definitely more accurate to use the term "non-contractual obligation" which is used in the Rome II Regulation. Non-contractual obligation rises not from the contract but from the breach of a duty defined by the objective law while the only relationship that is between the parties is factual one, definitely not a legal one. As far as the delict is committed the responsibility obligation arises from this breach and this is already a relationship of legal character. Usually two divisions of non-contractual obligation are distinguished. The first case and a major group of delicts is a situation where the act of wrongfulness creates an essential presumption for the existence of "delict" and the second case (usually called quasi-delicts) where this presumption (wrongful act) is missing.

As well as the Rome I also the Rome II Regulation is based on the principle of autonomy. It is not typical for the purpose of conflict rules for delicts and is the evidence of receiving of the latest trends in PIL by the European PIL. Law elected by the parties represents the primary rule which can be used for both delicts and quasi-delicts. Choice can be performed both *ex ante* and *ex post* in relation to the wrongdoing with the condition that *ex ante* can be performed only between professionals. Settlement shall be expressed or demonstrated with

¹¹ See Pauknerová, M.: *Evropské mezinárodní právo soukromé*. C. H. Beck, Praha 2008, p. 267 et seq.

¹² Bogdan, M.: *Concise Introduction to the EU Private International Law*, Europa Law Publishing, Groningen 2006, p. 70 et seq. or Nygh, P.: *Autonomy in International Contracts*, Clarendon Press, Oxford 1999, p. 199 et seq.

reasonable certainty by the circumstances of the case (comparable to the Rome I). The choice doesn't affect the rights of third parties. Additional restrictions result from art. 14(2) and 14(3) according to which the choice shall not prejudice the application of rules of country which cannot be derogated from by agreement if all elements relevant to the situation are located in this country. EC law if all elements relevant to the situation are located in EC state is treated likewise when the law on non-member state is chosen. Certain conflict rules which are mandatory can't be excluded by the choice made by the parties – unfair competition and acts restricting free competition and infringement of intellectual property rights.

For the situation when the parties don't choose the law for the non-contractual obligation (which we think will not happen in most cases) the general rule should be used. It uses the connecting factor *lex loci damni infecti*. It also follows the trends of PIL but we would like to remind that Brussels I Regulation according to the ECJ uses in art. 5(3) interpretation both *lex loci damni infecti* and *lex loci delicti commissi* for determination of the jurisdiction of the national courts within Community. This disproportion will be the subject of our research in future. The general conflict rule is succeeded by special conflict rules for product liability (art. 5), unfair competition and acts restricting free competition (art. 6), environmental damage (art. 7), infringement of intellectual property rights (art. 8) and industrial action (art. 9).

The general rule is not applicable for quasi-delicts as characterized above. Regulation formulates special conflict rules for *unjust enrichment* (art.10), *negotiorum gestio* (art. 11) and *culpa in contrahendo* (art. 12).

4. WHERE THEY MET AND WHERE THEY STRUGGLE?

Trying to find how these two instruments can possibly cooperate we need to start with the premises that are known.¹³

The first guidance regarding the relationship between the Rome I and Rome II Regulations is to be found in the Recital 7 of the Rome I where the general aim is expressed very clearly. The primarily objective of all corner stone instruments in European Private International law is consistency of their substantive scope and the individual provisions. The overall goal is obvious – legal certainty and predictability for private individuals.

Both Regulations are dealing with the issues from civil and commercial matters area. Nevertheless, we are only interested in “obligations” being them contractual or non contractual in their nature. The matter of contractual/non-contractual character of obligations is subject to the problem of qualification (which is in common law known as characterization or classification of problem in the conflict of laws)¹⁴ and is recently usually very much underestimated. While providing the qualification followed by the interpretation of single terms, the role of the European Court of Justice is very important. The ECJ already provided guidance in the following cases:

¹³ Regarding this issue we were strongly motivated by the speech („Oh Brother, Where Art Thou?“) held by Andrew Dickinson on the conference on Private International Law held in London in September this year (for the details see www.conflictflaws.net and the information on Journal of Private International Law Conference – The Rome I Regulation: New Choice of Law Rules in Contract.

¹⁴ See very interesting article Lorenzen, E.: The Qualification, Classification, or Characterization Problem in the Conflict of Laws. In: Yale Law Journal 50/1941, p. 743 et seq.

- Martin Peters (34/82) where the autonomous concept of contractual obligations was emphasized

1. Obligations in regard to the payment of a sum of money which have their basis in the relationship existing between an association and its members by virtue of membership are „matters relative to a contract“ within the meaning of article 5(1) of the Convention of 27 September 1968 on jurisdiction and the enforcement of judgments in civil and commercial matters.

2. It makes no difference in that regard whether the obligation in question arises simply from the act of becoming a member or from that act in conjunction with one or more decisions made by an organ of the association.

- Jakob Handte (26/91) where the ECJ tried to define the contractual obligation as a freely assumed obligation from the one party towards the other

Article 5(1) of the Convention of 27 September 1968 on Jurisdiction and the Enforcement of Judgments in Civil and Commercial Matters is to be understood as meaning that it does not apply to an action between a sub-buyer of goods and the manufacturer, who is not the seller, relating to defects in those goods or to their unsuitability for their intended purpose.

- Just recently the Austrian Engler decision dealing with the same issue was published (27/02).¹⁵

1. Legal proceedings by which a consumer seeks an order, under the law of the Contracting State in which he is domiciled, that a mail order company established in another Contracting State award a prize ostensibly won by him is contractual in nature for the purpose of Article 5(1) of that convention, provided that, first, that company, with the intention of inducing the consumer to enter a contract, addresses to him in person a letter of such a kind as to give the impression that a prize will be awarded to him if he returns the ‘payment notice’ attached to the letter and, second, he accepts the conditions laid down by the vendor and does in fact claim payment of the prize announced;

2. On the other hand, even though the letter also contains a catalogue advertising goods for that company and a request for a ‘trial without obligation’, the fact that the award of the prize does not depend on an order for goods and that the consumer has not, in fact, placed such an order has no bearing on that interpretation.

Other sources, like the explanatory reports to the Rome Convention (Giuliano-Lagarde Report)¹⁶ or other reports following the Brussels I Regulation are not providing very much guidance on the mutual relationship between these two Regulations. The reason for this is clear – they were not able to anticipate the future development of these instruments.

Finally, to distinguish the contractual and non-contractual nature of the obligations there are presumptions that need to be followed. Firstly, the source of the obligation must be irrelevant, and the same is valid for subjective intentions of the parties. The most important is definitely the foundations of the obligation itself. In the case of contract, there will be always the offer

¹⁵ All the decisions are available from: <http://curia.europa.eu/en/content/juris/index.htm>.

¹⁶ See the Report from: http://www.rome-convention.org/instruments/i_rep_lagarde_en.htm.

and the acceptance present and thus the bilateral nature of the contractual obligation is characteristic.

The incursions over the borders between the two Regulations are clear (e.g. Art. 12 Rome I or Art. 18 Rome II) nevertheless, we must strictly refuse the view that there might be concurrent situations where both Rome I and Rome II will be possibly applicable. According to our view, these two instruments are more allies than enemies because the basis of the obligation falling under the Rome I or Rome II is very different in its nature – voluntary in the case of contractual obligations and non-voluntary – in the case of non-contractual obligations.

5. CONCLUSION

To conclude our overall statements about both of these new instruments in the area of Private International Law, they are according to us definitely more allies that are here to provide legal certainty and predictability in the area of civil and commercial matters in the current situation in the European Union where the substantive unification of law is still missing. Nevertheless, how the border questions will be decided is up to the ECJ which will face these problematic aspects very soon.

Literatura:

- Bogdan, M.: Concise Introduction to the EU Private International Law, Europa Law Publishing, Groningen 2006.
- Lorenzen, E.: The Qualification, Classification, or Characterization Problem in the Conflict of Laws. In: Yale Law Journal 50/1941, p. 743 et seq.
- Meussen, J., Pertegás, M., Straetsman, G.: Enforcement of International Contracts in the European Union, Intersentia 2004.
- Nygh, P.: Autonomy in International Contracts, Clarendon Press, Oxford 1999.
- Pauknerová, M.: Evropské mezinárodní právo soukromé. C.H. Beck, Praha 2008.
- Rinze, J.: The Scope of Party Autonomy under the 1980 Rome Convention on the Law Applicable to Contractual Obligations. In: The Journal of Business Law 1994.
- Rozehnalová, N., Týč, V.: Evropský justiční prostor v civilních otázkách. Masarykova univerzita Brno 2003.
- Stone, P.: EU Private International Law – Harmonization of Laws. Edward Elgar Publishing Limited, Cheltenham 2006.

Kontaktní údaje na autora – email:

jiri.valdhans@law.muni.cz; petra.mysakova@law.muni.cz

THE REGULATION OF AGGRESSION IN THE ROME STATUTE AND IN THE SLOVENIAN CRIMINAL LEGISLATION

SABINA ZGAGA

Faculty of Law, University of Ljubljana, Slovenia

Abstract in original language

KZ – 1 prinaša novo kaznivo dejanje agresije. Članek obravnava opredelitev tega kaznivega dejanja v KZ – 1 in mednarodnem kazenskem pravu, zlasti z vidika vprašanja, kdo je lahko storilec.

Key words in original language

Agresija, kaznivo dejanje, Rimski statut.

Abstract

The criminal act of aggression is a very hot topic in international criminal law. Also, the new Slovenian Criminal code regulates this criminal act in a new way. This paper focuses on the regulation of this criminal act in international and Slovenian criminal law, especially from the viewpoint of a potential perpetrator.

Key words

Aggression, criminal act, Rome Statute.

The criminal act of aggression is a very hot topic in international criminal law. Also, the new Slovenian Criminal code regulates this criminal act in a new way. This paper focuses on the regulation of this criminal act in international and Slovenian criminal law, especially from the viewpoint of a potential perpetrator.

1. AGGRESSION IN SLOVENIAN CRIMINAL LEGISLATION

Slovenian criminal legislation has faced major changes. From 1994 until the 1st of November 2008 Slovenian Criminal Code (CC)¹ is in force. This CC does not regulate the criminal act of aggression, only the criminal act of inciting to aggressive war, which could be committed by anyone.²

From 1st November 2008 the new Criminal Code-1 (CC-1)³ will be enforced in Slovenia. This new criminal code brings among other changes also a new criminal act of aggression, which is defined very generally and broadly. The incrimination namely states:

“Whoever commits an act of aggression, as defined in international criminal law, will be punished by minimum 15 years of imprisonment.”⁴

¹ Official consolidated text, Ur. l. RS, 95/2004.

² Korošec, Damjan, in: *Nationale Strafverfolgung völkerrechtlicher Verbrechen = National prosecution of international crimes*. 3 (Eser, Sieber, Kreicker eds.), Berlin, Duncker & Humblot 2005.

³ Ur. l. RS, 55/2008.

⁴ Art. 103 of CC-1.

The introductory notes to the new CC-1 refer to the Rome statute and to the United Nations Charter (also the Charter). True, aggression is a crime, defined in the Rome statute and under the jurisdiction of the International Criminal Court (ICC),⁵ but the ICC cannot execute its jurisdiction over this crime, until the crime itself and the preconditions for the execution of the jurisdiction are defined. This should happen at the revision conference, which needs to be convened in 2009, seven years after the enforcement of the statute. According to the Slovenian legislator, is aggression in Slovenian CC-1 defined according to the Charter. However, it should be emphasised, that the Charter does contain the prohibition of use of force and other provisions relating to aggression, breach of peace and threats to the peace,⁶ but these provisions apply solely to state responsibility and not to individual criminal responsibility. Also, the Charter does not define, what constitutes an act of aggression, so it does not include any specific and detailed definition of the crime, even though the Slovenian CC-1 refers to it.

2. DEFINITION OF AGGRESSION IN CUSTOMARY INTERNATIONAL (CRIMINAL) LAW

As described above, one cannot find the definition of aggression neither in the Rome statute, neither in the Charter. This paper focuses on the possible definitions of aggression in other sources of international criminal law according to the article 38 of the Statute of International court of Justice.⁷ This article of the statute refers to possible sources of international (criminal) law: international conventions, international customs and general principles of law. Let us first look at customary international criminal law. When international or internationalised criminal tribunals try to establish a rule as a customary international criminal law rule, they usually try to elaborate their thesis by naming case law and statutes of different international and internationalised tribunals from Nuremberg onwards.

The theory of international criminal law is united in its opinion that aggression or at least some acts of aggression constitute an international crime under customary international criminal law.⁸ Unfortunately not even one of these authors has tried to deliberate this thesis by presenting the definition of aggression. As for the tribunals, the only ones, which have in their case law dealt with this crime, were International Military Tribunal in Nuremberg⁹ and International Military Tribunal for the Far East after the Second World War. According to their statutes they had jurisdiction for crimes against peace.¹⁰ The Nuremberg statute defined crimes against peace as planning, preparation, initiation or waging of a war of aggression, or a war in violation of international treaties, agreements or assurances, or participation in a common plan or conspiracy for the accomplishment of any of the foregoing. The Tokyo

⁵ Rome statute is a multilateral agreement, which is the basis for establishing International Criminal Court. It was signed in Rome on 17th July 1998 and was enforced on 1st July 2002. Other crimes under the jurisdiction of the ICC are: genocide, crimes against humanity and war crimes.

⁶ See Chapter 7 of the Charter and article 2, paragraph 4.

⁷ <http://www.icj-cij.org/documents/index.php?p1=4&p2=2&p3=0> (10.9.2008).

⁸ Cassese, Antonio: *International Criminal Law*, New York, Oxford University Press 2003, p. 113. Werle, Gerhard: *Principles of International Criminal Law*, The Hague, Aser Press 2005, p. 391. Cassese, Antonio: *On Some Problematical Aspects of the Crime of Aggression*, in: *Leiden Journal of International Law* 20 (2007), p. 841 – 849.

⁹ Art. of the Statute of the International Military Tribunal (also Nuremberg Tribunal).

¹⁰ Art. 5 of Statute of the International Military Tribunal for the Far East (also Tokyo Tribunal).

statute had a different definition of crimes against peace. If Nuremberg's definition still demanded the declared war, the Tokyo definition does not differentiate anymore between the declared and undeclared war. Consequently the Tokyo statute incriminated planning, preparation, initiation or waging of a declared or undeclared war of aggression, or a war in violation of international law, treaties, agreements or assurances, or participation in a common plan or conspiracy for the accomplishment of any of the foregoing. Both statutes however differentiate between aggressive war and war as a violation of international agreements.

According to the Control Council Law 10 the law from Nuremberg statute became internal German law that could be used by the military courts in the military zones in post Second World War Germany. All military courts in all military zones had jurisdiction for crimes against peace, but mostly the Americans made good use of this power.¹¹ Consequently the case law of the Nuremberg and Tokyo tribunals and the case law of the American military court in Germany more specifically defined crimes against peace.

But even though this case law made the definition of aggression clearer, the Nuremberg tribunal first had to address a bigger and even more controversial legal issue. The main objection of the defence was that the conviction of defendants for the crime of aggression contradicts the basic principle of legality. According to their argument the aggression had not been an international crime at the time of the trial. There had been conventions which banned aggression, but they refer to state responsibility and not to individual criminal responsibility. Basically, what they argued was that the leap from mere prohibition as a basis for state responsibility to international crime, for which an individual is criminally responsible, was not made. The court however decisively rejected the defence arguments. It stated that the statute itself makes the planning or waging of a war of aggression or a war in violation of international treaties a crime, so it is not necessary up to the tribunal to consider whether and to what extent aggressive war was a crime before the execution of the statute. The court basically says that it does not matter what happened and what was the state of law before the statute, because the incriminations in the statute correct any irregularities that supposedly existed before. I cannot agree with this statement, because from the viewpoint of the principle of legality the act needs to be defined as a crime at the time it was committed and not solely at the time of the trial. The court should focus more on elaborating that aggression was the crime at the time of commission of those acts.

Even the tribunal felt that it cannot leave this question unanswered because of the great importance of the question, so it expressed its view, in contradiction to its previous statement. It said that the ones, who "in defiance of treaties and assurances attacked neighbouring states without warning, must know that they are doing wrong" and it would be unjust if their wrong were allowed to go unpunished.¹² The tribunal referred to the positions the defendants occupied in the Government of Germany; according to these positions at least some of the defendants must have known of the treaties signed by Germany, which were outlawing recourse to war for the settlement of international disputes; they must have known that they were acting in defiance of all international law when in complete deliberation they carried out the designs of invasion and aggression. The tribunal put also much of the emphasis on the Kellogg-Briand Pact, signed in 1928 by sixty-three nations, including Germany, Italy and Japan. The legal effect of this treaty according to the Tribunal was that the nations who signed

¹¹ Art. 2 of the Control Council Law 10.

¹² <http://www.yale.edu/lawweb/avalon/imt/proc/judlawch.htm> (10.9.2008).

the treaty or adhered to it condemned recourse to war for the future as an instrument of policy, and expressly renounced it. After the signing of the treaty, any nation resorting to war as an instrument of national policy automatically breaks the pact. In the opinion of the Tribunal, the solemn renunciation of war as an instrument of national policy automatically makes war illegal in international law and, what is even more important, automatically makes perpetrators of war individually criminally responsible.¹³ The tribunal substantiated this statement with referring to Hague Conventions, the Versailles Treaty and also to the League of Nations statute, but I do not think that the tribunal has done a really good job with additional explaining, why the conviction for crimes against peace does not violate the basic principle of legality. Especially the Tribunal still has not reason well the leap from prohibition of war in international law (which is clear) to the crime against peace (which was certainly unclear at the time). Just because something is prohibited in international criminal law, it does not mean it necessarily bring along also the individual criminal responsibility. However, even though the Nuremberg tribunal had difficulties with defending its jurisdiction for crimes against peace, it has done a better job with defining the crime itself.

As the other international or internationalised tribunals is concerned, the ad hoc tribunals for the Former Yugoslavia and Rwanda and the mixed tribunals, which emerged in the last few years (Cambodia, Sierra Leone, East Timor) have had no jurisdiction over the crime of aggression. The only exception is the Statute of Iraqi Special Tribunal, but this is an internal and not an international tribunal. Nevertheless, it encompasses also the threat of war or the use of the armed forces of Iraq against an Arab country, defined as the abuse of position and the pursuit of policies that were about to lead to the threat of war or the use of the armed forces of Iraq against an Arab country, in accordance with Article 1 of Law Number 7 of 1958.¹⁴ This criminal act is however not based on international law, but on the violation of Iraqi laws.¹⁵

3. OTHER POSSIBLE SOURCES OF THE DEFINITION OF AGGRESSION

Second source, where we could find the definition of the aggression is the Draft Code of Crimes against Peace and Security of Mankind. It regulates aggression but it, again, does not define it:

»An individual who, as leader or organizer, actively participates in or orders the planning, preparation, initiation or waging of aggression committed by a State shall be responsible for a crime of aggression.»¹⁶

The draft code is not even a binding legal act. It should serve as a model criminal code for the countries, if they decide to revise their criminal legislation.

The most exact definition of an aggression could be found in the General Assembly Resolution 3314 from the year 1974. This resolution firstly defines aggression with a general

¹³ *Ibidem.*

¹⁴ This incrimination is discriminatory, because it does not encompass also the aggression against non-arab state.

¹⁵ Statute of Iraqi Special Tribunal, art. 14. It should be mentioned again that this tribunal is not a mixed or an international one, but an internal tribunal.

¹⁶ Last draft from year 1996. »An individual who, as leader or organizer, actively participates in or orders the planning, preparation, initiation or waging of aggression committed by a State shall be responsible for a crime of aggression.» Art. 16 of the draft code.

clause, saying that an act of aggression is the use of armed force by a State against the sovereignty, territorial integrity or political independence of another State, or in any other manner inconsistent with the Charter. Then the article 3 of the resolution brings a non-exhaustive list of acts, which qualify as an act of aggression. These acts are also repeated in the latest draft of the Rome statute's definition of aggression. That is why this definition represents the solid basis for the future definition in the Rome statute. So it is very interesting that the drafters of the Slovenian CC-1 have not relied themselves upon that definition. This resolution is not even mentioned in the introduction to the CC-1. Although it should also be added that it remains disputed, whether this resolution really introduces individual criminal responsibility or state responsibility only. The resolution does namely include a provision, according to which aggression is an international crime against peace, but the next provision says that this resolution is a basis for international responsibility and not criminal. Also, the resolution does not include anymore the provision, according to which there is criminal responsibility for it.¹⁷ Because the resolution brings only the state responsibility, it is very state centred and it does not refer to non-state entities. The other criticism of this definition is that it basically leaves up to the Security Council, which is a political body, to decide, whether an act represents act of aggression or no. Still, this definition is exact and broad enough and it represents a solid basis for the future definition in Rome statute and possibly also in the CC-1.¹⁸

Last, but not least we should check the definition or better the lack of it in the Rome statute. As already mentioned before, the ICC does have a jurisdiction over it, but cannot execute it, until the criminal act and the preconditions for the execution of jurisdiction are defined. As already mentioned, this should happen at the revision conference, which should be convened according to the Rome statute in 2009.¹⁹ Consequently a special preparatory commission has been trying for a few years now to define this crime. Its last definition dates from May 2008.²⁰

Slovenian CC-1 has implemented the special part of the Rome statute very carefully. Doing that CC-1 followed closely the incriminations of war crimes, crimes against humanity and genocide. With aggression they of course could not have done that, because there is no definition of aggression. But the authors of the CC-1 nevertheless kept in mind the work of the special preparatory commission. That is why the introductory notes to the CC-1 mention that in case of drafting a definition of aggression in the framework of Rome statute an amendment to the CC-1 regarding the aggression definition should be considered. Also, the Rome statute implemented the complementary jurisdiction of the ICC's. It is the member states' primary duty to prosecute the perpetrators. The ICC executes its jurisdiction only when the state with jurisdiction is not "able or willing".²¹ That is why Slovenian "definition" of aggression in the CC-1 will de facto need to comply with the Rome statute's definition. And that is why it is my thesis that the definition of aggression, that our CC-1 refers to, can only be the one, drafted in the framework of the Rome statute.

¹⁷ Ferencz, Benjamin: U. N. Consensus Definition of Aggression, in: *The Journal of International Law and Economics* 10 (1975), p. 713 in 714.

¹⁸ Art. 5/II f the Rome statute.

¹⁹ *Ibidem*, art. 123.

²⁰ *Discussion Paper on the Crime of Aggression Proposed by the Chairman (revision June 2008)*. 14. May 2008. http://www.iccnw.org/documents/ICC-ASP-6-SWGCA-2_English.pdf (25.8.2008).

²¹ Art. 17 of the Rome statute.

4. WHO CAN BE A POTENTIAL PERPERTRATOR OF AGGRESSION IN THE FUTURE PROVISION OF THE ROME STATUTE?

As already mentioned, the last draft of the definition of aggression dates from May 2008. This draft is based on the definition of the General Assembly Resolution 3314 and its non-exhaustive enumeration of acts of aggression. For the purpose of the statute, crime of aggression means the planning, preparation, initiation or execution, by a person in a position effectively to exercise control over or to direct the political or military action of a State, of an act of aggression which, by its character, gravity and scale, constitutes a manifest violation of the Charter of the United Nations.²²

In the second paragraph of the same article the draft specifically refers to the General Assembly Resolution, when it repeats the general clause and the enumeration of the acts of aggression from the resolution. So, the act of aggression means the use of armed force by a State against the sovereignty, territorial integrity or political independence of another State, or in any other manner inconsistent with the Charter of the United Nations, and the following acts qualify as an act of aggression:

- (a) The invasion or attack by the armed forces of a State of the territory of another State, or any military occupation, however temporary, resulting from such invasion or attack, or any annexation by the use of force of the territory of another State or part thereof;
- (b) Bombardment by the armed forces of a State against the territory of another State or the use of any weapons by a State against the territory of another State;
- (c) The blockade of the ports or coasts of a State by the armed forces of another State;
- (d) An attack by the armed forces of a State on the land, sea or air forces, or marine and air fleets of another State;
- (e) The use of armed forces of one State which are within the territory of another State with the agreement of the receiving State, in contravention of the conditions provided for in the agreement or any extension of their presence in such territory beyond the termination of the agreement;
- (f) The action of a State in allowing its territory, which it has placed at the disposal of another State, to be used by that other State for perpetrating an act of aggression against a third State;
- (g) The sending by or on behalf of a State of armed bands, groups, irregulars or mercenaries, which carry out acts of armed force against another State of such gravity as to amount to the acts listed above, or its substantial involvement therein.

As seen, the drafters literally copied the acts from the General Assembly Resolution and also, the draft still does not include non-state entities. However, at this moment this definition represents the highest level of consensus between the state parties. It is of course not definite that exactly this definition shall be adopted, although the state parties have more problems with the preconditions for the execution of jurisdiction than with its definition, because the ICC's jurisdiction could infringe the Security Council's responsibility for the security and

²² Future art. 8 bis, paragraph 1 of the Rome statute.

peace of the mankind. Nevertheless, if this definition is accepted, Slovenian CC-1 will need to implement it. I shall therefore focus on the question, who is a potential perpetrator of this crime, if this definition is implemented in Slovenian CC-1 and if Slovenian general part of the CC-1 is used.

From the viewpoint of a potential perpetrator it is even less important, whether exactly this definition is adopted, because even from the start, when the state parties could not agree on the definition of aggression, they all agreed, that aggression is a leadership crime.²³ The draft consequently defines the potential perpetrator in a following way:

“In respect of the crime of aggression, the provisions of this article shall apply only to persons in a position effectively to exercise control over or to direct the political or military action of a state.”²⁴

This definition of a potential perpetrator complies with the case law of the International Military Tribunal in Nuremberg. As known, 24 mayor war criminals were prosecuted at the main procedure at this tribunal. One cannot get many general rules on the potential perpetrator from its judgement, because the court based its decisions mainly on facts. We should keep in mind that the court convicted for crimes against peace a minister for foreign affairs, a commander of the navy, an ambassador, a minister on the occupied territories, commander of the air force, Führer’s deputy, minister of interior and minister of economics; basically, the most important and influential people in the state. In each defendant’s case the court examined his position in the state, meetings and conferences he had attended and his public behaviour.²⁵ When acquitting Streicher, the court said that he had not been a member of the closest Hitler’s counsellors and had not been linked to the drafting of the policies that had lead to war.²⁶ As already mentioned, the court did not draw any general conclusions. What can be read, though, is a participation in the making of a policy as a precondition for a conviction.

On the other hand, the American military court in the American military zone in Germany developed another approach towards this question. This broader interpretation of a perpetrator of the crimes against peace is a consequence of a broader definition of participation in the Control Council law n. 10. Article 2, paragraph f defines the participation in the crime against peace in following way:

“a person is responsible for the crimes against peace if he held a high political, civil or military (including general staff) position in Germany or in one of its Allies, co-belligerents or satellites or held high position in the financial, industrial or economic life of any such country.”²⁷

²³ Cassese: *On Some Problematical Aspects of the Crime of Aggression*, p. 848. Ambos, p. 248. Werle, p. 397. Also *Coalition for the International Criminal Court*; [http://www.iccnw.org/?mod=aggression_\(25.5.2008\)](http://www.iccnw.org/?mod=aggression_(25.5.2008)).

²⁴ Future art. 25 bis, paragraph 3.

²⁵ Judgement of the International Military Tribunal, chapter on Göring; <http://www.yale.edu/lawweb/avalon/imt/proc/judcont.htm> (25.8.2008).

²⁶ *Ibidem*, chapter on Streicher.

²⁷ Art. 2.

As a consequence of this, the military court dealt with two new types of perpetrators: industrials and state officials of a third allied state. When dealing with industrials, the court stated that anyone from political, military or industrial sphere of life, who participated in making or executing of the policy and was aware of that, could be convicted of crimes against peace.²⁸ Regarding the prosecution of state officials of third allied state, the court announced that it is not enough to participate in it and being aware of it. The perpetrator needs to have a certain position or power in the state hierarchy, from which he can shape or influence the policy. The court explicitly stated:

“There first must be actual knowledge that an aggressive war is intended and that if launched it will be an aggressive war. But mere knowledge is not sufficient to make participation even by high-ranking military officers in the war criminal. It requires in addition that the possessor of such knowledge, after he acquires it shall be in a position to shape or influence the policy that brings about its initiation or its continuance after initiation, either by furthering, or by hindering or preventing it. If he then does the former, he becomes criminally responsible; if he does the latter to the extent of his ability, then his action shows the lack of criminal intent with respect to such policy.”²⁹

It seems that the special preparatory commission has taken a narrower approach than the American military in its case law. In general, the theory of international criminal law supports a view of aggression as a leadership crime. Nevertheless, there are suggestions, according to which a potential perpetrator should be defined a little broader. Cassese suggests including not only the leaders of the states, but also the leaders of non state entities. As with the crime of aggression we do not speak anymore of state responsibility, but individual criminal responsibility, he sees no obstacles.³⁰ Heller on the other hand argues that the present definition excludes the prosecution of industrials and other private economic subjects and makes it difficult to prosecute state officials of an allied state. That is why the drafters should take the “shape of influence the policy” standard.³¹

5. PARTICIPATION IN AGGRESSION ACCORDING TO CC 1

Again, if the present draft is adopted and implemented into the Rome statute, Slovenian legislator needs to implement it into the CC-1. This way the crime of aggression from the article 103 of CC-1 becomes true *delictum proprium*. It can be perpetrated only by someone, who is in a position effectively to exercise control over or to direct the political or military action of a state.

Also, according to the latest draft, there are two possibilities regarding the application of future article 25/3 bis, which will define a leader.³² According to the first possibility, the leadership requirement will be required for all forms of participation from the article 25 of the Rome statute. According to the second possibility, it should be exactly defined, for which

²⁸ Cases of *Farben and Krupp*.

²⁹ Cases *High Command* and *Ministries*. Heller, Kevin Jon: Retreat from Nuremberg: the Leadership Requirement in the Crime of Aggression, in: *The European Journal of International Law* 18 (2007).

³⁰ Cassese: *On Some Problematical Aspects of the Crime of Aggression*, p. 848.

³¹ Heller, p. 489.

³² Draft definition, p. 5.

forms of participation this characteristic would be applied. But for now, it is not yet defined, for which.³³

So this brings the question, what kind of characteristics do an aider, an abettor, an indirect perpetrator and a co-perpetrator need to have according to the general part of CC-1? An aider and an abettor do not need to have a special characteristic, required for the perpetrator. On the other hand, the co-perpetrator and an indirect perpetrator need to have a characteristic of a person, who is in a position effectively to exercise control over or to direct the political or military action of a State.³⁴

If the drafters of the definition for the Rome statute accept the requirement of a special characteristic for all forms of participation, the regulation in the Rome statute will be narrower than Slovenian, which will require special characteristic only for perpetrator, indirect perpetrator and co-perpetrator. Consequently Slovenian legislation will not be in contradiction to and will comply with the international one. If however the drafters accept the requirement only for certain forms of participation, it all comes down to the question, for which forms the characteristic will be required.

6. CONCLUSION

In the future the definition in the framework of the Rome statute should be followed closely and attentively. When the definition is adopted, it should be carefully implemented into the CC-1, so that rule of law is respected. What about in the between time? Since the introductory notes to the CC-1 refer to the Charter and it does not include the definition of aggression, I think that until the implementation of the Rome statute's definition of aggression in the CC-1 the criminal act of article 103 from Slovenian CC-1 represents pure and scholarly case of *lex incerta*. The definition of aggression is at the moment included only in the General Assembly Resolution 3314 and even there it is disputable, whether it is a definition of a criminal act or not. Even if it represented a criminal definition, the Slovenian CC-1 does not refer to this resolution. In any case should Slovenian legislator insert the definition of aggression in the CC-1 and not simply refer to the international (criminal) law, where the definition of aggression is a hot topic and where the definition is now being written.

As a conclusion I would like to add that there is a borderline in the military and political hierarchy, under which individuals cannot be convicted of aggression, but it is difficult to define. This was already noted by the American military court in one of its judgements:

“No matter how absolute his authority, Hitler alone could not formulate a policy of aggressive war and alone implement that policy by preparing, planning, and waging such a war. Somewhere between the Dictator and Supreme Commander of the Military Forces of the nation and the common soldier is the boundary between the criminal and the excusable participation in the waging of an aggressive war by an individual engaged in it.”³⁵

Literature:

- Cassese, Antonio: *International Criminal Law*, New York, Oxford University Press 2003.

³³ *Ibidem*, note 6.

³⁴ Novoselec, Petar: *Opći dio kaznenog prava*, Zagreb 2004, p. 182.

³⁵ Judgement in the case of *High Command*, p. 67; <http://www.ess.uwe.ac.uk/WCC/ghctrial6.htm> (25.8.2008).

- Cassese, Antonio: On Some Problematical Aspects of the Crime of Aggression, in: *Leiden Journal of International Law* 20 (2007).
- Charter of the United Nations <http://www.un.org/aboutun/charter/> (10.9.2008).
- Control Council Law 10 <http://www.yale.edu/lawweb/avalon/imt/imt10.htm> (10.9.2008).
- Criminal Code of the Republic of Slovenia (official consolidated text), Ur. l. RS, 95/2004.
- Criminal Code of the Republic of Slovenia-1, Ur. l. RS, 55/2008 and 66/2008.
- Discussion Paper on the Crime of Aggression Proposed by the Chairman (revision June 2008). 14. May 2008. http://www.iccnw.org/documents/ICC-ASP-6-SWGCA-2_English.pdf (25.8.2008).
- Draft Code of Crimes against Peace and Security of Mankind http://untreaty.un.org/ilc/texts/instruments/English/draft%20articles/7_4_1996.pdf (10.9.2008).
- Ferencz, Benjamin: U. N. Consensus Definition of Aggression, in: *The Journal of International Law and Economics* 10 (1975).
- General Assembly Resolution 3314 (1974) <http://www.un.org/documents/ga/res/29/ares29.htm> (10.9.2008).
- Heller, Kevin Jon: Retreat from Nuremberg: the Leadership Requirement in the Crime of Aggression, in: *The European Journal of International Law* 18 (2007).
- Judgement of the International Military Tribunal <http://www.yale.edu/lawweb/avalon/imt/proc/judcont.htm> (25.8.2008).
- Novoselec, Petar: *Opći dio kaznenog prava*, Zagreb 2004.
- Rome statute of the International Criminal Court <http://www.un.org/law/icc/index.html> (10.9.2008).
- Statute of Iraqi Special Tribunal <http://www.hrcr.org/hottopics/statute/> (10.9.2008).
- Statute of the International Court of Justice <http://www.icj-cij.org/documents/index.php?p1=4&p2=2&p3=0> (10.9.2008).
- Statute of the International Military Tribunal for the Far East <http://www.yale.edu/lawweb/avalon/decade/decade.htm> (10.9.2008).
- Statute of the International Military Tribunal. http://www.icwc.de/fileadmin/media/IMTC_en.pdf (10.9.2008).
- Werle, Gerhard: *Principles of International Criminal Law*, The Hague, Aser Press 2005.
- Korošec, D. in: *Nationale Strafverfolgung völkerrechtlicher Verbrechen = National prosecution of international crimes*. 3 (Eser, Sieber, Kreicker eds.), Berlin, Duncker & Humblot 2005.

Contact – email

sabina.zgaga@pf.uni-lj.si

Sekce IV.

Občanské právo

*Občanské právo hmotné a procesní
(Sekce občanského práva je věnována
připomenutí nedožitych osmdesátin prof.
Macura)*

Section IV.

Civil Law

*Substantive and Procedural Law - The section
is devoted to commemoration of eightieth
birthday of prof. Macur.*

ÚVODNÍ SLOVO

JAN HURDÍK

Tato publikace má dva cíle:

1. Jeden zaměřený především do budoucnosti: Pod názvem občanské právo hmotné a procesní se skrývá především záměr otevřít odbornému bádání prostor vytvořený oběma odvětvími jako celkem, jejich dílčími a společnými cíli, jejich dílčí i společnou funkcionalitou, jejím řešením v komplexu i v jednotlivostech. Tato celostní stránka života civilního práva je v odborné činnosti civilistů stále ještě opomíjena. V konfrontaci se zadáními posledních dvou desetiletí se vývoj jeví potvrzovat slova prof. Eliáše při zahájení prací na rekonstrukci obč. práva: „Doba nás zastihla nepřipravené.“
2. Druhý cíl publikace se na první pohled vrací do minulosti: k osobnosti české civilistiky, která svým dílem slova prof. Eliáše vyvrací: k prof. Josefu Macurovi, dlouholetému vedoucímu katedry občanského práva této fakulty a jejímu bývalému děkanovi.

Spojení obou cílů vnímáme jako funkční a prospěšné pro naše obory:

Profesor Macur byl vědeckou osobností, která dokázala formulovat základní zadání rozvoje občanského práva procesního, ale i řady témat občanského práva hmotného nejen ve zcela aktuální rovině, nýbrž vytvořit vědeckou perspektivu pro budoucí vědeckou práci: Interdisciplinarita, hledání a formování metodologie svých oborů v obecné metodologii vědy, propracování a důsledné promítnutí do svých oborů zejména systémově strukturní metody, využívání znalostí historických a srovnávacích zdrojů, to vše umožnilo prof. Macurovi formovat hluboce vědecky zakotvený základ poznání a rozvoje občanského práva procesního i hmotného, který dnes svou hloubkou, rozsahem i výsledky představuje mimořádné dílo, jímž prof. Macur připravil půdu i pro plnění nových cílů měnící se současnosti.

Zejména jeho monografická díla jsou demonstrací jeho systematického zpracovávání většiny klíčových témat svých oborů:

1. Zásada dispozičná v občianskom súdnom konaní. Bratislava: Ústav štátu a práva akadémie vied, 1968
2. Základní otázky právní moci civilních soudních rozhodnutí. Brno: UJEP, 1972
3. Občanské právo procesní v systému práva. Brno: UJEP, 1975
4. Odpovědnost a zavinění v občanském právu. Brno: UJEP, 1980
5. Dokazování a procesní odpovědnost v občanském soudním řízení. Brno: UJEP, 1984
6. Správní soudnictví. Brno: UJEP, 1986
7. Soudnictví a soudní právo. Brno: UJEP, 1988
8. Úvod do teorie občanského práva procesního. Brno, MU, 1990 (spolu s J. Stavinohovou)

9. Povinnost a odpovědnost v občanském právu procesním. Brno: MU, 1991
10. Správní soudnictví a jeho uplatnění v současné době. Brno: MU, 1992
11. Právo procesní a právo hmotné. Brno: MU, 1993
12. Problémy vzájemného vztahu práva procesního a hmotného. Brno: MU, 1993
13. Důkazní břemeno v civilním soudním řízení. Brno: MU, 1995
14. Dělení důkazního břemena v civilním soudním sporu. Brno: MU, 1996
15. Zásada projednací v civilním soudním řízení. Brno: MU, 1997
16. Kurs občanského práva procesního. Exekuční právo. Praha: C. H. Beck, 1998
17. Kompenzace informačního deficitu procesní strany v civilním soudním sporu. Brno: MU, 2000
18. Postmodernismus a zjišťování skutkového stavu v civilním soudním řízení. Brno: MU, 2001
19. Předmět sporu v civilním soudním řízení. Brno: MU, 2002

Pohřichu v díle prof. Macura platí slova Karla st. ze Žerotína: „Není na tom dosti, aby kdo dobrý byl, než taky, aby to o něm smýšleno bylo, že dobrý jest.“ Prof. Macur při své příslovečné skromnosti nevěnoval přílišné úsilí sebezprezentaci, a jeho dílo zatím nedosahovalo plného uznání, kterého si svým významem zaslouží.

Vracejíce se k dílu prof. Macura tím chceme nejen dát splátku dluhu, které máme vůči jeho vědecké i lidské osobnosti, ale současně účinněji budovat na fundamentu, který svým dílem v oboru občanského práva procesního i hmotného položil.

CONSIDERATIONS ON THE EXPROPRIATION IN THE ROMANIAN CIVIL LAW

SEVASTIAN CERCEL

Faculty of Law and Administrative Sciences, University of Craiova, Romania

Abstract

Expropriation due to the cause of public utility constitutes an exception from the characters of absoluteness and inviolability of the private ownership right. The law rules strictly and through certain levels the procedure to be followed in the case of expropriation. The essential effect of expropriation is the one of translating the expropriated immobile good from private ownership to public one, through a juridical decision and free of any charges. The law foresees special protective measures for the expropriated owner, even offering him the possibility of reacquiring, under certain conditions, the respective immobile good. The involved sides, meaning the organ entitled to decide upon the expropriation and the owner who is to suffer its effects have the possibility to amiably convene, at any moment of the expropriation's course, upon the transfer of the private ownership towards the state.

Key words

Public ownership; public utility; just and previous damage compensation; retrocession.

1. INTRODUCTIVE NOTIONS REGARDING THE PUBLIC OWNERSHIP IN ROMANIA

The ownership right is a fundamental right of the human being, which is particularly protected juridically in all systems of law. Ownership and freedom are tightly connected, ownership being even considered as a guarantee of modern freedom.

According to its juridical regime, the ownership right may be either public or private. Public ownership is exerted under the regime of public law only by the subjects of public law, meaning the state itself and its administrative-territorial units. The goods belonging to public property are in principle, un-alienable, un-prescriptible and un-seizable, since they are extracted from the general civil circuit. On the contrary, the right to private ownership, which may belong to whatever subject of law, either to an individual or moral person, including to the subjects of public law. The essential fact to remember is that its exercising has a different appearance, because the goods that are under private ownership are within the general civil circuit, even though some categories of goods among them may be submitted to special regulation.

In Romania, the general legal frame of public ownership is constituted, firstly, of constitutional dispositions, respectively article 136 paragraph 2: "Property is public or private", paragraph 2. "Public property belongs to the state and to its territorial administrative authorities", paragraph 4 "The goods that are public property are not alienable".

In the Civil Code, article 475, paragraph 2 orders in the sense that "The goods that do not belong to individuals are administrated and cannot be alienated unless according to the procedures and modalities prescribed by the law", so that in article 476 of the Civil Code are enumerated the goods that are part of the public domain. Finally, the frame law for this matter is constituted by the law no. 213/1998, on public ownership and its juridical regime. Into the

normative frame, public ownership is the one subjective ownership right which belongs to the state itself and to its administrative-territorial units, upon the goods which either by their own nature or through a special statement of the law, are of public use or utility.

According to the law, public ownership is acquired through various ways: 1) through public acquisitions made under the conditions of the law, through expropriation for the cause of public utility; 2) donation acts or legacies, accepted by the Government, by the county council or by the local council, if the good in cause should enter the public domain; 3) through the passage of goods from the private domain of the state or from the one of the administrative territorial units to their public domain, for the cause of public utility; 4) expropriation due to a cause of public utility; 5) any other ways stipulated by the law.

It is important to remind that, according to art.44 paragraph 4 of The Romanian Constitution "are forbidden nationalizations or whatever other measures of compulsory passage to the domain of public ownership of some goods, on the grounds of a discriminatory affinity of their owners, either social ethnic, religious, political or of whatever other nature"

2. THE EXPROPRIATION – REGULATION, NOTION, OBJECT

2.1 REGULATION

As a principle, the ownership right, which provides to its owners three assets: *jus utendi*, *jus fruendi*, *jus abutendi*, must be exerted "within then limits established by the law". In the Romanian Civil Law, there are several categories of limitations brought to the ownership right, such as: 1) Limitations issued from the neighbourhood relationship, in order to ensure a common mutual tolerance; 2) Limitations issued from the possibility owned by the public authority, to make use of the underground of whatever immobile property, stated by art. 44 paragraph 5 of the Constitution; 3) Limitations issued from the temporary cession of some goods towards the forces vowed to the national defence or towards the public authorities, in exceptional circumstances (the requisition of goods). The general interest may lead, in some situations, not only to the limitations of the exercise of some assets of the ownership right, but even the loss of the right to private ownership in regard to immobile properties – lands or constructions – which might pass to the ownership of the state (public ownership).

The expropriation for the cause of public utility is stipulated, with an exceptional character, in art. 41 paragraph 3 of the Constitution of Romania " No one could be expropriated, unless for a cause of public utility decided upon according to the law, with a just and previous reimbursement of the suffered damages". A similar statement is foreseen by the art. 481 of the Civil Code. On the other hand, at 27-th May 1994, was adopted the Law no. 33 on expropriation for the cause of public utility, that contains dispositions able to assure the legal frame that is adequate to the expropriation procedures and to the establishing of indemnities, but also the defense of the right to private ownership.

Expropriation for the cause of public utility is an exception from the absolute and inviolable character of the right to private ownership. It operates a qualitative transformation of ownership, from private to public, in the conditions of the law.

Expropriation consists in the compelled passage of some determined goods from private ownership to public ownership, in view of the satisfaction of necessities of national or local interest, after a right and previous indemnity granted, established through agreement or on the basis of a judge's decision.

2.2 OBJECT OF THE EXPROPRIATION

May be expropriated real goods owned by individual or juridical persons, with or without lucrative purpose, and also the ones being in the private ownership of communes, towns, municipalities and counties. Are concerned the immobles by their nature (art. 463-464 Civil Code), inclusively the crops that are still rooted and the fruits in the trees, yet unpicked [art. 465 paragraph (1) Civil Code].

The buildings according to their destination should be expropriated only if they would be joined to the fund in a permanent way, not being possibly separated without their deterioration or without deterioration of the building itself.

The dismemberments of the ownership right are immobile, through the object to which they apply. By principle, they are extinguished through the expropriation of the property, but yet cannot form the object of a separate expropriation. Servitudes established through human deed extinguish only if they would become incompatible to the natural and juridical situation of the object of expropriation [art.28 paragraph (20)]. On the right to superficies, it was shown that its structure, that lies in the right to property upon a construction or a plantation on the field issued from another person, combined to the right of use existing upon the respective field, imposes the simultaneous expropriation of the field and of the construction or plantation.

2.3 GOODS EXEMPTED FROM EXPROPRIATION

Cannot be expropriated the buildings that are public property which belong to the state or to the administrative-territorial units that are and could be affected to a public utility through the will of the competent authority. Cannot be expropriated neither the goods that are the private property of the state, because this one, as owner, might affect to a public utility whatever of its goods. For the goods that are the private property of the administrative-territorial units, if the public utility is of local interest, expropriation would not be required, but only a decision of the competent organ of passing the good in public ownership would be enough.

3. PUBLIC UTILITY AND ITS DECLARATION

3.1 THE WORKS OF PUBLIC UTILITY

Public utility is declared for works of national or local interest. The law establishes the categories of works considered to be of public utility that might cause expropriation, leaving open the possibility of declaration, for any other works than the stipulated ones for the public utility, for every case separately, by law [article 7 paragraph (3)]. So, the legal enumeration doesn't have a limitative power. According to article 6 of the Law no. 33/1994, are of public utility the works concerning: prospections and geological explorations; extraction and processing of useful mineral substances; installations for the production of electrical energy; ways of communication, opening, alignment and broadening of streets; systems of supply with electrical energy, telecommunications, gases, thermal supply, water, sewerage; installations for the protection of environment; dammings and regularization of rivers, accumulation lakes for water sources and attenuation of floods; derivations of flows for water alimentations and for the deviation of high floods; hydrometrological stations, seismic warning systems, irrigation systems and draining systems; works of reaction against the depth erosion; buildings and land necessary to the construction of social habitations and of other social objectives for education, health, culture, sports, social protection and assistance, for

public administration and for juridical authorities; the salvation, protection and the revaluation of monuments, ensembles and historical sites, and also of national parks, of natural reservations and of nature's monuments; prevention and removing of the effects of natural disasters; earthquakes, floods, land slidings; defence of the country, public order and national safety.

The jurisprudence of the European Court of Human Rights established that the evaluation limit of public utility would be flexible. Thus, in the cause *James vs. the United Kingdom of the Great Britain and Northern Ireland* it was stated that “the notion of public utility is ample by its nature”, the manner in which it might choose its economical and social policies, being at the state’s latitude.

The public utility of the expropriation is declared by the Government for works of national interest, or by the county councils and by the Local Council of Bucharest' Municipality for the works of local interest. It is declared by law when, no matter the nature of works, would be submitted for expropriation cult houses, monuments, ensembles and historical sites, graveyards, other institutions of special national value or entire urban or rural localities. For works of local interest that might take place on the territory of various counties, a commission is constituted, made of the presidents of the respective county councils.

3.2 PREVIOUS RESEARCH

The declaration of the public use is made only after a previous research made by commissions especially named by the Government, by the permanent delegation of the county council or by the general mayor of the capital city. The Commission appointed by the Government is composed of: - the representative of public central administration who is in charge of the coordination of the domain for which the respective work should be realized; - the representative of the Ministry of Public Works, - the representative of the Ministry of Public Finances; - the president of the County (Department’s) Council; - the chiefs of staff of the respective departments; - the mayors of the localities where the respective work of public utility is carried on. The commissions appointed for works of local interest are composed the representative of the Department’s Council and the representative of the respectively interested local Councils.

Previous research will establish if there are elements that would justify national or local interest, economical-social advantages, ecological or of any other nature advantages that would sustain the necessity of the works and that could not be realized in other ways than through expropriation, with the framing in the urbanistical and territorial arrangement plans, approved according to the law. The minutes that consign the results of the previously made research will be handed over to the Government, to the county council or the Local Council of Bucharest Municipality.

3.3 THE ACT OF DECLARATION OF PUBLIC UTILITY

On the basis of the results of the previous research will be adopted the act of declaration of public utility, that is brought to public knowledge through its posting at the headquarters of the local council in the range of which the building is situated and by its publishing in the Official Monitor (for public utility of national interest) or in the local press (for public utility of local interest). Are not submitted to publicity the acts through which is declared the public utility for works concerning the defense of the country and the national safety.

3.4 THE CONTROL OF LEGALITY FOR THE DECLARATION OF PUBLIC UTILITY

Even if the law doesn't expressly stipulate that, once brought to public knowledge, the declaration of utility, gathering the elements of an act-condition that enables the initiation of the procedure of expropriation, would be submitted to the control of its legality in this stage it still is, by the Constitutional Court, (when public utility was declared by law) or by the court of administratively disputed claims (when utility is declared through Governmental decision or through an act of the organs of local administration), without being able to examine the opportunity of the administrative act.

4. MEASURES TAKEN PREVIOUSLY TO EXPROPRIATION

4.1 THE DRAWING OF THE PLAN OF BUILDINGS SUBMITTED TO EXPROPRIATION

In this stage, the expropriator makes the plan of the buildings proposed for expropriation, indicating the name of the owners and the offers of indemnity, that are deposited at the local council of the locality where are situated the respective buildings, in view of their consultation by the interested persons. The public administration must take measures so that the interested persons could effectively consult these documents. The law doesn't establish a deadline until which they have to be deposited, so that they will be deposited immediately after they are realized.

Are not deposited the documents of the works concerning the defense of the country and the national safety, situation in which is deposited only the list of buildings, concerned owners, and the offers of indemnity too.

4.2 NOTIFICATION OF THE OWNERS AND OF THE HOLDERS OF THE REAL RIGHTS UPON THE BUILDINGS AND THE MINUTES THAT CLOSE THE PREVIOUS PROCEDURE

The expropriator is obliged, in a term of 15 days from publication and on its expenses, to notify to the holders of the real rights on the aimed buildings the proposal of expropriation and the minutes that close the procedure previously to the declaration of public utility.

4.3 RIGHT TO OBJECTION

Concerning the expropriation proposals, the owners and the holders of other real rights on the buildings in cause can object in a term of 45 days from the receipt of the notification. The mayor will receive and register the objections and will consign the offers of indemnity and the claims of the owners and of the holders of other real rights, handing over the file containing all documents and objections, to the General Secretariate of the Government or to the county council.

Objections are solved in a term of 30 days by a commission constituted through a decision of the Government, through a decision of the permanent delegation of the county council or through a disposition of the mayor of the capital city. The commission is made of 3 specialists from the activity field in which is realized the work of public utility, 3 owners of buildings from the locality where are sited the buildings and the mayor of the locality. The commission works under the guidance of a delegate of the Government or of the county council, following the case, in the quality of president, who doesn't have the right to vote.

The commission might accept the point of view of the expropriator or might reject it. It comes to a motivated decision that is communicated to the sides in a term of 15 days from its adoption. If the sides do agree on the problems connected to the expropriation, the commission consigns this agreement, under their signature. If the proposals of the expropriator should be rejected, it may come back with new proposals, with an appropriate restructuration of the plans.

The decision of the commission is submitted to the way of attack through contestation that may be promoted by the interested side, in a term of 15 days from its communication, at the appeal court in the range of which is situated the building, according to the administrative disputed claims' office.

5. PROPER EXPROPRIATION AND ESTABLISHMENT OF INDEMNITIES

5.1 COMPETENCY

The solution of the demands concerning the expropriation fall into the competency of the law courts in the range of which is situated the building proposed for expropriation.

The law court is competent to verify if are gathered all conditions required by the law for the expropriation and to establish the quantum of the indemnities and the amount incoming to the owners, the holders, other holders of real rights or to other persons that can justify a legitimate interest upon the building. So, the court cannot analyse the substantial problems concerning the expropriation, limiting itself to the analysis only of procedure aspects. But, in the situation in which is demanded the expropriation, only of a part from a building, and in which the owner solicits total expropriation, the court will appreciate if, in balance with the real situation, partial expropriation should be or not possible, and if the case should occur, the next step would be to order the total expropriation.

In this stage is possible the agreement of the sides, of which the court will take notice by a decision of expedient (271-273 Civil Procedure Code). If the sides don't come to terms one with another or don't agree upon the extent of the indemnities, the court will proceed to their establishment.

5.2 THE COMMISSION OF EXPERTS

For this purpose the court will constitute a commission of experts (one named by the court and one for each side). The experts will take into consideration the price for which are ordinarily sold the buildings of the same type, in the same locality, at the date of the closing of the expertise report, and also the damages brought to the owner or to other rightful persons [article 26 paragraph (2)]. Will be deducted the indemnities incoming to the owner from the ones that are due to other persons. In case of partial expropriation, if the part of the building remaining un-expropriated should increase its value following the works that should be realized, the experts might be able to propose a diminishing of the granted damages. That can happened, *exempli gratia*, in the situation in which was expropriated a part of a real estate in order to realize a highway or a railway that should facilitate the access to the area.

5.3 INDEMNITY

The indemnity is composed of the real value of the building and of the prejudice caused to the owner and to other rightful persons.

The indemnity granted by the court cannot be smaller than the one offered by the expropriator nor larger than the one claimed by the expropriated or by the interested person.

Taking into consideration that the decision pronounced by the court is submitted to the ways of attack stipulated by the law, it is possible that, at the moment of the payment, the indemnity might not correspond to the real value of the building and to the quantum of the produced prejudice, so that interested persons could claim the bringing up-to-date of the quantum of the indemnity so that it could remain “right”, as the law foresees.

6. EFFECTS OF EXPROPRIATION

6.1 MAIN EFFECT

The expropriated building passes from private to public ownership, through judgment, free of any charges. The transfer of the property right is produced as soon as the obligations imposed through the judgment have been fulfilled. The judgment through which was disposed the expropriation does not represent through itself the executory title and it could not have a translative effect of ownership if the compensations should not be paid. The payment is made in any way agreed by the sides. In the absence of the sides' agreement, the court decides upon and establishes the term of payment that cannot be larger than 30 days from the date of the definitive remaining of the judgment.

6.2 OTHER EFFECTS

The main real rights derived from the property right – usufruct, use, occupancy, superficies – and also the granting are cancelled through the expropriation effect, while the holders have the right to compensations. The servitudes established through man's deed are cancelled only if they had become incompatible with the new situation.

The mortgage right and the special movable personal privilege that lay upon the expropriated building are rightly displaced on the established compensations, the law regulating a case of legal subrogation with a particular title.

All personal rights obtained by other persons on the building, like those issued from location are cancelled. If the expropriation should have as object buildings with an inhabitation destination, the evacuation of the persons that legally occupy them is made only after obtaining the assurance by the expropriator of the space to be inhabited at the request of interested persons. The judgment would establish the modality in which should be solved the problem of habitation.

6.3 TAKING INTO POSSESSION

We have to underline that the taking into possession by the expropriator is going to be made on the grounds of the executory title released on the basis of a conclusion of the court, that finds accomplished the obligations regarding the compensation, not later than 30 days from the date of payment. When the expropriation had as object cultivated lands or plantations, the entrance into possession is going to be made after the crops were gathered, excepting the case in which the value of the non-gathered crops was included in the compensations. Exceptionally, the court can dispose through judgment the entrance into possession by the expropriator, in case of extreme urgency imposed by the immediate execution of some works that interest the defense of the country, the public order and national safety, or in case of natural calamities. In this situation the expropriator has the obligation to register in term of 30

days, on the expropriators' name, the sums established as compensations (art. 32). It was proved as motivated that in this situation as well, the moment of the transfer of ownership is the date of the payment of the compensations, any other interpretation being illegal and unconstitutional.

7. SUPPLEMENTARY MEASURES AIMING TO PROTECT THE OWNER OF THE IMMOBILE GOOD WHICH IS MEANT TO BE EXPROPRIATED

The Law on expropriation foresees certain measures meant to complete the regime of protection ensured to the private interest. First, in the circumstance where the expropriation decides to rent the expropriated immobile good in location, before using it for the declared purpose for which it has been expropriated, the former owner has the right to a priority for being the inhabitant of the respective immobile good.

On the other side, the law settled for the expropriated owner the right to ask for and obtain the retrocession of the expropriated building and the priority right at the conclusion of it from the expropriator. According to art. 35 from the Law no. 33/1994, if the expropriated real estates should not have been used in term of a year according to the aim for which they have been taken over from the expropriated, respectively if the works were not started, the former owners could ask their retrocession, if a new declaration of public utility would not be made. The retrocession demand will be addressed to the law court, which, verifying its grounds, might dispose the retrocession. The price of the building will be established as in the situation of the expropriation and cannot be higher than the actualised compensation (art. 36). The judgment of the law court is submitted to the legal ways of attack.

About the judicial nature of the retrocession right, it was motivated that it is a relative, opposable *erga certa personam* right, respectively only to the expropriator, patrimonial, main, pure, simple and prescriptible, executive in the general term of 3 years that starts to flow from the delay term of a year foreseen by the law.

Finally, under the circumstance where the works for which the expropriation was accomplished were not realized, and the expropriator decides to alienate the immobile good acquired through expropriation, the former owner *has the right to a priority in acquiring it* (pre-emption right). The price that the former owner should have to pay could not be larger than the actualised, previously received reimbursement. In this sense, the expropriator is obliged to communicate to the former owner, in written form, its intention of selling the immobile good; this latter benefits him of a term of 6 days to decide if or not he wishes to acquire.

Once, the term passed, the expropriator is entitled to dispose freely of the immobile good. The conclusion of the alienation act concerning the previously expropriated immobile good, with another person than the formerly expropriated owner as the priority right of acquisition, foreseen by the law in favour of this latter, is infringed, is sanctioned by the law by the relative nullity of the respective act.

8. CONCLUSIONS

The public interest is the only reason, which justifies limitations of the ownership right, being able to lead even to the loss of the private ownership right on immobile goods to the advantage of the state. Under the conditions established by the Constitution of Romania, by the European Convention of the Human Rights, by the Romanian Civil Code and by the

special laws, the taking over is to happen only after a just and previous reimbursement of damages.

In the actual Romanian legislation, the expropriation has the feature of being usually seen as an exception, but its utility becomes more and more obvious, under the circumstances where the infrastructure requires extension works and where whole localities from flood-like zones require to be totally relocated. In order to create an equilibrium between, on one side, the public interest and, on the other side, the defence of the right to private ownership, the actual Romanian legislation (Law nr. 33/1994) tries to provide an unitary regulation of this matter, regarding the expropriation procedures as well as the establishing and granting of the just reimbursement due for caused damages.

Literature:

- Flavius Baias, Bogdan Dumitrache, Discutii pe marginea Legii nr. 33/1994 privind exproprierea pentru cauza de utilitate publica, Revista Dreptul nr. 4/1995, pp. 20-25, ISSN 1018-04-35
- Corneliu Birsan, Drept civil. Drepturile reale principale, Editura All Beck, Bucuresti, 2001, pp. 61-74 ; ISBN – 973-655-143-1
- Eugen Chelaru, Curs de drept civil. Drepturile reale principale, Editura All Beck, Bucuresti, 2000, pp. 25-35, ISBN- 973-9435-97-1
- Ion Dogaru, Sevastian Cercel, Drept civil. Teoria generala a drepturilor reale, Ed. All Beck, Bucuresti, 2003, pp. 79-92, ISBN –973-655-305-1
- Ion Dogaru, Sevastian Cercel, Drept civil. Partea generala, Ed. C.H. Beck, Bucuresti, 2007, pp. 44-77, ISBN 978-973-115-068-0
- Marin Nicolae, Discutii cu privire la aplicarea in timp a art. 35-36 din Legea nr. 33/1994 privind exproprierea pentru cauza de utilitate publica, Revista Dreptul nr. 11/2000, pp. 23-34, ISSN 1018-04-35
- Liviu Pop, Liviu-Marius Harosa, Drept civil. Drepturile reale principale, Editura Universul Juridic, Bucuresti, 2006, pp. 97-109, ISBN – 973-7643-44-5

Contact – email

sevastiancercel@yahoo.com

PROCESNÍ POVINNOSTI ÚČASTNÍKŮ CIVILNÍHO ŘÍZENÍ VE VZTAHU K NEGATIVNĚ FORMULOVANÉ NORMATIVNÍ VĚTĚ HMOTNĚPRÁVNÍ NORMY

MAREK DEL FAVERO

Právnická fakulta Masarykovy univerzity, Česká republika

Abstrakt v rodném jazyce

Příspěvek se věnuje procesním povinnostem účastníků sporného civilního řízení za situace, kdy hmotněprávní norma pod kterou má být podřazen zjištěný skutkový stav má negativně formulovanou podmíněnou část normativní věty (konsekvent). Zabývá se postupem účastníků a soudu u jednání a poukazuje na způsob formulace skutkového tvrzení vzhledem k zásadám formální logiky a jeho úplnost při negativně formulovaném konsekventu.

Klíčová slova v rodném jazyce

Procesní povinnost, účastník řízení, skutkové tvrzení, povinnost tvrzení, povinnost důkazní.

Abstract

The paper deals with procedural obligations of plaintiff and defendant in the civil proceedings in a situation where part of the substantive law which should be apply to established facts is negatively formulated. It deals with the procedure of plaintiff, defendant and court in a hearing and points to the way of wording the allegation of facts in relation to the principles of formal logic and its completeness where part of the substantive law which should be apply to established facts is negatively formulated.

Key words

Procedural obligation, plaintiff, defendant, the fact of the case, obligation to assert all facts important for the decision on the case, duty of prove.

Zásada projednací významným způsobem podmiňuje procesní povinnosti účastníků sporného civilního procesu. Povinnost tvrzení a povinnost důkazní tuto zásadu ve sporném řízení naplňují.¹ Na tyto procesní instituty navazuje břemeno tvrzení a břemeno důkazní.² Zákon č. 99/1963 Sb., občanský soudní řád, ve znění pozdějších změn a doplňků (dále jen o.s.ř.) zakotvil povinnosti účastníků řízení zejména v ust. § 101 odst. 1 písm. a) a písm. b). Ust. § 101 o.s.ř. navazuje na ust. § 79 odst. 1 o.s.ř., které upravuje náležitosti žaloby a ukládá povinnost žalobci vylíčit (tvrdit) rozhodující skutečnosti a označit důkazy jichž se domáhá. Zásada projednací se dále v o.s.ř. promítá v ust. § 120 odst. 1, ust. § 118a, ust. § 114a a také ust. § 114c. Vyjdeme-li z úpravy civilního procesu vyjádřené v ust. § 2 o.s.ř., potažmo ust. § 3 o.s.ř. vyjadřující právo na soudní ochranu, pak nelze než dovést, že soud při poskytování ochrany soukromoprávním a některým jiným právním vztahům musí zjistit skutkový stav sporu, na který naváže právní hodnocení. Základem pro meritorní rozhodnutí soudu je dokazováním zjištěný stav věci, neukládá-li zákon jinak (např. postup dle ust. § 153a nebo ust. § 153b o.s.ř.). Ust. § 153 odst. 1 o.s.ř. ukládá povinnost rozhodnutí opřít o zjištěný skutkový stav. Zásada projednací předmět dokazování nepřímo determinuje. Jak

¹ Bureš, J., Drápal, L., Krčmář, Z. a kol. Občanský soudní řád. Komentář. I. díl. 7. vydání. Praha: C.H.Beck, 2006, s. 440.

² Např. Winterová, A. a kol. Civilní právo procesní. 5. vydání. Praha: Linde Praha, a.s., 2008, s. 78.

procesněprávní teorie³, tak soudní praxe dovodily, že je věcí účastníků tvrdit rozhodující skutečnosti a označovat důkazy k prokázání svých skutkových tvrzení. Nejvyšší soud se ve svém rozsudku sp. zn. 21 Cdo 2725/2007, ze dne 15. 5. 2008 vyjádřil k rozsahu povinnosti účastníka tvrdit skutečnosti významné pro rozhodnutí věci. Rozsah je určen skutkovou podstatou (antecedentem) hmotněprávní normy, jež má být podle úsudku soudu použita k právnímu posouzení žaloby. Podmiňující část právní normy vymezuje okruh rozhodujících skutečností, které je každý z účastníků povinen tvrdit a následně prokázat. Na úplnost právně významných skutečností tvrzených v žalobě a ve vyjádření k ní je tudíž třeba usuzovat na základě předběžné právní kvalifikace skutkového děje (skutku), kterým žalobce odůvodňuje opodstatněnost svého nároku, a na základě skutkových okolností, na nichž žalovaný buduje obranu proti uplatněnému nároku. Shodně se k rozsahu rozhodujících skutečností vyjadřuje i teorie.⁴ Zákon připouští dvě úrovně vylíčení právně významných skutečností, které vyjadřují vztah ust. § 79 odst. 1 o.s.ř. a ust. § 101 odst. 1 o.s.ř. Zatímco minimální rozsah vylíčení skutkových tvrzení dle ust. § 79 odst. 1 o.s.ř. je vymezen nezaměnitelností skutkového děje je rozsah skutkových tvrzení dle ust. § 101 odst. 1 o.s.ř. vymezen výše uvedenou předběžnou právní kvalifikací, respektive hmotněprávní normou pod kterou má být zjištěný skutkový stav podřazen. Důsledkem absence řádně vylíčených skutkových tvrzení (i v minimálním rozsahu) v žalobě (ust. § 79 odst. 1 o.s.ř.) je postup soudu dle ust. § 43 o.s.ř. je-li žaloba pro nedostatek skutkových tvrzení neprojednatelná (vylíčený skutkový stav je zaměnitelný nebo nelze na základě uvedených skutkových tvrzení provést předběžnou právní kvalifikaci, tzn. že nelze zjistit hmotněprávní normu, která by vymezovala rozsah nezbytných skutkových tvrzení). Nedostojí-li účastník řízení své povinnosti tvrdit všechny pro rozhodnutí věci významné skutečnosti (ust. § 101 odst. 1 písm. a) o.s.ř.) bude soud postupovat u jednání, ke kterému se takový účastník dostaví, dle ust. § 118a odst. 1 o.s.ř. Ve sporném řízení jsou povinnosti účastníka vzájemně provázány, přesněji řečeno povinnost tvrzení z povahy věci nezbytně předchází povinnost důkazní, platí, že není možno dokazovat to, co nebylo tvrzeno. V rozporu s pravidly formální logiky je, aby účastník civilního řízení prokazoval skutečnost, která se nestala, neboť prokázat lze pouze skutečnost, která se stala. Tento závěr je přijímán doktrínou i soudní praxí v judikatuře Nejvyššího soudu se soustavně a opakovaně uvádí.⁵ Je vhodné zdůraznit rozdíl mezi skutkovým tvrzením, prokázaným skutkovým tvrzením, tedy zjištěným skutkovým stavem na straně jedné a vysloveným právním hodnocením účastníkem (stipulací žaloby) či soudem v meritorním rozhodnutí na straně druhé. Závěr, že nelze prokázat negativně vymezenou skutečnost se výhradně váže ke skutkovému ději – stavu. Nelze-li něco prokázat, pak je otázkou, zda má význam takovou skutečnost vůbec tvrdit, neboť pro účastníka řízení má význam splnit povinnost tvrzení (unést břemeno tvrzení) pouze ve vztahu k povinnosti důkazní, zda splní svou povinnost důkazní (unese břemeno důkazní) a prokáže své skutkové tvrzení či nikoliv, což je promítnuto ve zjištěném skutkovém stavu věci. Nemůže-li z hlediska formální logiky účastník negativně formulované tvrzení prokázat, pak není nezbytné takové tvrzení vůbec uvádět, byť se v určitých případech může jevit jako logické vyústění vylíčení rozhodujících skutečností (např. „...doposud žalovaný na dlužném pojistném nezaplatil ničeho, a proto se žalobkyně domáhá ochrany svého subjektivního práva

³ Bureš, J., Drápal, L., Krčmář, Z. a kol. Občanský soudní řád. Komentář. I. díl. 7. vydání. Praha: C.H.Beck, 2006, s. 440.

⁴ Srovnej viz. substancování žaloby Winterová, A. a kol. Civilní právo procesní. 5. vydání. Praha: Linde Praha, a.s., 2008, s. 215 a 219 a dále Bureš, J., Drápal, L., Krčmář, Z. a kol. Občanský soudní řád. Komentář. I. díl. 7. vydání. Praha: C.H.Beck, 2006, s. 547.

⁵ Např. usnesení Nejvyššího soudu sp.zn. 28 Cdo 304/2007 ze dne 6.3.2007.

žalobou u soudu...“). Pouze takový účastník řízení, který splní své procesní povinnosti může být ve sporu úspěšný.

Výše bylo pojednáno o rozsahu skutkových tvrzení v souvislosti s předběžnou právní kvalifikací. Dále se v tomto příspěvku bližším způsobem vyjádřím k povinnostem účastníků řízení a s tím spojeným postupem soudu v případě, že konsekvent právní normy je formulován negativně.

Normy s klasickou strukturou mají podobu podmíněné normativní věty⁶, ukládají svým adresátům povinnosti jen za určité skutkové podmínky⁷. Podmíněná právní norma se dá redukovat na souvětí, jehož první část, je částí podmiňující – skutkovou (v tradičním byt' nepřesném pojetí označována za hypotézu⁸ nebo antecedent⁹) a druhá část, je částí podmíněnou – normativní (opět v tradičním pojetí označována za dispozici nebo konsekvent). Podmiňující část uvádí právní skutečnosti s nimiž norma spojuje vznik, změnu nebo zánik subjektivních práv a právních povinností, tedy podmínky, které musí nastat, aby pravidlo působilo a mohlo se uplatnit na jednotlivé případy. Podmíněná normativní část stanoví vlastní pravidlo chování, z hlediska adresáta oprávnění nebo povinnost.

Za negativně formulované konsekventy podmíněné imperfektní právní normy jsem zvolil ust. § 24 odst. 2 zákona č. 94/1963 Sb., o rodině, ve znění pozdějších změn a doplňků, dle kterého „Mají-li manželé nezletilé děti, nemůže být manželství rozvedeno, bylo-li by to v rozporu se zájmem těchto dětí, daným zvláštními důvody“ a ust. § 96 odst. 2 téhož právního předpisu, dle kterého „Výživné nelze přiznat, jestliže by to bylo v rozporu s dobrými mravy“. Adresátu, v daném případě soudu, vyplývá z vlastního pravidla chování (konsekventu hmotněprávní normy) povinnost, která za splnění skutkových podmínek vede k zamítavému výroku ve věci rozvodu manželství účastníků nebo ve věci o výživné. Právní závěr (manželství účastníků, kteří jsou rodiči nezletilých dětí lze rozvést, neboť to není v rozporu s jejich zájmem daným zvláštními důvody a výživné lze přiznat, neboť to není v rozporu s dobrými mravy) musí být formulován negativním způsobem. Takto formulovaný právní závěr je nezbytně navázán na skutkový základ sporu. Je logické, že část skutkového základu v řízení jehož předmětem je rozvod manželství nebo vyživovací povinnost svádí k vymezení (formulačně) negativním způsobem (např. „...nezl. Tomáš nemá v souvislosti s rozvodem účastníků výraznějších problémů...“). Jak řízení o rozvod manželství účastníků, tak řízení o stanovení, zvýšení, snížení nebo zrušení vyživovací povinnosti jsou řízení sporná a strany těchto sporů nesou procesní povinnosti vyplývající také ze zásady projednací o jejichž důsledcích na procesní povinnosti účastníků bylo pojednáno v úvodu tohoto příspěvku. Nebude zřejmě sporu o tom, že zamítavý výrok soudu, z důvodů naplnění podmínek zmíněných antecedentů hmotněprávních norem, bude v těchto typech sporů spíše výjimečný. Také v této situaci platí, že soud musí vycházet ze zjištěného skutkového stavu. V případě, že žalovaná strana se žalobě bude bránit, její procesní stanovisko vyzní tak, že navrhuje zamítnutí žaloby a svou obranu postaví na skutkových tvrzeních, že zde jsou takové okolnosti, které vytváří překážky, problémové situace nebo ztěžují život nezletilého dítěte rozvádějících se rodičů podstatným způsobem a spočívají právě v rozvodu účastníků, je povinnost tvrzení a povinnost důkazní

⁶ Gerloch, A. Teorie práva. 4. vydání. Plzeň: Vydavatelství a nakladatelství Aleš Čeněk, 2007, s. 39.

⁷ Knapp, V. Teorie práva. 1. vydání. Praha: C.H. Beck, a.s., 1995, s. 154.

⁸ Srovnej Knapp, V. Vědecká propedeutika pro právníky, 1. vydání. Praha: EUROLEX BOHEMIA, s.r.o., 2003, s. 48.

⁹ Knapp, V. Teorie práva. 1. vydání. Praha: C.H. Beck, a.s., 1995, s. 154.

zcela jasná. Žalovaná strana k takovýmto tvrzením je jednak povinna nabídnout důkazní prostředky a jednak svá tvrzení prokázat, neboť důkazní břemeno ohledně určitých skutečností leží na tom účastníku řízení, který z existence těchto skutečností vyvozuje pro sebe příznivé právní důsledky; jde o toho účastníka, který existenci těchto skutečností také tvrdí (viz rozsudek Nejvyššího soudu ČR z 29. 10. 1997, sp. zn. 2 Cdon 257/97, uveřejněný v časopise Právní rozhledy č. 7, ročník 1998)¹⁰. Stejný závěr lze učinit také v řízení o výživném. Za situace, kdy procesní stanovisko sice bude neměnné, žalovaná strana se žalobě brání a navrhuje její zamítnutí, ovšem svou obranu nevybuduje na shodných skutečnostech a strana žalující žádná skutková tvrzení v tomto směru soudu nesdělila, je zcela nezbytné, aby soud učinil skutkové zjištění na něž naváže právní hodnocení a učiní závěr, že manželství účastníků, kteří jsou rodiči nezletilých dětí lze rozvést, neboť to není v rozporu s jejich zájmem daným zvláštními důvody nebo výživné lze přiznat, neboť to není v rozporu s dobrými mravy.

Ve věcech, v nichž se rozhoduje o osobním stavu, jako je tomu v řízení o rozvod manželství, nelze uzavřít soudní smír, a tedy ani vydat rozsudek pro uznání (ust. § 153a o.s.ř.) nebo rozsudek pro zmeškání (ust. § 153b o.s.ř.). V případě sporu o výživné rovněž nelze postupovat dle ust. § 153b o.s.ř. Soud tedy při zjišťování skutkového stavu může postupovat dle ust. § 120 odst. 4 o.s.ř. nebo vést dokazování.

Nesporným ve smyslu ust. § 120 odst. 4 o.s.ř. může být jen skutkové zjištění, avšak nikoliv právní posouzení věci. Pro rozhodnutí soudu ve věci není rozhodující právní názor účastníka řízení, tudíž ani případný nesporný právní názor účastníků,¹¹ např. že není dán rozpor se zájmem nezletilých dětí, daným zvláštními důvody či přiznání výživného není v rozporu s dobrými mravy. Již z dikce ust. § 120 odst. 4 o.s.ř. vyplývá, že se musí jednat o shodná skutková tvrzení účastníků, soud nemůže učinit skutkové zjištění z nepopřeného či nerozporovaného skutkového tvrzení jednoho z účastníků sporu. Takovýto postup nemá oporu v zákoně. Vznese-li účastníci shodná skutková tvrzení ve smyslu § 120 odst. 4 o.s.ř., nemá to za následek, že by účastníci v řízení před soudem prvního stupně byli těmito tvrzeními vázáni; pokud jeden z nich později vznáší námitku, která správnost tohoto tvrzení zjevně vylučuje anebo pokud toto tvrzení výslovně popře, musí se soud tímto jeho pozdějším projevem zabývat a nemůže bez dalšího považovat tvrzení účastníků i nadále za shodná¹² a v daném rozsahu je zapotřebí spornou skutečnost dokazovat. V případě absence skutkových tvrzení ze strany účastníků řízení je nejprve namíste postup dle ust. § 120 odst. 4 o.s.ř., zjistit tuto část skutkového základu sporu prostřednictvím shodných skutkových tvrzení účastníků. Je na soudu, aby vyzval účastníky k doplnění skutkový tvrzení a zároveň je vyzval, necht' se k těmto tvrzením vyjádří a uvedou, zda takto doplněná tvrzení považují za sporná či nikoliv. Nelze než učinit závěr, že je nepřipustné, aby skutečnosti byly formulovány negativním způsobem. Pro úplnost lze uvést, že shodná tvrzení účastníků ve sporném řízení nejsou pro soud závazná potud, že by skutečnosti, kterých se tato tvrzení týkají, nemohl učinit předmětem dokazování. Zejména tam, kde rozhodnutí soudu má být v souladu s hmotným právem kogentní povahy, musí být soudu umožněno, aby prostřednictvím dokazování ověřil pravdivost těchto tvrzení, která ostatně mohou být účastníky odvolána v průběhu dalšího řízení.¹³ Zejména pro oblast sporného řízení, které je ovládáno zásadou dispoziční a

¹⁰ Podle rozsudku Nejvyššího soudu ČR sp.zn. 22 Cdo 1807/2005, ze dne 30.5.2006.

¹¹ Také např. rozsudek Nejvyššího soudu sp. zn. 32 Cdo 2084/2007, ze dne 29. 4. 2008.

¹² Podle rozsudku Nejvyššího soudu sp. zn. 22 Cdo 3251/2006, ze dne 5. 2. 2008.

¹³ Podle rozsudku Nejvyššího soudu ČR sp.zn. 29 Odo 312/2005, ze dne 28.3.2007.

projednací, zákon počítá s tím, že skutková zjištění soudů mohou mít svůj původ v nesporných tvrzeních účastníků, kteří tím projevují vůli omezit dokazování jen na ty skutečnosti, které zůstávají mezi nimi spornými,¹⁴ je vzhledem k prevalenci ekonomie řízení situace, kdy by soud podrobil shodná skutková tvrzení dokazováním prakticky spíše výjimečná.

Vzájemná jednota povinnosti tvrzení a povinnosti důkazní¹⁵ se odráží rovněž v rozsahu povinnosti tvrzení a rozsahu povinnosti důkazní. Rozsah důkazního břemene, tedy okruh skutečností, které konkrétně musí účastník prokázat, zásadně určuje hmotněprávní norma, to znamená právní předpis, který je na sporný vztah aplikován, tak jako rozsah povinnosti tvrzení. Nesplnění povinnosti důkazní stíhá účastníka nepříznivým následkem v podobě neúspěchu ve sporu.¹⁶ Nebude-li možno, aby soud vzal za své skutkové zjištění, shodná skutková tvrzení účastníků, nezbyvá než dojít k zjištění skutkového stavu dokazováním. Nejprve je zapotřebí doplnit skutková tvrzení, která ovšem nemohou být formulována negativně, přestože hmotněprávní norma k tomu svádí a označit důkazní prostředky (ust. § 118a o.s.ř.). Nyní je potřebné upozornit na skutečnost, že by nemělo docházet k záměně absence skutkového tvrzení a úplně pozitivně vymezeného skutkového tvrzení, které je podkladem pro negativně formulovaný právní závěr. Je-li ze skutkových tvrzení patrné, že rozvádějící se manželé mají nezletilé dítě a vylíčení skutkových tvrzení neobsahuje zmínku o tom, zda nezl. dítě je informováno o probíhajícím řízení, zda vyjádřilo k němu svůj postoj, zda v jeho životě dojde v důsledku rozvodu k výrazné negativní změně (např. v případě zdravotně postiženého dítěte se účastníci vyjádří i k péči o nezl. pro dobu po rozvodu „... o nezletilého osobně pečuje žalobkyně, žalovaný se na péči podílí zejména finančně, žalovaný se již zavázal, že i po rozvodu manželství bude na péči nezletilého dítěte přispívat ve výši..., kterou považuji za dostatečnou...“), pak je namístě vyzvat k doplnění skutkových tvrzení. Z žalobních tvrzení vyplývá rozpor vedoucí k závěru, že skutková tvrzení nebyla vylíčena úplně. Pokud z žalobních tvrzení žádný rozpor nevyplývá a nic nesevřídí tomu, že by skutková tvrzení nebyla vylíčena úplně pak výzva k doplnění tvrzení není důvodná. Dále je na soudu, aby zvážil, zda nabídnuté důkazní prostředky provede či nikoliv. Není povinen provést všechny účastníky navržené důkazy, nýbrž je oprávněn (a povinen) v každé fázi řízení vážit, které důkazy vzhledem k uplatněnému nároku či tvrzením jednotlivých účastníků je třeba provést. Je tedy oprávněn posoudit důkazní návrhy a rozhodnout o tom, které z těchto důkazů provede, a současně i rozhodnout, že neprovede ty z důkazů, jimiž mají být prokazovány skutečnosti, které jsou pro posouzení uplatněného nároku nevýznamné nebo které již byly prokázány jinými důkazy. Okolnost, že soud takto postupoval a že neprovedl účastníkem navržené důkazy, nepředstavuje automaticky vadu řízení (srov. např. usnesení bývalého Nejvyššího soudu ČR ze dne 31. 1. 1972, sp. zn. 6 Co 344/71, publikované ve Sborníku stanovisek IV, str. 1084-1085 a nálezy Ústavního soudu ČR ze dne 3. 11. 1994, sp. zn. III. ÚS 150/93, publikovaný ve sv. 2 Sbírky nálezů a usnesení Ústavního soudu pod č. 49, či nálezy téhož soudu ze dne 6. 12. 1995, sp. zn. II. ÚS 56/95, publikovaný tamtéž ve sv. 4, pod č. 80).¹⁷

¹⁴ Podle rozsudku Nejvyššího soudu ČR sp. zn. 29 Odo 993/2004, ze dne 26.4.2006.

¹⁵ Bureš, J., Drápal, L., Krčmář, Z. a kol. Občanský soudní řád. Komentář. I. díl. 7. vydání. Praha: C.H.Beck, 2006, s. 441.

¹⁶ Podle rozsudku Nejvyššího soudu ČR sp. zn. 25 Cdo 657/2006, ze dne 19.3.2008.

¹⁷ Rozsudek Nejvyššího soudu ČR sp. zn. 22 Cdo 2106/2005, ze dne 29.11.2005.

Je na místě podotknout, že povinností soudu je ovšem také přihlížet pečlivě ke všemu, co vyšlo za řízení najevo, včetně toho, co uvedli účastníci, a zjištěný skutkový stav posoudit po právní stránce (ust. § 153 odst. 1 o.s.ř.). Vyjdou-li takové skutečnosti v řízení najevo, pak je nelze přehlížet a soud s nimi zachází jako se zjištěným skutkovým stavem, který právně posuzuje.¹⁸

Konečně do úvahy přichází postup dle ust. § 120 odst. 3 o.s.ř. V ustanovení § 120 odst. 3 věty první o. s. ř. se určuje, že nejde-li o řízení uvedená v odstavci 2 (tj. o tzv. nesporná řízení), může soud provést jiné než účastníky navržené důkazy v případech, kdy potřeba jejich provedení ke zjištění skutkového stavu vyšla v řízení najevo. Oprávnění soudu provést účastníky nenavržené důkazy se uplatní především v souvislosti s právním posouzením věci tam, kde soud bude na skutkový základ aplikovat právní předpis kogentní (donucující) povahy. Má-li rozhodnutí soudu odpovídat hmotnému právu, pak soud musí mít možnost zjistit též skutečnosti rozhodné podle hmotného práva, aniž by účastníci k jejich prokázání navrhli všechny potřebné důkazy, jsou-li pro soud dosažitelné a vyplývají-li z obsahu spisu.¹⁹ Ve sporném řízení, které se vyznačuje především soukromoprávní povahou uplatňovaných nároků, nesmí toto právo soudu zasahovat do rovného postavení účastníků řízení. Soud tak vlastní aktivitou nemůže do sporu vnášet skutečnosti, pro které není podkladu v obsahu spisu a v průběhu dosavadního jednání.²⁰

Literatura:

- Bureš, J., Drápal, L., Krčmář, Z. a kol. Občanský soudní řád. Komentář. I. díl. 7. vydání. Praha: C.H.Beck, 2006, s. 1066.
- Gerloch, A. Teorie práva. 4. vydání. Plzeň: Vydavatelství a nakladatelství Aleš Čeněk, 2007, s. 343.
- Knapp, V. Teorie práva. 1. vydání. Praha: C.H. Beck, a.s., 1995, s. 247.
- Knapp, V. Vědecká propedeutika pro právníky, 1. vydání. Praha: EUROLEX BOHEMIA, s.r.o., 2003, s. 233.
- Winterová, A. a kol. Civilní právo procesní. 5. vydání. Praha: Linde Praha, a.s., 2008, s. 751.

Judikatura:

- rozsudek Nejvyššího soudu ČR sp.zn. 21 Cdo 2725/2007, ze dne 15.5.2008,
- usnesení Nejvyššího soudu ČR sp.zn. 28 Cdo 304/2007 ze dne 6.3.2007,
- rozsudek Nejvyššího soudu ČR sp.zn. 22 Cdo 1807/2005, ze dne 30.5.2006,
- rozsudek Nejvyššího soudu ČR sp.zn. 32 Cdo 2084/2007, ze dne 29.4.2008,
- rozsudek Nejvyššího soudu ČR sp.zn. 22 Cdo 3251/2006, ze dne 5.2.2008,
- rozsudek Nejvyššího soudu ČR sp.zn. 29 Odo 312/2005, ze dne 28.3.2007,

¹⁸ Rozsudek Nejvyššího soudu ČR sp.zn. 25 Cdo 657/2006, ze dne 19.3.2008.

¹⁹ Rozsudek Nejvyššího soudu ČR sp. zn. 29 Odo 1135/2005, ze dne 26. 6. 2007.

²⁰ Rozsudek Nejvyššího soudu ČR sp. zn. 30 Cdo 350/2006, ze dne 19.4.2006.

- rozsudek Nejvyššího soudu ČR sp. zn. 29 Odo 993/2004, ze dne 26.4.2006,
- rozsudek Nejvyššího soudu ČR sp.zn. 25 Cdo 657/2006, ze dne 19.3.2008,
- rozsudek Nejvyššího soudu ČR sp.zn. 22 Cdo 2106/2005, ze dne 29.11.2005,
- rozsudek Nejvyššího soudu ČR sp.zn. 25 Cdo 657/2006, ze dne 19.3.2008,
- rozsudek Nejvyššího soudu ČR sp. zn. 29 Odo 1135/2005, ze dne 26. 6. 2007,
- rozsudek Nejvyššího soudu ČR sp.zn. 30 Cdo 350/2006, ze dne 19.4.2006.

Kontaktní údaje na autora – email:

7912@mail.muni.cz

HMOTNĚPRÁVNÍ A PROCESNĚPRÁVNÍ ASPEKTY SOUDCOVSKÉHO ZÁSTAVNÍHO PRÁVA

JOSEF FIALA

Právnická fakulta Masarykovy univerzity, Česká republika

ÚVODEM

Soudcovské zástavní právo se do československého právního řádu vrátilo po téměř třicetileté odmlce. Stalo se tak zákonem č. 519/1991 Sb., kterým se s účinností od 1.1.1992 výrazně novelizoval občanský soudní řád a po 1.1.1993 se tak stalo paralelně součástí českého právního řádu a slovenského právního řádu. V bezprostředně předcházejícím období nebylo toto zástavní právo regulováno, což souviselo s tehdejšími přezíravými náhledy zákonodárce na celý institut zástavního práva (srov. § 495 obč. zákoníku č. 40/1964 Sb. v původním znění). Dlouholetá absence soudcovského zástavního práva vedla k některým pochybnostem ohledně jeho povahy a funkcí. Některé nesprávné představy o tomto zajišťovacím prostředku přetrvávají i v současnosti.

1. PRÁVNÍ ÚPRAVA V OBČ. SOUDNÍM ŘÁDU Z R. 1950

V podobě exekučního zástavního práva byl analyzovaný druh zástavního práva regulován v § 450 a násl. obč. soudního řádu č. 142/1950 Sb. Přitom podle § 449 odst. 1 bylo možno exekuci na nemovité věci vykonat zřízením exekučního zástavního práva nebo exekuční dražbou. Další ustanovení obsahovala odděleně podmínky pro zřízení exekučního zástavního práva na nemovitostech zapsaných ve veřejné knize (§ 450 – 451) a na nemovitostech nezapsaných ve veřejné knize (§ 452 – 457). Pro další úvahy je vhodné uvést dikci dvou ustanovení ohledně nemovitostí zapisovaných:

§ 450

(1) Na nemovité věci zapsané ve veřejné knize zřídí se pro vymahatelnou pohledávku exekuční zástavní právo povolením exekuce. Toto zástavní právo se zapíše do veřejné knihy.

(2) Pro pohledávky, pro něž bylo zřízeno exekuční zástavní právo, lze vést exekuci dražbou přímo proti pozdějšímu nabyvateli nemovité věci, pokud je exekuce dražbou nemovité věci proti němu přípustná.

§ 451

(1) Exekuci lze povolit, jen je-li prokázáno, že nemovitá věc je ve vlastnictví dlužníka.

(2) Pro pořadí exekučního zástavního práva k nemovité věci zapsané ve veřejné knize je rozhodná doba, kdy k exekučnímu soudu došel návrh na zřízení exekučního zástavního práva. Došlo-li několik návrhů zároveň, mají zástavní práva stejné pořadí.

(3) Bylo-li pro vymáhanou pohledávku již dříve zřízeno smluvní zástavní právo, řídí se pořadí exekučního zástavního práva pořadím tohoto smluvního zástavního práva.

Následně se existence exekučního zástavního práva projevila při pořadí v rámci uspokojování pohledávek z podstaty.

2. PRÁVNÍ ÚPRAVA V OBČ. SOUDNÍM ŘÁDU PO NOVELE Z R. 1991

Hektické období příprav zásadních novel soukromoprávních předpisů, příp. nových zákonů na počátku 90. let neumožňovalo provedení důkladných legislativních prací. Tato obecná myšlenka se dotýká též nové úpravy soudcovského zástavního práva s účinností od 1.1.1992. Z její dikce je až příliš patrný inspirační zdroj zpracovatelů návrhu zák. č. 519/1991 Sb. Soudcovské zástavní právo bylo upraveno v § 338a – 338b obč. soudního řádu, tedy v části VI., v rámci výkonu rozhodnutí. S jeho zřízením rozhodnutím soudu dokonce ani nepočítala obecná úprava vzniku zástavního práva v obč. zákoníku (srov. § 151b odst. 1, podle něhož zástavní právo mohlo vzniknout na základě písemné smlouvy, schválené dědické dohody nebo ze zákona):

§ 338a

(1) Soudcovské zástavní právo na nemovitosti se zřizuje nařízením výkonu rozhodnutí. Zřízení soudcovského zástavního práva musí být zapsáno do evidence nemovitostí podle zvláštních předpisů.

(2) Pro pohledávky, pro něž bylo zřízeno soudcovské zástavní právo, lze vést výkon rozhodnutí prodejem nemovitosti přímo i proti pozdějšímu nabyvateli nemovitosti.

§ 338b

(1) Výkon rozhodnutí zřízením soudcovského zástavního práva může být nařízen, jen je-li prokázáno, že nemovitost je ve vlastnictví povinného.

(2) Pro pořadí soudcovského zástavního práva k nemovitosti je rozhodující doba, kdy k soudu došel návrh na zřízení soudcovského zástavního práva. Došlo-li několik návrhů zároveň, mají zástavní práva stejné pořadí.

(3) Bylo-li pro vymáhanou pohledávku již dříve zřízeno smluvní zástavní právo, řídí se pořadí soudcovského zástavního práva pořadím tohoto smluvního zástavního práva.

V návaznosti na postupné využívání této možnosti zřízení zástavního práva se projevily některé její nedostatky (projevující se např. v důsledku nové evidence vlastnických a jiných věcných práv k nemovitým věcem v katastru nemovitostí). Jedno z prvních rozhodnutí v České republice reagujících na praktické obtíže bylo publikováno v časopise Soudní judikatura č. 11/1997, str. 260 (Nejvyšší soud, sp. zn. 3 Cdon 1222/96): „Předpoklad pro nařízení výkonu rozhodnutí zřízením soudcovského zástavního práva spočívající v tom, aby bylo prokázáno, že nemovitost je ve vlastnictví povinného, soud posuzuje podle stavu, jaký tu byl v den podání návrhu na nařízení tohoto výkonu rozhodnutí. Přejde-li po zahájení řízení o výkon rozhodnutí vlastnické právo z povinného na jinou osobu, nebrání tato skutečnost sama o sobě vyhovění návrhu na nařízení výkonu rozhodnutí zřízením soudcovského zástavního práva na dotčenou nemovitost.“ Rozhodovací praxe Nejvyššího soudu je v tomto směru konzistentní (srov. usnesení ve věci sp. zn. 21 Cdo 1961/2000, či usnesení ve věci sp. zn. 21 Cdo 182/2000). Poslední z uvedených usnesení bylo publikováno ve Sbírce rozhodnutí a stanovisek pod Rc 55/2001 a je pozoruhodné i snahou o řešení kolize dvou probíhajících řízení – řízení o zřízení soudcovského zástavního práva a řízení o vkladu vlastnického práva do katastru nemovitostí ve prospěch osoby odlišné od povinného. Nejvyšší soud shrnul svoje závěry do části právní věty s textem: „Převede-li povinný nemovitost smluvně na jiného a vzniknou-li na základě pravomocného rozhodnutí o povolení vkladu jeho

právní účinky v době před podáním návrhu na nařízení tohoto výkonu rozhodnutí, je předpoklad pro nařízení výkonu rozhodnutí zřízením soudcovského zástavního práva na nemovitostech spočívající v tom, aby bylo prokázáno, že nemovitost je ve vlastnictví povinného (§ 338b odst. 1 OSŘ), splněn tehdy, dojde-li k zápisu vkladu vlastnického práva pro nabyvatele do katastru nemovitostí až po zahájení řízení o výkon rozhodnutí.“

3. SOUČASNÁ REGULACE SOUDCOVSKÉHO ZÁSTAVNÍHO PRÁVA

Praktické zkušenosti z aplikace pravidel pro zřízení soudcovského zástavního práva (zejména její kusost a výkladové potíže) vedly zákonodárce k přijetí výrazné změny v jeho konstrukci. Stalo se tak zákonem č. 30/2000 Sb., s účinností od 1.1.2001:

ZŘÍZENÍ SOUDCOVSKÉHO ZÁSTAVNÍHO PRÁVA NA NEMOVITOSTECH

§ 338b

(1) Výkon rozhodnutí zřízením soudcovského zástavního práva na nemovitosti může být nařízen, jen když oprávněný přesně označí nemovitost, k níž má být zástavní právo zřízeno, a jestliže listinami vydanými nebo ověřenými státními orgány nebo notářem doloží, že nemovitost je ve vlastnictví povinného. O tom, že byl podán návrh na nařízení výkonu rozhodnutí zřízením soudcovského zástavního práva na nemovitosti, soud vyrozumí příslušný katastrální úřad.

(2) Pro nařízení výkonu rozhodnutí zřízením soudcovského zástavního práva je rozhodující stav v době zahájení řízení.

§ 338c

(1) Nařízení výkonu rozhodnutí zřízením soudcovského zástavního práva se vztahuje na nemovitost se všemi jejími součástmi a příslušenstvím.

(2) Zřízení soudcovského zástavního práva se zaznamenává podle zvláštních předpisů do katastru nemovitostí.

§ 338d

(1) Pro pořadí soudcovského zástavního práva k nemovitosti je rozhodující den, v němž k soudu došel návrh na zřízení soudcovského zástavního práva; došlo-li několik návrhů ve stejný den, mají zástavní práva stejné pořadí. Bylo-li však pro vymáhanou pohledávku již dříve zřízeno zákonné nebo smluvní zástavní právo, řídí se pořadí soudcovského zástavního práva pořadím tohoto zástavního práva.

(2) Pro pohledávky, pro něž bylo zřízeno soudcovské zástavní právo, lze vést výkon rozhodnutí prodejem nemovitosti přímo i proti každému pozdějšímu vlastníku nemovitosti, který ji nabyt smluvně.

§ 338e

(1) Při výkonu rozhodnutí zřízením soudcovského zástavního práva k nemovitosti se nepoužijí ustanovení § 263 až 266, § 267a a § 268 odst. 1 písm. e). Ustanovení § 268 odst. 1 písm. g) lze použít jen tehdy, zaniklo-li právo rozhodnutím přiznané před podáním návrhu na nařízení tohoto výkonu rozhodnutí.

(2) Byl-li výkon rozhodnutí zřízením soudcovského zástavního práva pravomocně zastaven, zástavní právo tím od počátku zaniká. V případě, že byl pravomocně zastaven jen částečně, platí, že byl od počátku nařízen pro pohledávku jen v takové výši, kolik činí po zastavení výkonu rozhodnutí.

(3) Usnesení o zastavení nebo o částečném zastavení výkonu rozhodnutí soud zašle po právní moci příslušnému katastrálnímu úřadu.

V důvodové zprávě k zák. č. 30/2000 Sb. sice zákonodárce uznal, že nejde o způsob výkonu rozhodnutí, který by směřoval přímo k uspokojení pohledávky oprávněného, že se jedná o zajištění vymáhané pohledávky, ponechal - z důvodu zachování systematiky zákona - jeho dosavadní pojetí. Obdobně jako výkon rozhodnutí prodejem nemovitosti může být výkon rozhodnutí zřízením soudcovského zástavního práva nařízen, jen když oprávněný přesně označí nemovitost, k níž má být zástavní právo zřízeno, a jestliže listinami vydanými nebo ověřenými státními orgány, popřípadě též veřejnými listinami notáře doloží, že nemovitost je ve vlastnictví povinného; pro nařízení tohoto výkonu rozhodnutí je rozhodující stav v době zahájení řízení. Navrhovatelem může být sám oprávněný (což je typické), či podle § 66 odst. 6 zák. č. 120/2001 Sb., o soudních exekutorech a exekuční činnosti, též jeho jménem exekutor pověřený provedením exekuce. O tom, že byl podán návrh na nařízení výkonu rozhodnutí zřízením soudcovského zástavního práva, soud vyrozumí příslušný katastrální úřad (resp. jeho pracoviště), který o zahájení vykonávacího řízení zapíše do katastru nemovitostí poznámku (§ 9 zákona č. 265/1992 Sb., o zápisech vlastnických a jiných věcných práv k nemovitostem, ve znění pozdějších předpisů). Důvod tohoto postupu je zřejmý: každý, kdo by chtěl koupit nebo jinak získat do vlastnictví nemovitost, u které byl navržen výkon rozhodnutím zřízením soudcovského zástavního práva, popřípadě k ní smlouvou zřídit zástavní právo, může zjistit tuto skutečnost z katastru nemovitostí a s hmotněprávními následky (pořadí soudcovského zástavního práva se zásadně řídí podle dne, v němž došel soudu návrh na jeho zřízení) s ní spojenými uvažovat. Podle přechodných ustanovení k zák. č. 30/2000 Sb. měl soud povinnost vyrozumět katastrální úřad do 15 dnů ode dne nabytí jeho účinnosti o podaném návrhu.

Soudcovské zástavní právo se zřizuje právní mocí usnesení o nařízení výkonu rozhodnutí a vztahuje se na nemovitost se všemi jejími součástmi a příslušenstvím. Zřízení soudcovského zástavního práva se zapisuje do katastru nemovitostí záznamem (§ 7 zákona č.

265/1992 Sb., o zápisech vlastnických a jiných věcných práv k nemovitostem, ve znění pozdějších předpisů). Okamžik vzniku plně koresponduje současné hmotně právní úpravě podle § 160 odst. 1 obč. zákoníku.

Věcně právní povaha zástavního práva je i nadále vyjádřena možností výkon rozhodnutí prodejem nemovitosti přímo i proti každému pozdějšímu vlastníku nemovitosti, který ji nabyt smluvně. Nepochybně platí tento princip i proti jiným právním nástupcům původního vlastníka, např. dědicům.

Soudní praxe si postupně osvojuje novelizovanou právní úpravu (např. usnesení Nejvyššího soudu ve věci sp. zn. 20 Cdo 1905/2001). Přitom správně chápe podstatu soudcovského zástavního práva, jako zvláštního způsobu exekuce, kdy zvláštnost spočívá v tom, že zřízením tohoto zástavního práva nedochází k postižení majetku povinného; takto zřízené zástavní právo plní jen funkci zajišťovací. Po vzniku soudcovského zástavního práva, chce-li oprávněný bezprostředně dosáhnout uspokojení jeho pohledávky, musí učinit další právní úkony vedoucí k uspokojení jeho pohledávky z výtěžku zpeněžení zástavy. Pohříchu, této

konstrukci nekorespondují ustanovení § 338e odst. 2 a 3 obč. soudního řádu. Je třeba důsledně brát v úvahu, že právní mocí usnesením o zřízení soudcovského zástavního práva je řízení ukončeno a již ho nelze zastavit. Zánik soudcovského zástavního práva je třeba plně podřídít režimu § 170 obč. zákoníku.

ZÁVĚREM

Analýzou podstaty a funkcí soudcovského zástavního práva lze dospět ke zjištění, že ač je tento institut zařazen v části VI. obč. soudního řádu, nesplňuje základní roli způsobů výkonu rozhodnutí, protože nevede k uspokojení oprávněného, nedochází k přímému poškození majetku povinného. Je proto třeba oprostít se od úvah inspirovaných systematickým zařazením jeho právní úpravy a důsledně respektovat jeho hmotně právní důsledky. V tomto smyslu vede zřízení soudcovského zástavního práva k zajištění existující pohledávky, jde tedy o jeden ze způsobů zřízení zástavního práva. Použité adjektivum „soudcovské“ jen dokládá, že k jeho vzniku vedlo rozhodnutí soudu.

Kontaktní údaje na autora – email:

josef.fiala@law.muni.cz

LES LIMITES DU DROIT AU MARIAGE DANS LE DROIT ROUMAIN ET DANS LE DROIT FRANÇAIS

ALIN-GHEORGHE GAVRILESCU

La Faculté de Sciences Juridiques, L'Université „Constantin Brâncuși” de Targu-Jiu,
département de Gorj, Roumanie

Abstract

Le droit au mariage n'a pas un caractère absolu, mais il connaît certaines limites qui découlent de la nécessité de l'accomplissement de certaines conditions établies pour la conclusion valable du mariage. Ces conditions ne sont pas de nature à restreindre l'exercice du droit au mariage, de manière qu'il soit vidé de son propre contenu, mais elles représentent des éléments constitutifs du mariage, qui ne sera pas licite dans le cas de leur usurpation. Les limites du droit de conclure le mariage concernent le manque de la différenciation de sexe, l'impossibilité de la conclusion du mariage par une personne qui est déjà mariée ou par des personnes entre lesquelles il y a des rapports de parenté naturelle ou adoptive.

1. NOTIONS INTRODUCTIVES

L'un des droits fondamentaux dont l'être humain se réjouit est le droit de se marier. L'exercice de ce droit conduit à la réalisation d'un autre droit fondamental reconnu à la personne, respectivement le droit de se fonder une famille. Le droit au mariage et le droit de se fonder une famille se trouvent en étroite relation, parce que le deuxième est d'habitude analysé, en tant que corollaire du premier¹. La conclusion d'un mariage² occupe la place centrale dans la constitution d'une famille, mais il ne signifie pas que le droit de se fonder une famille est conditionné par le droit au mariage³.

La création d'une famille par mariage est réglementée par l'article no. 12 de la Convention pour la défense des droits de l'homme et des libertés fondamentales⁴ qui prévoit le fait qu'à

¹ J. Velu, R. Ergéc, *La Convention européenne des droits de l'homme*, Bruylant, 1990, p. 576.

² Le mariage est l'acte juridique solennel, conclu par le plein libre accord de deux personnes qui accomplissent les conditions demandées par la loi pour pouvoir se marier; à l'entremise de cet acte, elles établissent, d'un commun accord de vivre ensemble, en fondant une famille et en se soumettant à un statut légalement préétabli. Le mariage est l'expression de la liberté individuelle de chacun d'entre les futurs mariés, qui ont non seulement le droit, mais aussi la pleine liberté de décider, d'une partie, de se marier (en ayant aussi la pleine liberté de refuser la conclusion du mariage) et de l'autre partie, d'épouser l'un l'autre. Etant donné le fait que le mariage est un acte fondamental pour chacun d'entre les futurs mariés, il est bien normal qu'ils aient une pleine liberté pour prendre une décision à l'égard de sa conclusion. La volonté des futurs mariés joue, donc, le rôle décisif à l'égard de la réalisation du mariage, qui sera conclu par leur plein libre accord, sans qu'aucun facteur extérieur n'influence leur décision. A la conclusion du mariage, la liberté assure une vie commune solide et elle représente une garantie de la réalisation du but pour lequel ce mariage a été conclu, c'est-à-dire la création d'une famille. Par ailleurs, au moment où à la conclusion du mariage, le plein libre accord des futurs mariés manque, on ne peut pas parler d'un mariage valablement conclu.

³ C. Bârsan, *La Convention européenne des droits de l'homme, Commentaire par article, Vol. I, Droits et libertés*, La maison d'Édition C.H. Beck, Bucarest, 2005, p. 856.

⁴ Adoptée à Rome, le 4 novembre 1950 la Convention a été amendée par le Protocole no. 3 entré en vigueur le 21 septembre 1970, le Protocole no. 5 entré en vigueur le 20 décembre 1971 et le Protocole no. 8 entré en vigueur le 1 janvier 1990 et complété par le Protocole no. 2 et le Protocole no. 11 entré en vigueur le 1 novembre 1998. La

partir de l'âge établi par loi, l'homme et la femme ont le droit de se marier et de se fonder une famille, en conformité avec la législation nationale, qui régit l'exercice de ce droit. Les prévoyances de l'article no. 12 de la Convention ont leur origine dans l'article no. 16, premier paragraphe de la Déclaration Universelle des Droits de l'Homme, qui dispose qu'à partir de l'atteinte de l'âge légal, l'homme et la femme ont le droit de se marier et de se fonder une famille, sans aucune restriction concernant la race, la nationalité ou la religion. Les deux droits sont consacrés aussi par l'article no. 23 du Pacte international à l'égard des droits civils et politiques⁵ qui, après avoir donné la définition de la famille en tant qu'élément naturel et fondamental de la société et après avoir montré qu'elle devait bénéficier de protection de la part de la société et de l'Etat, établissait que le droit de se marier et de se fonder une famille était reconnu à l'homme et à la femme à partir de l'âge nubile.

2. LA CAPACITÉ DE CONCLURE LE MARIAGE

2.1 LA SITUATION DE LA PERSONNE MAJEURE

Le mariage est un acte juridique qui doit être conclu entre deux personnes capables d'exprimer une volonté consciente, de comprendre sa signification et de s'assumer personnellement et librement l'état de mariage (le statut légal des maris). Pour que les futurs époux puissent se rendre compte de l'importance de l'acte qu'ils concluent et des conséquences qui en découlent, mais aussi pour qu'ils puissent exprimer un accord conscient qui assure la formation valable du mariage, la loi établit un âge minimum à partir duquel le mariage peut être conclu. L'âge minimum au mariage, appelé aussi âge matrimonial (de matrimonium), l'âge légal au mariage ou l'âge de la puberté légale coïncide, d'habitude, à l'âge du majorat civil, à partir duquel une personne physique devient pleinement capable de participer à la vie juridique, en concluant personnellement et toute seule tout acte juridique qui ne soit pas interdit par la loi. Par exception, le mariage peut être valablement conclu aussi par des personnes qui n'ont pas accompli cet âge, si certaines conditions établies par la loi sont accomplies.

Dans le droit roumain, l'âge de la majorité est réglementé par l'article no 8, l'alinéa no. 2 du Décret no. 31/1954 concernant les personnes physiques et les personnes juridiques qui montrent que la personne devient majeure à l'âge de 18 ans. Le législatif français considère que c'est le même âge celui à partir duquel l'homme est capable de tous les actes de la vie civile, établissant dans l'article no. 488, l'alinéa no. 1 C. civ. fr. que la majorité est fixée à 18 ans accomplis.

Dans le droit roumain antérieur à l'entrée en vigueur de la Loi no. 288/2007⁶ pour la modification et le complètement de la Loi no. 4/1953-le Code de la famille, les dispositions de l'article no. 4 l'alinéa no.1 le Code de la famille faisaient la distinction entre la capacité matrimoniale de l'homme et celle de la femme, en fixant à 18 ans l'âge à partir duquel l'homme pouvait se marier et à 16 ans accomplis l'âge à partir duquel la femme pouvait se marier

Roumanie a ratifié la Convention par la Loi no. 30/1994 publiée dans le «Moniteur officiel de la Roumanie», première partie, no. 135 de 31. 05. 1994.

⁵ Adopté par l'Assemblée Générale de l'Organisation des Nations Unies le 16. 12. 1966, ratifié par la Roumanie par le Décret du Conseil d'Etat no. 212/1974 publié dans le «Bulletin officiel» no. 146 de 20. 11. 1974

⁶ Publiée dans le «Moniteur officiel de la Roumanie», première partie, no. 749/5. 11. 2007

Le législatif a considéré qu'à partir de ces âges, les futurs époux ont tant la maturité psychique nécessaire pour exprimer un accord conscient à la conclusion du mariage et pour être en mesure de s'assumer les droits et les obligations que sa conclusion génèrent, mais aussi l'aptitude physique pour le mariage, en arrivant à l'âge de la puberté⁷. En même temps avec la modification et le complètement du Code de la famille par la Loi no. 288/2007 le législatif a fixé dans l'article no. 4 l'alinéa no. 1 du Code de la famille l'âge minimum de mariage à 18 ans, tant pour l'homme, que pour la femme, en faisant de manière qu'on applique le principe constitutionnel de la pleine égalité entre l'homme et la femme dans le domaine de l'âge matrimonial aussi. Le même âge est demandé par les prévoyances de l'article no. 144 du Code civil français qui dispose que l'homme et la femme ne peuvent pas conclure le mariage avant d'avoir accompli l'âge de 18 ans. Donc, à partir du moment où l'homme et la femme deviennent majeurs, en ayant une pleine capacité d'exercice, à l'âge de 18 ans, ils ont la liberté de se marier sans avoir besoin d'une autorisation de la partie de leurs parents ou de toute autre personne et même malgré leur volonté.

En établissant l'âge minimum du mariage à 18 ans tant pour les hommes que pour les femmes, les deux législations respectent les prévoyances de l'article no. 2 de la Convention de New York, à l'égard de l'accord au mariage, l'âge minimum pour le mariage et l'enregistrement des mariages⁸ qui précise que les Etats participants à cette convention prendront les mesures législatives nécessaires pour préciser un âge minimum pour le mariage, mais aussi les règlements internationaux qui consacrent l'égalité des époux à l'égard leur droits à la conclusion du mariage, pendant le mariage et au divorce⁹.

Dans le cas où on ne respecterait pas les règlements légaux qui limitent le droit au mariage par l'établissement d'un âge minimum à partir duquel le mariage peut être conclu et on réaliserait un mariage avant d'avoir accompli l'âge matrimonial, celui-ci serait caractérisé par la nullité absolue. (l'article no. 19 du Code de la famille et l'article no. 184 du Code civil français)

2.2 LA SITUATION DE LA PERSONNE MINEURE

2.2.1 PRECISIONS PRÉALABLES.

Dans le droit roumain antérieur à la modification et au complètement du Code de la famille par la Loi no. 288/2007 le mariage pouvait être conclu avant que seule la femme eut atteint la

⁷ T. R. Popescu, *Le Droit de la famille. Traité.* vol. I, Bucarest, La Maison D'Édition Didactique et Pédagogique, 1965, p. 110; I. P. Filipescu, *Traité du droit de la famille.*, Édition V-ème, la Maison d'Édition All Beck, Bucarest, 2000, p. 16.

⁸ La Convention concernant le consentement au mariage, l'âge minimum pour le mariage et l'enregistrement des mariages a été adoptée à l'Assemblée générale de L'Organisation des Nations Unies le 10 décembre 1962 et elle a été ratifiée par la Roumanie par la Loi no. 116/1992, publiée dans le «Moniteur officiel de la Roumanie», première partie, no. 330 de 24. 12. 1992 mais en ayant la réserve suivante inscrite dans l'article no. 2 de cette loi: „ La Roumanie n'appliquera pas les dispositions du paragraphe no. 2 de l'article no. 1 de la convention à l'égard de la célébration du mariage en l'absence de l'un d'entre les futurs époux.”

⁹ Conformément à l'article no.16 le paragraphe no. 1 de la Déclaration Universelle des Droits de l'Homme adoptée à l'Assemblée générale de l'Organisation des Nations Unies le 10.12. 1948 l'homme et la femme ont des droits égaux à la conclusion du mariage, pendant le mariage et au divorce. Par ailleurs, l'égalité des droits des époux à l'égard du mariage, pendant le mariage et au divorce résulte aussi des prévoyances de l'article no. 23 le paragraphe 4 du Pacte international concernant les droits civils et politiques et des prévoyances du paragraphe no. 1 du Préambule de la Convention concernant le consentement au mariage, l'âge minimum pour le mariage et l'enregistrement des mariages.

majorité. Les dispositions de l'article no. 4, le Code de la famille faisaient la distinction entre la femme qui a accompli l'âge de 16 ans qui pouvaient se marier sans avoir besoin de consentement et celle qui a accompli l'âge de 15 ans pour le mariage de laquelle, l'article no.4, l'alinéa no. 2 du Code de la famille exigeait le consentement du Président du Conseil du Département où la femme avait son domicile ou, selon le cas, celui du Maire général du municipe de Bucarest, si la petente habitait à Bucarest; le consentement était donne s'il y avait de bonnes raisons qui justifiassent la conclusion du mariage, en même temps avec un avis donné par un médecin officiel qui attestât l'état de santé de la femme. De ce point de vue, le Code de la famille roumain contenait des prévoyances distinctes par rapport à celles contenues par l'article no. 184 du Code civil français, qui statue le fait que les mineurs ne peuvent pas contracter un mariage sans avoir le consentement du père et de la mère. Après l'entrée en vigueur de la Loi no. 288/2007 on a donné la possibilité tant à la femme qu'à l'homme aussi, de se marier avant d'avoir accompli l'âge de 18 ans, l'article no. 4, l'alinéa no. 2 du Code de la famille disposant, sans faire aucune distinction, que le mineur qui a accompli l'âge de 16 ans¹⁰, pouvait se marier, ayant un avis médical, s'il y avait de justes raisons, en ayant aussi le consentement de ses parents ou selon le cas, celui de son tuteur et avec l'autorisation de la direction générale d'assistance sociale et la protection de l'enfant du territoire où il avait son domicile¹¹. Par l'adoption de la Loi no. 288/2007 on a éliminé la

¹⁰ Un mineur qui a accompli l'âge de 16 ans est tant la personne qui a une capacité restreinte d'exercice, mais aussi la personne mineure qui, en obtenant par mariage la pleine capacité d'exercice à la base de l'article no. 8, l'alinéa no. 3 du Décret no. 31/1954, garde cette capacité après le moment où le mariage qu'il avait conclu cesse, suite au décès de l'autre mari ou le mariage a été rompu pendant la période où il est encore mineur. On a montré que dans le cas du mineur dont le mariage a cessé ou dont il a été annulé, qui a gardé sa pleine capacité d'exercice et qui désire se marier, les prévoyances de l'article no. 4, l'alinéa no. 2-4 du Code de la famille ne sont plus incidentes, en proposant que, dans un futur règlement, l'article no. 4, l'alinéa no. 2 du Code de la famille soit reformulé, de manière qu'il fasse référence seulement au «mineur ayant une capacité restreinte d'exercice» (T. Bodoaşcă, *Contributions à l'étude des exigences légales concernant l'âge minimum pour la conclusion du mariage*, dans le Courriel Judiciaire, no. 2/2008, p. 53 et la suivante). En ce qui nous concerne, nous n'embrassons pas cette proposition de *loi ferenda*, car une telle inégalité de traitement conduirait, dans l'hypothèse où les deux époux sont mineurs, mais seulement l'un a la pleine capacité d'exercice qu'il a gardée après la cessation ou l'annulation du mariage antérieur, à l'usurpation du principe réglementé tant sur le plan international, que dans le droit intérieur, que l'homme et la femme ont des droits égaux à l'égard de la conclusion du mariage. De plus, il résulte des prévoyances de l'article no 4, l'alinéa no. 1 du Code de la famille qu'un mariage peut être conclu, sans avoir besoin d'un consentement ou d'une autorisation, dès la date où les futurs époux ont accompli l'âge minimum de mariage de 18 ans, date depuis laquelle ils deviennent majeurs. Et le fait que le mineur a obtenu la pleine capacité d'exercice par la conclusion du mariage ne signifie pas qu'il devient majeur, parce que, conformément à l'article no. 8, l'alinéa no. 2 du Décret no. 31/1954, la personne devient majeure au moment où elle accomplit l'age de 18 ans. De l'autre partie, il n'est pas moins vrai le fait que, suite à la conclusion du mariage par le mineur qui a accompli l'âge de 16 ans, il peut participer librement à la vie juridique, en devenant de la même manière qu'une personne majeure, capable à acquérir et à exercer des droits, respectivement à s'assumer et à exécuter des obligations, en concluant personnellement et tout seul tous les actes permis par la loi. C'est d'ailleurs la raison principale pour laquelle le législatif a établi dans l'article no. 8, l'alinéa no. 3 du décret no. 31/1954 que le mineur qui se marie obtient la pleine capacité d'exercice. Par rapport à ce qu'on a montré, on pense que les dispositions de l'article no. 8, l'alinéa no. 3 du Décret no. 31/1954 devraient être révisées par rapport aux dispositions de l'article no. 4 du Code de la famille et qu'il ne devrait pas faire l'inverse, et qu'on devrait prévoir dans un futur règlement le fait que le mineur perdra temporairement la capacité obtenue par mariage, dans le cas où jusqu'à l'atteinte de la majorité, le mariage cesserait ou il serait annulé.

¹¹ Ces prévoyances par lesquelles on institue une spéciale capacité matrimoniale restreinte (Voir F. A. Baias, M. Avram, C. Nicolescu, Les modifications apportées au *Code de la famille par la Loi no. 288/2007*, la Revue „Le Droit” no. 3/2008 p. 11.) pour le mineur ayant l'âge de 16 ans accomplis, font référence tant à la femme qu'à l'homme aussi, parce que si le législatif avait eu en vue seulement la femme qui a accompli l'âge de 16 ans, il l'aurait clairement prévu, en maintenant les dispositions de l'ancien règlement. De plus, l'égalité en droits à la

possibilité que la femme qui avait accompli l'âge de 15 ans, eut pu se marier en ayant l'accord préalable donné dans les conditions présentées ci-dessus. En même temps, la Loi no. 288/2007 complète les anciennes prévoyances de l'article no. 4 du Code de la famille par certains nouveaux éléments à l'égard des conditions où le mineur qui a accompli l'âge de 16 ans peut conclure le mariage. Ainsi celui-ci, peut-il se marier seulement si les conditions suivantes sont accomplies:

- Il y a de justes raisons¹²;
- Il y a un avis médical¹³;
- Il y a le consentement de ses parents ou selon le cas, celui de son tuteur;
- Il y a l'autorisation de la Direction générale d'assistance sociale et la protection de l'enfant sur le territoire où il a son domicile.

2.2.2 L'APPROBATION DU MARIAGE DU MINEUR

2.2.2.1. Les personnes autorisées à approuver le mariage du mineur

a) la situation de l'approbation du mariage par les deux parents

Etant donné le fait que l'article no. 4 l'alinéa no. 2 du Code de la famille exige qu'il y ait le consentement des parents pour le mariage du mineur, sans faire aucune distinction, il en résulte que les deux parents vont donner leur accord au mariage de leur enfant mineur, qui a accompli l'âge de 16 ans, même s'ils sont des parents naturels ou adoptifs, et sans faire aucune distinction concernant leur qualité d'époux¹⁴, s'il vivent ensemble ou ils sont séparés

conclusion du mariage, consacrée par la loi roumaine, en accord avec les dispositions des actes normatifs internationaux à l'égard de futurs époux majeurs, doit exister aussi dans le cas où ceux qui veulent se marier n'ont pas accompli l'âge de 18 ans.

¹² Cette condition était aussi demandée antérieurement à l'adoption de la Loi no. 288/2007 pour le consentement du mariage de la femme mineure ayant l'âge de 15 ans accomplis. Dans le silence de la loi on peut considérer de fortes raisons qui justifient la conclusion du mariage avant avoir atteint la majorité, des circonstances telles que l'état gravidité de la future épouse, l'accouchement d'un enfant etc.

¹³ Cette exigence était aussi réglementée avant l'entrée en vigueur de la Loi no. 288/2007. De cette manière, au fondement de l'article no. 4, l'alinéa no. 2 le Code de la famille, le consentement au mariage était donné si, avec les justes raisons, il y avait aussi un avis donné par un médecin officiel. Le règlement actuel exige qu'il y ait un avis médical, qui va être donné par le médecin de famille. L'avis médical doit attester l'état de santé du mineur qui désire se marier, sa capacité d'entretenir des relations sexuelles normales, mais aussi le fait qu'il est capable, du point de vue psychique et intellectuel d'exprimer un consentement valable au mariage et de pouvoir surmonter les obligations qui reviennent à chacun d'entre les époux pendant le mariage. De la même manière, on a montré dans la doctrine que l'avis médical devait constater que la personne en cause était capable du point de vue psychique, intellectuel, physique et sexuel de faire face aux tâches du mariage et premièrement d'exprimer un consentement valable au mariage (Voir T. Bodoaşcă, *Le Droit de la famille*, La maison d'Édition All Beck, Bucarest, 2005, p. 74-75), ou qu'il devrait attester l'état de santé de celui en cause, le degré de maturité physiologique, physique et intellectuelle qui lui permette de s'assumer les devoirs spécifiques pour un mariage et toutes ses conséquences (y compris l'accouchement des enfants), mais aussi l'expression d'un consentement au mariage et si c'est le cas, de certifier aussi l'existence de certaines justes raisons, telles que: l'état de gravidité de la future épouse. (Voir F. A. Baias, M. Avram, C. Nicolescu, *œuvres citées*, p. 13-14).

¹⁴Dans le cas où le mariage est rompu, on perd la qualité de mari, mais on garde celle de parent, de manière que, par rapport aux prévoyances de l'article no. 4, l'alinéa no. 2 du Code de la famille, qui demandent l'approbation des parents de l'enfant sans distinguer s'ils sont mari et femme ou anciens époux, on soulève la question si dans

en fait. La seule condition pour que les deux parents consentent au mariage est que l'enfant respectif ait établie l'affiliation envers sa mère et envers son père aussi.

Dans le contexte où la loi roumaine ne prévoit clairement, on soulève le problème de savoir quelle est solution applicable dans la situation où entre les parents il y a des dissensions, c'est à dire l'un d'entre eux refuse à consentir à la conclusion du mariage, ou dans la situation où les deux parents refusent d'exprimer leur accord à l'égard de la conclusion du mariage. Une telle solution est réglementée, pour l'hypothèse où l'un d'entre les époux refusent à consentir à la conclusion du mariage, par les dispositions de l'article no. 148 du Code civile français, qui montrent que, dans le cas du désaccord entre le père et la mère, l'incompréhension entre les deux est considérée consentement. La loi française ne fait aucune référence à l'égard du cas où les deux parents refuseraient de consentir au mariage de leur enfant mineur¹⁵. Etant

le cas de la scission de la protection parentale suite au divorce, le mariage du mineur doit être approuvé par les deux parents ou il suffit d'avoir l'approbation du parent auquel l'enfant a été confié, dans les conditions de l'article no 42 du Code de la famille. La même question est posée dans la situation où le mariage a été rompu, et l'enfant a été confié à l'un d'entre les parents, mais aussi dans le cas où l'enfant du dehors le mariage a établi sa filiation envers les deux parents et il a été confié à l'un d'entre eux. La cessation du mariage produit des effets à l'égard de l'exercice de la protection parentale, l'article no. 24, l'alinéa no. 2 du Code de la famille établissant que dans le cas de la déclaration de la nullité ou de l'annulation du mariage on appliquera par ressemblance les dispositions prévues au divorce en ce qui concerne les droits et les obligations d'entre les parents et les enfants. De la même manière, dans le cas où l'enfant du dehors du mariage a établi sa filiation envers les deux parents, alors, conformément à l'article no.65 Code de la famille, sa confiance et la contribution des parents aux frais d'élévation, éducation, enseignement et préparation professionnelle seront décidés par l'instance, en appliquant par ressemblance les dispositions de l'article no. 42 et les conséquences du Code de la famille. Dans toutes ces situations, le législatif établit dans l'article no. 43 l'alinéa no. 1 du Code de la famille la règle conformément à laquelle le parent auquel on a confié l'enfant exerce les droits parentaux à l'égard de celui-ci. Ayant en vue ces prévoyances dans la littérature juridique, on a montré qu'on pouvait conclure le mariage ayant seulement l'approbation du parent auquel l'enfant¹⁴ a été confié. En ce qui nous concerne, on pense que la scission de la protection parentale suite au divorce est de nature à produire des modifications sur la manière d'exercer les droits et d'accomplir les obligations parentales, sans déterminer la cessation des droits et des obligations parentales de n'importe lequel d'entre les parents. D'ailleurs, en lisant les dispositions de l'article no. 5 l'alinéa no. 2 et celles de l'article no.31 de la Loi no.272/2004 il résulte que la responsabilité pour assurer l'élévation et le développement de l'enfant revient, d'abord à ses deux parents (l'article no. 5, l'alinéa no. 2 et l'article no. 31 de la loi), sans faire distinction entre les situations où les parents de l'enfant ont aussi la qualité d'époux où ils ont perdu cette qualité, suite à leur divorce, ou ils n'ont jamais eu de qualité d'époux, puisqu'ils n'ont pas été mariés, ou bien qu'ils aient été mariés, le mariage respectif a été rompu. Par conséquent, si les parents sont également responsables pour l'élévation et l'assurance du développement de l'enfant, sans faire aucune distinction, alors, on doit leur reconnaître les mêmes droits, à l'égard de l'enfant, sans faire aucune distinction. C'est vers la même solution que les prévoyances de l'article no. 97, l'alinéa no. 1 du Code de la famille, conduisent; en conformité avec ces prévoyances les deux parents ont les mêmes droits et devoirs envers leurs enfants mineurs, sans tenir compte s'ils sont du mariage, du dehors du mariage ou s'ils sont adoptés. Donc, le texte consacre d'une part l'égalité de l'enfant adopté et celle du celui du dehors le mariage avec celui du mariage et de l'autre part, l'égalité des parents à l'égard des droits et des obligations parentales sans faire aucune distinction entre la situation où l'enfant est élevé près de ses deux parents ou il a été confié à l'un d'entre ses parents. . Par rapport à ce qu'on a montré, on considère que les deux parents devraient approuver le mariage de leur enfant mineur, même dans le cas où la protection parentale est scindée et l'enfant est confié à l'un d'entre eux.

¹⁵ Des règlements concernant l'hypothèse où les parents ou l'un d'entre les parents refusent d'approuver le mariage de leur enfant mineur, on en rencontre aussi dans le Code civil belge, dont les dispositions établissent que si le père et la mère ou l'un d'entre les deux refusent d'approuver le mariage, l'instance judiciaire (le tribunal) prendra une décision, en ayant la possibilité d'autoriser la conclusion du mariage, si elle apprécie que le refus est abusif, non justifié (l'article no. 148 l'alinéa no. 3 et 4), c'est -à dire, de la manière où on a montré dans la littérature juridique belge, ce refus est contraire à l'intérêt de l'enfant (Voir *Précis de droit de la famille*, par les membres de L'unité de droit familial du Centre de droit privé de L' Université Libre de Bruxelles, sous la direction d' A.-C. Van Gysel, Bruylant, Bruxelles, 2004, p.176).

donné le manque d'une prévoyance précise, dans la littérature juridique française on a souligné que le refus des parents de consentir au mariage était un droit absolu, qui ne peut pas faire l'objet d'une action en justice, car il s'agit d'un attribut de l'autorité parentale¹⁶. En revenant au droit roumain, on pense que pour l'hypothèse où les deux parents refusent à donner leur accord pour le mariage on devrait adopter, dans un futur règlement, la solution prévue par l'article no. 13 de la Loi no. 273/2004 concernant le régime juridique de l'adoption¹⁷, conformément auquel l'instance peut passer exceptionnellement, sur le refus des parents naturels de consentir à l'adoption de l'enfant, si on prouve, par toute sorte de preuve, qu'ils refusent abusivement à consentir à l'adoption de l'enfant et si l'instance apprécie que l'adoption est réalisée pour l'intérêt supérieur de l'enfant. Dans le cas où seul un parent refuse de consentir au mariage de son enfant mineur, c'est toujours l'instance judiciaire celle qui va décider, si on accepte que l'approbation du mariage de l'enfant mineur est un droit parental, parce que, conformément à l'article no. 31, l'alinéa no. 3, de la Loi no. 272/2004 concernant la protection et la promotion des droits de l'enfant¹⁸, dans le cas de l'existence des incompréhensions entre les parents à l'égard de l'exercice des droits et de l'accomplissement des obligations parentales, l'instance judiciaire, après avoir écouté les deux parents, décide en conformité avec l'intérêt supérieur de l'enfant.

b) la situation de l'approbation du mariage par un seul parent

En conformité avec l'article no. 4 l'alinéa no. 3 du Code de la famille, l'approbation de l'un d'entre les parents est suffisante pour la conclusion du mariage par son enfant mineur ayant accompli 16 ans, si l'autre parent est décédé ou il se trouve en impossibilité de manifester sa volonté.¹⁹ Les prévoyances du texte cité sont identiques aux prévoyances de l'article no. 149 l'alinéa no. 1 du Code civil français.

¹⁶ J. Carbonnier, *Droit civil. Introduction. Les personnes. La famille, l'enfant, le couple*, Presses Universitaires de France, Paris, 1955, 1956, Quadrige, 2004, p.1178; F. Terré, D. Fenouillet, *Droit civil. Les personnes. La famille. Les incapacités*, Éditions Dalloz, Paris, 2005, p. 323; C. Renault-Brahinsky, *Droit de la famille*, 6^e édition, Gualino éditeur, Paris, 2006, p 86;

¹⁷ Publiée dans le «Moniteur officiel de la Roumanie », première partie, no.. 557 de 13. 06. 2004.

¹⁸ Publiée dans le „Moniteur officiel de la Roumanie”, première partie, no. 557 de 13. 06. 2004.

¹⁹ Ces situations où le droit d'approuver le mariage du mineur sont exercées par un seul parent sont aussi prévues par l'article no. 98 l'alinéa no. 2 Code de la famille, qui, en réglementant l'exercice unilatéral de la protection parentale montre que l'un d'entre les parents exerce tout seul les droits parentaux si l'autre est mort, il est déchu de ses droits parentaux, il est mis sous l'interdiction ou il se trouve dans l'impossibilité de manifester sa volonté, quelle que soit la circonstance. Parce que le droit d'approuver le mariage du mineur est reconnu par la loi au tuteur aussi et l'article no. 40, l'alinéa no. 1 de la Loi no. 272/2004 prévoit que la tutelle est instituée si les deux parents sont décédés, inconnus, déchus de l'exercice des droits parentaux ou on leur a appliqué la punition de l'interdiction des droits parentaux, mis sous l'interdiction, déclarés judiciairement morts ou disparus, on pense que pour l'identité de raisonnement, on aurait du prévoir que le consentement d'un parent est suffisant chaque fois que l'autre se trouve dans l'un de ces cas, mais aussi dans la situation où il se trouve dans l'impossibilité de manifester sa volonté. En l'absence d'une telle prévoyance, il suit à accepter que l'approbation d'un seul parent est suffisant dans le cas où l'autre est décédé, soit que son mort a été physiquement constaté, soit qu'il a été déclaré mort par une décision judiciaire, mais aussi quand il se trouve dans l'impossibilité de manifester sa volonté, soit à cause de son absence physique (il est disparu, malgré que sa disparition ait été déclarée par une décision judiciaire, ou elle constitue seulement un état de fait, il est inconnu, il exécute une punition privative de liberté) soit à cause de son incapacité psychique (tant dans le cas où il est aliéné ou débile mental et il n'a pas de discernement pour se soigner de ses intérêts, de manière que, conformément à l'article no, 142 l'alinéa no. 1 le Code de la famille, il est mis sous interdiction même dans le cas où il est aliéné ou débile mental mais il n'a pas été mis sous interdiction ou il souffre d'une autre maladie psychique ou d'un handicap mental qui le

c) la situation de l'approbation du mariage par le tuteur

Dans l'hypothèse où l'enfant est dépourvu de la protection de ses parents ou si pour protéger ses intérêts on ne peut pas le laisser au soin de ses parents et que la tutelle ait été instituée, le tuteur approuvera le mariage du mineur. Si la tutelle est exercée par le mari et la femme, situation qui peut être possible, conformément à l'article no. 41, l'alinéa no. 1 de la Loi no. 272/2004, et entre eux il y a des incompréhensions à l'égard de l'approbation du mariage du mineur qui se trouve sous la tutelle, alors, de la même manière que dans le cas des parents, l'instance judiciaire décidera, en tenant compte, de l'intérêt supérieur du mineur. De la même manière, on peut annoncer l'instance judiciaire si le tuteur refuse de consentir au mariage du mineur, l'action suivant à être admise si l'instance constatera que le refus est abusif, puisque la conclusion du mariage ne contrevient pas à l'intérêt supérieur de l'enfant.

d) la situation de l'approbation du mariage par la personne ou l'autorité qui a été habilité d'exercer les droits parentaux

Les nouvelles dispositions de l'article no. 4, l'alinéa no. 4 du Code de la famille montrent le fait qu'en l'absence des parents et du tuteur, il est nécessaire d'avoir le consentement de la personne ou de l'autorité qui a été habilitée à exercer les droits parentaux²⁰, respectivement la

met dans l'impossibilité de se manifester la volonté), soit à cause de sa punition (on lui a appliqué la punition complémentaire ou accessoire à l'interdiction des droits parentaux à la base de l'article no. 64 respectivement 71 C. pen., ou il a été déchu de ses droits parentaux à la base de l'article no. 109 Code de la famille et de l'article no. 36 et les suivants de la Loi no. 272/2004) soit grâce à d'autres causes qui résultent des prévoyances légales (comme par exemple le cas réglementé par l'article no. 152 lettre c Code de la famille quand, à cause de la maladie ou pour d'autres raisons, le parent est empêché à accomplir un certain acte au nom du mineur qu'il représente ou dont les actes il approuve).

²⁰ Le Code de la famille, dans son 4-ieme article prévoit le fait que l'approbation pour le mariage peut être donnée par:

- le président du conseil du département, respectivement par le maire du secteur du municipe de Bucarest, dans la situation de l'enfant qu'on n'a pas pu mettre en tutelle et pour lequel l'instance a disposé la mesure du placement. (En conformité avec l'article no. 62 l'alinéa no. 2 de la Loi no. 272/2004 les droits et les obligations parentales dans la situation de l'enfant qu'on n'a pas pu mettre en tutelle et pour lequel l'instance a disposé la mesure du placement sont exercées et respectivement accomplies par le président du conseil du département, respectivement par le maire du municipe du Bucarest);

- la personne, la famille, l'assistant maternel ou le chef du service de type résidentiel qui a reçu l'enfant en placement en régime d'urgence (Si on a disposé la mesure du placement en régime d'urgence, l'article no. 64, l'alinéa no. 3 de la Loi no. 272/2004 établit que l'exercice des droits parentaux est suspendu de droit jusqu'à ce que l'instance décide à l'égard du maintien ou du remplacement de cette mesure et à l'égard de l'exercice des droits parentaux, et pendant la période de la suspension des droits et des obligations parentales à l'égard de l'enfant sont exercées et elles sont accomplies par la personne, la famille, l'assistant maternel ou le chef du service de type résidentiel qui a reçu l'enfant en placement en régime d'urgence

- le président du conseil du département ou par celui local du secteur du municipe de Bucarest, sur le territoire ou la personne ou la famille à laquelle l'enfant a été confié en vue de l'adoption habite (En conformité avec les dispositions de l'article no. 30, l'alinéa no. 2 de la Loi no. 273/2004 le président du conseil du département ou du conseil local du secteur du municipe de Bucarest du territoire où la personne ou la famille à laquelle l'enfant a été confié en vue de l'adoption habite, exerce le droit de représenter l'enfant dans les actes juridiques ou selon le cas, d'approuver les actes qu'il conclut, mais aussi le droit de gérer les biens de l'enfant

- la personne, parenté ou non du mineur, ou l'institution de protection à laquelle il a été confié à l'annulation du mariage dans les conditions de l'article no. 42, l'alinéa no. 2, Code de la famille (conformément à l'article no. 43, l'alinéa no. 2 Code de la famille la personne ou l'institution de protection sociale à laquelle le mineur a été confié aura envers lui seulement les droits et les devoirs qui reviennent aux parents concernant la personne de l'enfant).

personne ou l'institution à laquelle l'enfant a été confié, dans les conditions de la loi. Par rapport à la solution réglementée par notre législation, l'article no. 150 C. civ. fr. établit la règle conformément à laquelle si les deux parents sont décédés ou ils se trouvent en impossibilité de manifester leur volonté, le consentement au mariage sera donné par les grands-parents et si les grands-parents n'existent pas, il sera donné par le conseil de famille.

Dans le cas où la personne ou l'autorité habilitée à exercer les droits parentaux refuse de consentir au mariage, le mineur peut choisir la voie de l'action en justice²¹.

Le non respect de la limitation du droit au mariage, issu de la nécessité de son approbation par les personnes habilitées par la loi fait que le mariage respectif soit atteint par la nullité. Etant donné le fait que l'approbation du mariage du mineur représente un prérogatif issu de la protection/ de l'autorité parentale, fondée sur l'idée de la protection du mineur, le manque de l'approbation du mariage du mineur ne peut attirer que la nullité relative du mariage, qui est une nullité de protection.

2.2.3 L'OBTENTION DE L'AUTORISATION DE LA PARTIE DE LA DIRECTION GÉNÉRALE D'ASSISTANCE SOCIALE ET DE LA PROTECTION DE L'ENFANT DU TERRITOIRE OU IL A SON DOMICILE

En réglementant cette condition, le législatif roumain respecte les prévoyances de l'article no. 2 de la Convention de New York concernant le consentement au mariage, l'âge minimum pour le mariage et l'enregistrement des mariages qui montrent que la dispense d'âge doit être approuvée par l'autorité compétente. Mais ayant en vue le fait que dans le domaine de la protection du mineur, le Code de la famille contient des prévoyances²² dont on peut conclure que le mineur ayant une capacité restreinte d'exercice peut exercer certains actes juridiques avec l'accord préalable des parents et de l'autorité tutélaire, il aurait été indiqué que le législatif restât conséquent à l'égard d'une telle solution et qu'il réglementât la compétence de l'autorité tutélaire d'autoriser la conclusion du mariage du mineur qui a accompli l'âge de 16 ans.

Si les deux époux sont mineurs, chacun présentera au service d'état civil compétent à conclure le mariage, l'autorisation de la Direction générale d'assistance sociale et de la protection de l'enfant du territoire où il a le domicile.

Dans le cas d'un refus de la part de la Direction générale d'assistance sociale et de protection de l'enfant d'autoriser la conclusion du mariage, on pense que le mineur peut s'adresser à l'instance judiciaire compétente²³ qui va décider en tenant compte de son intérêt.

²¹ Si le refus non justifié provient d'une autorité publique on peut formuler contre un tel refus, une action dans le contentieux administratif du tribunal du territoire où le mineur a son domicile. (L'article no. 2 point 1 lettre. d C. proc. civ. et l'article no.10 l'alinéa no. 1 de la Loi no. 554/2004 du contentieux administratif, avec les modifications et les compléments ultérieurs, publiée dans le «Moniteur officiel de la Roumanie» première partie, no. 1154/07. 12. 2004).

²² L'Article no. 105 l'alinéa no. 2 et 3, l'article no. 129 l'alinéa no. 2, l'article no. 133 l'alinéa no. 1 Code de la famille.

²³ Etant donné le fait qu'il s'agit d'un acte d'une autorité publique, le mineur peut adopter la voie de l'action dans le contentieux administratif.

Dans la situation de la conclusion du mariage sans avoir l'autorisation de la Direction générale d'assistance sociale et de protection de l'enfant, la sanction qui intervient est toujours la nullité relative.

2.3 LA SITUATION DE L'INCAPABLE MAJEUR

Dans le droit roumain, l'article no. 9 C. fam. prévoit le fait qu'il est interdit que l'aliéné mentale, le débile mental et que celui qui est têt dépourvu de ses facultés mentales se marie, tant qu'il n'a pas de discernement sur ses faits..

Dans le cas de l'aliéné et du débile mental, leur grave état pathologique, contraire à la finalité du mariage, détermine l'interdiction de leur mariage. L'aliéné et le débile mental sont empêchés de se marier, tant pour des raisons concernant le consentement, car ils ne peuvent pas exprimer un consentement valable, mais aussi pour des raisons d'ordre biologique et social, car ils peuvent naître des descendants malades. Ils ne peuvent se marier non plus pendant leur moment de clarté passagère²⁴, car le mariage ne doit pas être analysé comme un simple acte juridique dont la validité dépend seulement de l'existence d'un moment de raisonnement au moment où il a fini. Le mariage suppose des relations de famille basées sur l'amitié, l'affection et l'aide réciproque et, dans le cas de l'aliénation et de la débilité mentale on ne peut pas parler d'une famille saine, car la communication de pensées et des sentiments est impossible entre les maris. De plus, l'aliéné et le débile mental est une personne qui a elle-même besoin de soin, de manière qu'il ne puisse pas s'occuper de l'élévation et de l'éducation des enfants auxquels il donnerait naissance.

Sous l'aspect juridique de cet impediment au mariage, l'existence de l'aliénation ou de la débilité mentale représente la cause d'une incapacité spéciale d'utilisation en ce qui concerne le droit de conclure un mariage²⁵

L'aliéné et le débile mentale ne pourront pas se marier, même s'ils ont été ou s'ils n'ont pas été mis sous interdiction²⁶. De la même manière, la circonstance conformément à laquelle le mari (soit qu'il s'agit du mari de celui qui souffre, soit qu'il s'agit du mari qui souffre) a connu ou il n'a pas connu antérieurement au mariage l'existence de l'état d'aliénation ou de débilité mentale²⁷ est non pertinente, puisque l'interdiction prévue par la loi ne représente seulement une mesure de protection du mari sain, mais aussi une disposition impérative étant dictée tant par des intérêts d'ordre social et biologique²⁸, mais aussi par des raisons qui tiennent de l'existence du discernement dont l'absence conduirait à un manque total de consentement.

²⁴ Sc. Șerbănescu, le *Code de la famille commente et annoté*, Bucarest, La Maison d'Édition Scientifique, 1963, p. 24; T. R. Popescu, *œuvres citées.*, p.114; le Tribunal Suprême, la section civile, des. civ. no. 816/1985, dans la «Revue roumaine Droit » no. 1/1986, p. 60; le Tribunal Suprême, le collège civile, la décision no.1517/1967, en Recueil de Décisions pour l'année 1967, p.157.

²⁵ I. P. Filipescu, P. Anca, M.-I. Eremia, *La conclusion du mariage et ses effets*, Bucarest, La Maison d'Édition de l'Académie R.S.R., 1981, p. 41.

²⁶ Le Tribunal Supreme, la section civile, la décision no. 1517/1967, en Recueil de décisions pour l'année 1967, p.157-159.

²⁷ Le Tribunal Suprême, la section civile, la décision no. 1873/1974, dans la "Revue Roumaine de Droit", no. 3/1974, p. 57; le Tribunal Suprême, la décision civile, no. 356/1976, en Recueil de Décisions pour l'an 1977, p.159.

²⁸ Le Tribunal Suprême, la décision civile no. 251/1970, en Recueil de Décisions pour l'an 1970, p.174.

En ce qui concerne celui qui est tôt dépourvu de ses facultés mentales, il ne peut pas conclure un mariage valable, tant qu'il n'a pas le discernement de ses faits. Celui qui est tôt dépourvu de ses facultés mentales se trouve dans la même situation que l'aliéné ou le débile mental, parce que dans son cas aussi il s'agit d'un manque total de discernement, mais si dans la situation de l'aliéné ou du débile mental l'interdiction est absolue, dans l'hypothèse de celui qui est tôt dépourvu de ses facultés mentales, l'interdiction fonctionne exclusivement pour les périodes où la personne n'a pas le discernement de ses faits, parce qu'on suppose que pendant les périodes de remissions elle agit avec du discernement et elle exprime un consentement valable au mariage.²⁹

Dans le droit roumain, le mariage conclu par l'aliéné et le débile mental, mais aussi par celui tôt dépourvu de ses facultés mentales, tant qu'il n'ait pas de discernement de ses faits, est atteint par la nullité absolue. (L'art. 19 Code de la famille).

Dans le droit français, il y a la règle conformément à laquelle il n'y a pas de mariage s'il n'y a pas de consentement. (Art. 146 C. civ. fr.). On montre dans la doctrine française que l'existence d'une maladie mentale au moment de la conclusion du mariage fait qu'il n'y ait pas de consentement et le mariage conclu sans la volonté consciente sera atteint par la nullité absolue³⁰. Celui qui prétend que le consentement n'a pas existé doit prouver l'absence de la lucidité au moment de la célébration du mariage³¹. La loi française permet pourtant le mariage de l'incapable majeur qui, à cause de l'altération de ses facultés mentales (art. 490 C. civ. fr.) est mis sous un régime de protection, c'est-à-dire la tutelle ou la curatelle. Dans ces situations, le consentement de l'incapable majeur au mariage est insuffisant, étant nécessaire d'obtenir une autorisation pour pouvoir se marier. De cette manière, s'il est protégé par la tutelle, le père et la mère doivent autoriser le mariage (l'article no. 506 l'alinéa no. 2 C. civ. fr.) et en leur absence, l'autorisation doit être donnée par le conseil de famille qui décidera après avoir écouté les futurs maris. (L'article no. 506 l'alinéa no. 1 C. civ. fr.). Il est nécessaire dans les deux situations d'avoir un certificat médical qui contienne l'avis du médecin qui le soigne (l'article no. 506 l'alinéa no. 3 C. civ. fr.). La décision du conseil de famille peut être attaquée par un recours au Tribunal de grande instance (l'article no. 1222 NCPC). Dans le cas où la curatelle a été instituée, le curateur doit consentir au mariage et en son absence, l'autorisation est accordée par le juge des tutelles (l'article no. 514 C. civ. fr.). Sa décision peut être attaquée avec un recours au Tribunal de grande instance (l'article no. 1215 l'alinéa no. 1 NCPC).

3. LE MANQUE DE LA DIFFÉRENCE DE SEXE

La différenciation de sexe constitue un élément fondamental du mariage, étant l'une de ses conditions dirimantes de fond, qui n'est pas prévue par la loi, mais qui est issue de nombreuses dispositions du code de la famille, parmi lesquelles on mentionne

²⁹ Le Tribunal Suprême, la décision civile no. 254/1970; le Tribunal Suprême, la section civile, la décision no. 779/1981 dans la *Législation de la famille et la pratique judiciaire en matière*, le Ministère de la Justice, 1987, p. 257-258; la Cour Suprême de Justice, la section civile, la décision no. 76/1993 dans la revue "Le Droit" no. 12/1993, p. 85-86.

³⁰ Voir J. Carbone, *Le Droit civil. Introduction. Les personnes. La famille, l'enfant, le couple, œuvres citées.*, p. 1170; P Courbe, *Droit de la famille*, 4^e éditions, Armand Colin, Paris, 2005, p. 44.

³¹ Voir F. Terré, D. Fenouillet, *œuvres citées*, p. 363; C. Renault-Brahinsky, *œuvres citées*, p. 98

- l'article no. 1 l'alinéa no. 4 du Code de la famille qui réglemente l'égalité des droits entre l'homme et la femme, tant dans leurs relations, de mari et de femme, que dans l'exercice des droits par rapport aux enfants;
- l'article no. 24 l'alinéa no. 1 C. fam. qui fait référence aux rapports patrimoniaux entre l'homme et la femme dans le cas du mariage putatif
- l'article no. 25 C. fam. qui consacre l'égalité en droits et obligations entre l'homme et la femme pendant le mariage
- l'article no. 53 qui institue les présomptions de paternité à la base desquelles l'enfant né pendant le mariage a comme père le mari de sa mère (l'article no. 53 l'alinéa no. 1 C. fam.), et celui qui est né après la rupture, la déclaration de la nullité ou après l'annulation du mariage a comme père l'ancien mari de sa mère s'il a été conçu pendant le mariage et sa naissance s'est produite avant que la mère entrât dans un nouveau mariage (l'article no. 53 l'alinéa no. 2 C. fam.);
- l'article no. 86 C. fam. qui, en réglementant les personnes entre lesquelles il y a l'obligation d'entretien, prouve le fait qu'elle existe entre le mari et la femme;

Cette condition n'est précisément réglementée ni dans le droit français, mais elle résulte des prévoyances de l'article no. 144 C. civ. fr. qui dispose le fait que l'homme et la femme ne peuvent pas conclure le mariage avant d'avoir accompli 18 ans.

L'idée de mariage traditionnel entre deux personnes de sexe biologique différent est énoncée aussi dans les règlements internationaux. De cette manière, l'article no. 16 de la Déclaration Universelle des Droits de l'Homme dispose que, partant du moment où ils ont accompli l'âge légal, l'homme et la femme ont le droit de se marier et de créer une famille sans aucune restriction en ce qui concerne la race, la nationalité ou le religion. De la même manière, le droit de l'homme et de la femme de fonder une famille est consacré par les prévoyances de l'article no. 23, le paragraphe no. 2 du Pacte international à l'égard des droits civils et politiques de l'article no. 12 de la Convention pour la défense des droits de l'homme et des libertés fondamentales, et par celles du paragraphe no. 1 du Préambule de la Convention concernant le consentement au mariage, l'âge minimum pour le mariage et l'enregistrement des mariages. .

On peut parler sur le manque de la différenciation du sexe dans le cas des mariages des personnes de même sexe et des personnes dont le sexe n'est pas suffisamment différencié. En ce qui concerne ce dernier cas, on a décidé dans la pratique judiciaire que le hermaphroditisme constituât une anomalie génitale définitive, qui empêchait la possibilité de procréation et des rapports normaux entre les maris³².

L'inexistence de la différenciation de sexe conduit à la nullité absolue du mariage, car elle représente un cas de nullité virtuelle. Même dans la doctrine française le manque de la

³² Le Tribunal Suprême, la section civile, la décision no. 974/1972, en I.G. MiHuță, Al. Lesviodax, *Répertoire de pratique judiciaire dans le domaine civil du Tribunal Suprême et d'autres instances judiciaires pour les années 1969-1975*, la Maison d'Édition Scientifique et Encyclopédique, Bucarest, 1976, p. 16.

différentiation de sexe est considéré une cause de nullité absolue du mariage³³, bien qu'il ne soit pas prévu par l'article no.184 du Code civile français.

Une situation différente du point de vue de la différenciation de sexe est celle des personnes transsexuelles, qui se sont changé le sexe, en posant le problème sur leur possibilité ou sur leur impossibilité de se marier avec une personne de sexe opposé par rapport à celui dont elles appartiennent suite au changement du sexe. A l'égard de ce problème, la Cour Européenne des Droits de l'Homme a décidé que l'impossibilité pour les transsexuels de se marier avec une personne de même sexe ne constitue pas une usurpation du droit au mariage garanti par l'article no. 12 de la Convention européenne pour la défense des droits de l'homme et des libertés fondamentales. La cour est ultérieurement revenue sur la pratique initiale, en prouvant que l'article no. 12 garantissait le droit fondamental entre l'homme et la femme de fonder une famille, mais le deuxième aspect n'est pas une condition du premier, et l'incapacité pour un couple de pouvoir concevoir ou d'élever des enfants ne doit pas priver une personne de son droit au mariage³⁴.

A l'égard du problème en discussion, on a montré dans la littérature juridique que la personne transsexuelle qui a souffert une opération de modification de sexe sera capable d'exercer le droit au mariage garanti par l'article no. 12 de la Convention soit depuis la date de la décision définitive par laquelle on a autorisé le changement du sexe par les instances nationales, soit depuis la date où on a effectué dans le registre d'état civil la mention concernant le changement de sexe³⁵. Au moment où la modification de l'état civil est autorisée, on doit reconnaître au transsexuel la possibilité d'épouser une personne dont le sexe physiologique est opposé, même si son sexe génétique est identique. En prenant en compte le sexe légal, c'est-à-dire celui constaté dans l'acte d'état civil on doit accepter que dans notre droit, la personne dont le sexe a été changé après la décision judiciaire définitive et irrévocable concernant le changement du sexe, peut se marier avec une personne de sexe opposé par rapport à celui auquel elle appartient suite au changement de sexe, parce que l'article no. 44 la lettre i de la Loi no. 119/1996 a l'égard des actes d'état civil permet l'inscription dans l'acte de naissance des mentions concernant les modifications intervenues dans l'état civil de la personne dans le cas du changement du sexe.

Si la modification du sexe intervient pendant le mariage, on se trouve dans la situation où le mariage réunit deux personnes de même sexe du point de vue de l'état civil. Mais le mariage ne sera pas atteint par la nullité car il a été valablement conclu entre deux personnes de sexe différent au moment de sa célébration. Mais rien n'empêche le mari de celui qui a changé son sexe, de demander l'annulation du mariage, dans le cas où il ne désire plus rester dans une telle union, en invoquant comme raison de divorce la modification du sexe de son mari.

4. L'IMPOSSIBILITÉ DE SE MARIER POUR UNE PERSONNE QUI EST DÉJÀ MARIÉE

L'un des principes de base du mariage dans le droit roumain, est le principe de la monogamie qui résulte des dispositions de l'article no. 5 Code de la famille. Conformément à ce texte il est interdit que l'homme qui est déjà marié se marie et que la femme qui est déjà mariée se marie. Le principe de la monogamie est exprimé dans le droit français par l'article no. 147 C. civ. fr. dont les prévoyances soutiennent qu'il est impossible qu'une

³³ Voir F. Eudier, *Droit de la famille*, Armand Colin, Dalloz, Paris, 2005, p. 59.

³⁴ Voir C. Bârsan, *, œuvres citées.*, p. 850.

³⁵ Voir C. Bârsan, *, œuvres citées* p. 853.

personne mariée réalise le deuxième mariage tant que le premier mariage est encore valable (on a en vue tant la cessation du mariage par le décès du mari du premier mariage et la rupture du mariage par le divorce).

Donc pour pouvoir se marier, aucun d'entre les époux ne doit être marié, étant célibataire, ancien mari d'un mariage annulé, divorcé ou veuf.

Le moment en fonction duquel on vérifie l'état de bigamie est celui de la conclusion du second mariage. Il y aura la bigamie si la conclusion du second mariage se produit avant que le premier mariage soit annulé par le divorce. Dans une telle situation l'instance annoncée pour annuler le deuxième mariage d'une personne qui était déjà mariée, est obligée de prononcer la nullité de ce mariage, même si, entre temps, le premier mariage a été annulé par une décision de divorce, non définitive.³⁶. D'ailleurs, rien ne s'oppose qu'un mariage annulé par un divorce soit déclaré nul parce que c'est la seule manière dont tous les effets qu'il a rétroactivement produits³⁷ disparaissent.

Si une personne a conclu un nouveau mariage et le premier est déclaré nul même après la date de la conclusion du second mariage, il n'y a pas de bigamie. De cette manière, il peut arriver qu'après avoir introduit l'action pour constater la nullité ou pour annuler le deuxième mariage, les maris de ce mariage invoquent la nullité du premier mariage; dans ce cas, conformément à l'article no. 244, l'alinéa no. 1 point. 1 du Code roumain de procédure civile, l'instance suspendra le jugement de l'action pour constater la nullité ou pour annuler le premier mariage, et dans le cas de l'annulation du mariage, l'état de bigamie n'existe plus.

Une telle situation est précisément réglementée par les dispositions de l'article no. 189 C. civ. fr. qui établissent que si les époux du second mariage invoquent la nullité du premier mariage, la validité ou la nullité de ce mariage doit être préalablement jugée.

Si le deuxième mariage n'est déclaré nul, mais pour une autre raison que l'usurpation du principe de la monogamie, il n'y a pas de bigamie.

Dans la situation de la déclaration de la mort par la décision judiciaire, le deuxième mariage est valable s'il a été conclu pendant la période comprise entre la date de la déclaration de la mort par une décision judiciaire et la date où la décision qui déclare le mort³⁸ reste définitive. Si le mari de celui qui est déclaré mort se remarie et puis, celui qui est déclaré mort réapparaît, alors, conformément à l'article no. 22 C fam. la décision déclarative de mort est annulée, le deuxième mariage restant valable et le premier mariage est considéré supprimé dès le moment de la conclusion du deuxième mariage. Mais si le mari de celui déclaré mort est de mauvaise foi, en connaissant au moment de la conclusion du deuxième mariage que celui déclaré mort est en fait vif, alors celui-ci en se remariant, devient coupable de bigamie. En ce cas, si celui déclaré mort revient, la décision déclarative de mort est annulée et le deuxième mariage conclu de mauvaise foi est nul. Dans la situation où la date établie comme celle de la mort est modifiée de manière qu'elle soit ultérieure au nouveau mariage conclu par le mari de celui déclaré mort, le premier mariage est considéré supprimé à la date de la conclusion du

³⁶ Le tribunal du département de Caraş-Severin, la décision civile no. 1/1982, dans la «Revue Roumaine de Droit» no. 9/1982, p. 66.

³⁷ La Cour Suprême de Justice, la section civile, la décision no. 1572/1995, non publiée, en F. Ciutacu, *Le Droit de la famille. Recueil de d'espèces*, Bucarest, La Maison d'Édition Lucman, 2000, p.55.

³⁸ A. Bacaci, V. Dumitrache, C. Hageanu *Le Droit de la famille*, La maison d'Édition All Beck, Bucarest, 2005, p. 124; I. P. Filipescu, , *œuvres citées* ., p.21.

nouveau mariage. Si le mari de celui déclaré mort et qui se remarie est de mauvaise foi, alors le deuxième mariage est nul pour la bigamie.

En vue de respecter la restriction du droit au mariage, issu de l'existence d'un mariage antérieur au moment de la conclusion du nouveau mariage, tant la législation roumaine, que celle française aussi, contiennent des règlements sur le plan civil, qui montrent que la conclusion d'un mariage par une personne qui est déjà mariée attire la sanction de sa nullité absolue. (L'article no. 19 du Code de la famille et l'article no. 184 du Code civil français).

Le mariage conclu par le mari de celui déclaré mort par une décision judiciaire est atteint par la nullité pour la bigamie, parce que conformément à l'article no. Du Décret no. 31/1954 celui disparu est considéré encore vif s'il n'y a pas de décision déclarative de mort, définitive, qui soit intervenue. En l'absence d'une telle décision le mariage antérieur n'a pas cessé, de manière que si le mari de celui déclaré disparu se remarie, il usurpe le principe de la monogamie protégé par les prévoyances de l'article no. 5 C. fam. Dans le droit français l'absence déclarée par une décision judiciaire produit les effets d'un décès (l'article no. 128 l'alinéa no. 1 C. civ. fr.) et le mari de celui déclaré absent peut contracter un nouveau mariage (l'article no. 128 l'alinéa no. 3 C. civ. fr.) qui reste valable, même si la décision par laquelle on a déclaré l'absence est annulée, par le retour du mari absent (l'article no. 132 C. civ. fr.).

5. L'IMPOSSIBILITÉ DE LA CONCLUSION DU MARIAGE PAR LES PERSONNES QUI ONT DES RAPPORTS DE PARENTE

5.1 LA PARENTÉ DE SANG

La parenté de sang est l'obstacle le plus ancien pour le mariage³⁹ et elle est fondée sur les raisons suivantes⁴⁰: d'ordre biologique, médical, car les unions entre les parentes proches peuvent conduire à la naissance des descendants malades et d'ordre moral, parce que cette sorte de relations entre les parentes proches influenceraient négativement la famille.

Dans le droit roumain, l'article no. 6 du Code de la famille interdit le mariage entre les parentés proches, en ligne droite quel que soit le degré, ce qui signifie que le père ne peut pas épouser sa fille, la mère ne peut pas épouser son fils, le grand-père ne peut pas épouser sa petite-fille, la grand-mère ne peut pas épouser son petit fils, etc., mais il l'interdit aussi entre les parentés en ligne collatérale, jusqu'au quatrième degré y compris, c'est-à-dire entre le frère et la sœur (sans faire aucune différence, s'ils sont de bons frères ou ils sont seulement des frères consanguins ou utérins), entre l'oncle et sa nièce, la tante et son neveu, et entre les

³⁹ L'obstacle provenant de la parenté de sang fait référence tant à la parenté du mariage qu'à la parenté du dehors du mariage établie conformément à la loi. En ce qui concerne la parenté du dehors le mariage non établi, on a soutenu, dans la littérature juridique concernant le droit antérieur au Code de la famille, l'opinion conformément à laquelle la parenté du dehors du mariage ne constitue pas d'obstacle pour le mariage qu'au moment où elle est légalement établie. (Voir D. Alexandresco, *op. cit.*, p.21). Bien qu'on puisse affirmer que de la même manière que la filiation de l'enfant du dehors du mariage ne produit pas d'effets juridiques, la parenté du dehors du mariage non établie ne produit pas d'effets juridiques, donc elle ne constitue pas d'impedimenta pour la conclusion du mariage; pourtant l'opinion dominante est celle conformément à laquelle la parenté du dehors du mariage constate même non légalement, mais qui a une notoriété publique et se reflète dans une possession d'état civile évident constitue un obstacle légal à la conclusion du mariage (Voir T. R. Popescu, *op. cit.*, p.119; C. Hamangiu, I. Rosetti Bălănescu, Al. Băicoianu, *Droit civil roumain*, vol. I, Bucarest, Maison d'Édition „La Nationale” S. Ciornei, 1928, p. 316; I. Rucăreanu, *Les Conditions de fond de du mariage*, en *Le mariage dans le droit R.P.R.*, Bucarest, , La Maison d'Édition de l'Académie R.P.R., 1964, p.49). D'ailleurs, il est inadmissible à approuver le mariage entre le père et sa fille, ayant comme seule raison le fait qu'il n'y a pas eu de reconnaissance de filiation de la part du père ou que la fille n'a pas intenté d'action en justice, en vue d'établir la filiation..

⁴⁰ F. Terré, D. Fenouillet, *œuvres citées* ., p. 347.

cousins germains. On peut approuver, ayant de justes raisons, le mariage entre les parentés collatérales de quatrième degré, la dispense de parenté étant accordée par le maire général du municipale de Bucarest ou par le président du conseil du département ou celui qui sollicite l'approbation habite. Le mariage conclu entre les parentes et qui est interdit par la loi, est atteint par la nullité absolue. (L'article no. 19 du Code de la famille).

Dans le droit français, le mariage entre tous les ascendants, les descendants, et entre les alliés de la même ligne est interdit (l'article no. 161 C. civ. fr.) et en ligne collatérale entre le frère et la sœur (l'article no. 162 C. civ. fr.), l'oncle et la nièce, la tante et le neveu (l'article no. 163 C. civ. fr.). L'interdiction de conclure le mariage entre l'oncle et sa nièce ou entre la tante et son neveu peut être éliminée par une dispense accordée par le Président de la République s'il y a de justes raisons. C'est toujours par la dispense accordée par le Président de la République qu'on peut éliminer l'interdiction du mariage entre les alliés en ligne directe si la personne qui a créé l'alliance a décédé (l'article no. 164 C. civ. fr.). Dans le système du Code civile français, le mariage conclu au moment où entre les époux il y a une relation de parenté qui constitue un obstacle pour ce mariage, est atteint par la nullité (l'article no. 161, 162, 163 et l'article no. 184 C. civ. fr.) même s'il s'agit d'un obstacle de sorte à être éliminé par une dispense, car la loi ne fait aucune distinction⁴¹.

5.2 LA PARENTÉ ISSUE PAR L'ADOPTION

Dans le droit roumain antérieur à l'entrée en vigueur de la Loi no. 273/2004 concernant le régime juridique de l'adoption, l'article no. 7 l'alinéa no. 1 du Code de la famille interdisait le mariage entre:

1. l'adopteur ou ses ascendants d'un côté et celui adopté de l'autre côté
2. les enfants de celui qui adopte d'un côté et celui adopté de l'autre côté;
3. ceux adoptés par la même personne.

Bien qu'en principe le mariage fut interdit entre ces catégories de personnes, seul le mariage entre l'adopteur et ses ascendants d'un côté et celui adopté et ses descendants de l'autre côté était un impedimenta dirimant, étant sanctionné par la nullité absolue conformément aux prévoyances de l'article no. 19 du Code de la famille. De plus, l'article no 7, l'alinéa no. 2 C. fam. prévoyait le fait que, pour de justes raisons, le mariage entre les enfants de l'adopteur d'un côté et celui adopté ou ses enfants de l'autre côté ou entre ceux adoptés par la même personne pouvait être approuvé par le président du conseil du département ou selon le cas, par le maire général du municipale de Bucarest.

A présent, l'article no. 50 l'alinéa no. 4 de la Loi no. 273/2004 prévoit le fait que l'obstacle pour le mariage issu de la parenté existe entre celui adopté et ses descendants d'un côté et les personnes qui sont devenues ses parentés par l'effet de l'adoption, de l'autre côté. Puisque les dispositions de l'article no.1 et celles de l'article no. 50 l'alinéa no. 2 de la loi établissent qu'à l'entremise de l'adoption on crée la relation de filiation entre l'adopté et l'adopteur, mais aussi des relations de parenté entre celui adopté et les parentés de l'adopteur, il suit à admettre que le mariage entre l'adopté et ses parentes d'adoption, de la même manière qu'entre les parentés de sang, est interdit. Par conséquent, étant donné le fait que la parenté adoptive

⁴¹ Voir F. Terré, D. Fenouillet, *œuvres citées*, p.363 ; P Courbe, *œuvres citées*, p. 66

remplace la parenté naturelle, le mariage conclu entre les parentés en ligne droite, mais aussi entre les parentés en ligne collatérale jusqu'au quatrième degré y compris, sera atteint par la nullité⁴².

Dans le droit français, on fait la distinction entre la pleine adoption et la simple adoption. Dans le cas de la pleine adoption les interdictions sont absolues, de la même manière que dans la famille légitime. Cette règle n'est pas précisément énoncée dans un texte du Code civil français, mais on peut déduire des prévoyances de l'article no. 356 l'alinéa no. 1 C. civ. fr. qui établissent que l'adoption offre à l'enfant une filiation qui se substitue à sa filiation naturelle et de celles de l'article no. 358 C. civ. fr. qui dispose que l'adopté a dans la famille de l'adopteur les mêmes droits et les mêmes obligations qu'un enfant légitime⁴³. La conclusion du mariage sans respecter l'obstacle concernant la parenté issue d'une pleine adoption attire la sanction de la nullité absolue.⁴⁴ Dans le cas de la simple adoption, l'article no. 366 l'alinéa no. 2 C. civ. fr. prévoit le fait qu'il est interdit de conclure un mariage entre:

4. l'adopteur, l'adopté et ses descendants;
5. l'adopté et le mari de l'adopteur et entre l'adopteur et le mari de l'adopté;
6. les enfants adoptifs de la même personne ;
7. l'adopté et les enfants de l'adopteur.

A la suite, l'alinéa no. 3 du même article montre que les impedimenta prévus aux points 3 et 4 de l'alinéa no. 2 peuvent être éliminés par une dispense accordée par le Président de la République, s'il y a de justes raisons. De la même manière, dans l'alinéa no. 4 de l'article no.366 on prévoit le fait que l'impedimenta prévu au point no. 2 de l'alinéa no. 2 peut être éliminé dans les mêmes conditions si la personne qui a créé la relation d'affinité a décédé. Puisque l'article no. 184 C. civ. fr. ne prévoit pas entre les causes de nullité du mariage l'usurpation d'impedimenta prévus par l'article no. 366 l'alinéa no. 2, on a deux opinions dans la littérature juridique française: l'une qui soutient que la nullité peut être prononcée dans le cas de la conclusion du mariage en usurpant les impedimenta prévus par l'article no. 366 l'alinéa no. 2⁴⁵, opinion qu'on approuve en raison de moralité sociale, et une autre opinion, contraire, qui montre que les impedimenta issus de la parenté adoptive ne sont pas dirimantes, mais prohibitives et ils n'attirent pas la nullité du mariage⁴⁶

Kontaktní údaj na autora – email:

alin77gav@yahoo.com

⁴² Voir dans le même sens D. Lupaşcu, *Le Droit de la famille*, La Maison d'Édition Rosetti, Bucarest, 2005, p. 108.

⁴³ Voir P. Corbe, *œuvres citées.*, p. 41, F. Eudier, *œuvres citées* . p. 48

⁴⁴ P. Courbe, *œuvres citées.*, p. 58.

⁴⁵ P. Courbe, *œuvres citées.*, p. 66.

⁴⁶ F. Terré, D. Fenouillet, *œuvres citées.*, p.363

POJEM PRÁVNÍ ODPOVĚDNOSTI V DÍLE PROF. JOSEFA MACURA

JIRÍ HANDLAR

Právnická fakulta Masarykovy univerzity, Česká republika

Abstrakt v rodném jazyce

Příspěvek se zabývá pojmem právní odpovědnosti v díle prof. J. Macura.

Klíčová slova v rodném jazyce

Právní odpovědnost.

Abstract

This paper deals with the concept of legal liability in the work of prof. J. Macur.

Key words

Concept of legal liability.

1. ÚVOD

Prof. Josef Macur je všeobecně považován za jednoho z nejvýznamnějších představitelů české právní vědy občanského práva procesního 2. poloviny 20. století. J. Macur však nebyl pouze výjimečným procesualistou, mimořádnou hodnotu mají také jeho práce z oblasti občanského práva hmotného, která poněkud neprávem zůstávají ve stínu jeho děl procesních.

Zřejmě nejvýznamnějším hmotněprávním dílem J. Macura je jeho práce „Odpovědnost a zavinění v občanském právu“¹, ve které se Macur obsáhle věnuje problematice pojmu právní odpovědnosti.

Právní odpovědnost patří k pojmům, kterým je v právní vědě věnována dlouhodobě hlubší pozornost, přesto se jedná o pojem, který právní věda zatím nedokázala naplnit jednoznačným obsahem. Diskuse o povaze právní odpovědnosti trvá v české právní vědě již déle než padesát let, přesto lze i v současné době konstatovat, že právní odpovědnost zůstává stále sporným a teoreticky nejasným právním pojmem.

Macur se ve své práci zabývá velmi podrobně pojmem a předpoklady právní odpovědnosti, shrnuje, systematizuje a hodnotí názory na tuto problematiku, které byly dříve vysloveny nejen v české, ale i zahraniční (zejména tehdejší sovětské) právní vědě, a sám také zaujímá vlastní stanovisko k tomuto právnímu pojmu. Význam Macurovy práce se však ani zdaleka nevyčerpává závěry, které se týkají pojmu právní odpovědnosti, v rámci úvah o tomto pojmu provedl Macur také zevrubnou analýzu řady dalších právních pojmů a institutů, které s pojmem právní odpovědnosti souvisí, zejm. pojmu sankce, mechanismu právní regulace sankce, následků porušení povinnosti, významu státního donucení při vynucení práva, struktury právní normy a některých dalších.

Není v možnostech tohoto příspěvku zabývat se prací J. Macura o právní odpovědnosti v celé její šíři a hloubce, v dalším textu je proto pozornost zaměřena pouze na otázku samotného vymezení pojmu právní odpovědnosti, k němuž J. Macur ve své práci dospěl.

¹ *Macur J.*, Odpovědnost a zavinění v občanském právu. Brno: UJEP, 1980

2. DISKUSE O POJMU PRÁVNÍ ODPOVĚDNOSTI

Když si v roce 1956 V. Knapp položil otázku „co je to vlastně občanskoprávní odpovědnost?“² a vzápětí se na ni pokusil odpovědět, asi netušil, že jeho názory odstartují rozsáhlou teoretickou diskusi týkající se pojmu právní odpovědnosti, která ani po téměř padesáti letech nebude uzavřena. Knapp nebyl jistě prvním autorem, který by se zabýval problematikou právní odpovědnosti, ale v podstatě se jako první pokusil formulovat ucelený názor na její podstatu a odpovědět na otázku, co je to právní odpovědnost.

Do diskuse na téma pojmu právní odpovědnosti, jejíž podstatou je snaha vymezit odpovědnost jako obecný právní pojem společný všem jednotlivým odpovědnostním institutům, se postupně zapojila celá řada autorů, mezi nimiž nechybí ani jména nejvýznamnějších právních vědců v oblasti občanského práva druhé poloviny dvacátého století, v této souvislosti lze připomenout zejm. práce Š. Lubyho³, M. Knappové⁴, J. Švestky⁵, J. Eliáše⁶ a v neposlední řadě i J. Macura.

V české právní vědě vždy výrazně převažovalo tzv. sankční pojetí právní odpovědnosti (výjimku představují především názory V. Knappa), pro něž je charakteristické, že odpovědnost chápe důsledně jako sekundární (sankční) následek protiprávního jednání a odmítá možnost, že by právní odpovědnost mohla existovat v době před porušením právní povinnosti. Sankční pojetí právní odpovědnosti spojuje právní odpovědnost s uplatněním sankcí, které vznikají v důsledku porušení původní (primární) právní povinnosti a zatěžují protiprávně jednajícím subjekt nepříznivými právními následky, které před porušením povinnosti neměl.

Skutečnost, že v české právní vědě výrazně převládá názor o sankční povaze právní odpovědnosti, však neznamená, že by právní odpovědnost byla také jednotně chápána a vymezována. Naopak, i přes shodu v některých základních otázkách, existuje mnoho dalších otázek spojených s pojmem právní odpovědnosti, ve kterých se názory jednotlivých autorů značně odchyľují; mezi výše uvedenými autory dokonce nelze nalézt ani dva, jejichž názory na pojem právní odpovědnosti by byly zcela shodné.

Mezi představiteli sankčních koncepcí je ústřední a současně nejvíce spornou otázkou, jaký je vztah odpovědnosti a sankce, resp. zda je sankce pojmem shodným s pojmem odpovědnost, či zda je pojmem širším. Právě na objasnění této otázky zaměřil zvýšenou pozornost J. Macur při svých úvahách o pojmu právní odpovědnosti.

3. POJEM PRÁVNÍ ODPOVĚDNOSTI PODLE J. MACURA

J. Macur vstoupil do diskuse o pojmu právní odpovědnosti v době, kdy tato diskuse trvala již téměř tři desítky let, a jako zastánce sankčního pojetí právní odpovědnosti navázal na názory, které před ním vyslovil zejm. Š. Luby a M. Knappová.

² Knapp V. Některé úvahy o odpovědnosti v občanském právu. Stát a právo, I., 1956, s. 66 an.

³ Luby Š. Prevencia a zodpovednosť v občianskom práve I. Bratislava, 1958

⁴ Knappová M. Povinnost a odpovědnost v občanském právu. Praha: ČSAV, 1968 (nové vydání Praha: EUROLEX BOHEMIA, 2003)

⁵ Švestka J. Odpovědnost za škodu podle občanského zákoníku, Praha, 1966

⁶ Eliáš J. Společensko-ekonomické základy socialistického občanského práva. Praha: Akademia, 1970

Podle Š. Lubyho je právní odpovědnost povinnost vznikající porušením právního vztahu, jedná se o povinnost sekundární, která ke svému vzniku vyžaduje existenci primární povinnosti a její porušení. Rozdíl mezi odpovědností (tj. odpovědností povinností) a jinou závazkovou povinností spatřuje Luby v jejich cíli, zatímco cílem původní závazkové povinnosti je realizace původních hospodářských cílů stran, odpovědnost sleduje cíle reparační, satisfakční, případně represivní. Z hlediska vztahu odpovědnosti a sankce pak Luby dospívá k závěru, že občanskoprávní odpovědnost je totéž, co občanskoprávní sankce a totéž, co odpovědnostní (sankční) povinnost.⁷ Luby tedy mezi oběma pojmy nečiní žádné rozdíly, v jeho pojetí odpovědnost a sankce zcela splývají.

M. Knappová je také zastánkyní sankčního pojetí právní odpovědnosti, její pojetí se však v některých směrech od koncepce Lubyho odlišuje. Knappová ještě dříve, než vymezila pojem právní odpovědnosti, podrobila důkladné analýze pojem právní povinnosti, pojem následků porušení právní povinnosti a pojem právní sankce.⁸ Na základě této analýzy Knappová dospěla k závěru, že za sankci je v občanském právu třeba považovat následující případy následků porušení právní povinnosti:

1. změna primární povinnosti co do její dospělosti,
2. vznik nové (sekundární) povinnosti,
3. přechod nebezpečí nahodilé zkázy, ztráty a poškození věci,
4. neplatnost právního úkonu,
5. ztráta práva, resp. skutečnost, že právo, jež by jinak vzniklo, nevznikne.

Po vymezení právní sankce přistupuje Knappová k řešení otázky pojmu právní odpovědnosti. Knappová především zkoumá, zda lze odpovědnost ztotožnit se sankcí, či zda jsou odpovědností pouze některé případy sankce. Východisko vidí Knappová ve vztahovosti (relativnosti) odpovědnosti. Za základ svých úvah bere myšlenku, že odpovědnost nemůže být odpovědností vůči nikomu, ani odpovědností vůči sobě samému. Odpovědnost tedy nutně předpokládá existenci subjektu, který je z ní oprávněn a pochopitelně také subjektu, který je z ní povinen. Z tohoto důvodu se Knappová domnívá, že právní odpovědnost je sama povinností, povinností sekundární, která je k primární povinnosti vždy povinností následnou a vzniká jako následek jejího porušení.

Na tomto základě Knappová dovozuje, že z různých případů občanskoprávních sankcí má charakter odpovědnosti pouze jediný (v praxi ovšem zdaleka nejčastější), a to vznik nové, sekundární povinnosti. Platí tedy, že sankce je pojmem širším než odpovědnost, nikoli každá sankce je odpovědností. Z pojmu odpovědnosti Knappová vylučuje případy změny primární povinnosti co do její dospělosti, přechodu nebezpečí nahodilé zkázy, ztráty a poškození, neplatnosti právního úkonu a ztráty práva, resp. skutečnosti, že právo, jež by jinak vzniklo, nevznikne.⁹

⁷ Luby Š. in op. cit. sub 3, s. 43

⁸ podrobně Knappová M. in op. cit. sub 4, s. 180-197

⁹ Knappová M. op. cit. sub 4, s. 197-198

J. Macur ve svých úvahách o pojmu právní odpovědnosti uplatnil systémově-strukturní přístup, který vede k závěru, že právní odpovědnost je v platném právu unitárním systémem, což vyžaduje jednak odhalit jednotící princip této struktury, který vyjádří její základní kvalitu, jednak respektovat stupňovitou strukturu tohoto systému, který je tvořen samostatnými komponenty, opět složitě strukturovanými.

Za základní, jednotící princip společný každé právní odpovědnosti v systému práva považuje Macur její sankční charakter, který vyjadřuje negativní reakci společnosti na porušení či ohrožení práva zatížením narušitele nepříznivými následky v podobě právních sankcí. S tím souvisí i vymezení základní a nejdůležitější funkce právní odpovědnosti, kterou je funkce preventivní, taktéž společná všem druhům právní odpovědnosti a prostupující celou její strukturu.

Macur se svými názory zařadil mezi zastánce sankčního pojetí odpovědnosti, s ohledem na stav diskuse o tomto pojmu, zejm. s ohledem na názory Knappové, zaměřil následně pozornost ke zkoumání vztahu odpovědnosti a sankce a hledal odpověď na otázku, zda je právní sankce širším pojmem než právní odpovědnost.

Macur v této souvislosti především zkoumá, jaký je mechanismus právní regulace sankční povinnosti na jedné straně a odpovědnostní povinnosti na straně druhé.

Za základ svých úvah bere Macur poznatek, že objektivní právo působí ve společnosti vždy prostřednictvím určitých právních vazeb. Tyto právní vazby mohou být buď silnější a užší (v tomto případě nabývají charakter právních vztahů; jedná se o vazby mezi konkrétním právem a konkrétní povinností, popř. jedním elementem konkrétním a jedním abstraktním) nebo tyto vazby mohou být slabší a volnější (jde o vazby mezi abstraktním právem a abstraktní povinností).

Podle Macura platí, že pokud sankce znamená zatížení subjektu, na nějž sankce dopadá, určitými nepříznivými následky, pak tyto nepříznivé následky se musí projevit v právní formě. Touto právní formou pak může být pouze subjektivní povinnost, totiž povinnost snášet takové nepříznivé následky. Tato subjektivní povinnost má nutně relační charakter a uskutečňuje se vždy v rámci určité právní vazby, ať již jde o vazbu silnější a užší (pak této povinnosti odpovídá právo konkrétního subjektu), anebo jde o slabší a volnější právní vazbu (pak je tato povinnost ve vztahu k množině konkrétně určených subjektů). Z uvedeného Macur dovozuje, že všechny sankce jsou z tohoto pohledu stejné povahy, ve všech případech tedy mají formu subjektivní povinnosti.

Na základě uvedené argumentace Macur dochází k závěru, že uplatnění právní odpovědnosti a právní sankce spadá v jedno. Naopak nelze dokázat uplatnění takových sankcí, které by za následek vznik odpovědnosti neměly. Macur řadí mezi sankce mající za následek vznik odpovědnosti také neplatnost právního úkonu, skutečnost, že právo, které by jinak vzniklo nevznikne, změnu primární povinnosti co do její dospělosti i přechod nebezpečí nahodilé zkázy, ztráty a poškození věci.¹⁰

Na otázku, zda sankce a odpovědnost jsou jedno a to samé, však Macur závěrem odpovídá, že naprostá shoda mezi nimi není. Sankce je podle něj určitým ustanovením objektivního práva,

¹⁰ Macur J. op. cit. sub 1, s. 61-63

zatímco odpovědnost je právní postavení subjektu, který porušil právní povinnost a má snášet nepříznivé následky stanovené sankční normou.¹¹

4. ZÁVĚR

Prof. Macur svou prací o právní odpovědnosti posunul diskusi o tomto pojmu výrazným způsobem vpřed.

Úvahy o sankčním pojetí právní odpovědnosti, které v české právní vědě vždy převažovalo, obohatil Macur o závěry týkající se mechanismu právní regulace sankce a odpověď na otázku, zda v civilním právu existují takové sankce, které nemají odpovědnostní charakter.

Tím se ovšem význam Macurova díla o právní odpovědnosti ani zdaleka nevyčerpává, jak bylo uvedeno již v úvodu, Macur ve své práci provedl komplexní a systematické zpracování problematiky tohoto právního pojmu, v jehož rámci analyzoval nejen pojem samotné právní odpovědnosti, ale také řadu dalších právních pojmů a institutů, které s pojmem právní odpovědnosti souvisí.

Úvahy, myšlenky a právní závěry, které prof. Macur ve své práci o právní odpovědnosti prezentoval, stále jsou a zřejmě i zůstanou trvalou součástí „zlatého fondu“ české právní vědy v oblasti občanského práva hmotného.

Literatura:

- Macur J., Odpovědnost a zavinění v občanském právu. Brno: UJEP, 1980
- Knapp V. Některé úvahy o odpovědnosti v občanském právu. Stát a právo, I., 1956, s. 66
- Luby Š. Prevencia a zodpovednosť v občianskom práve I. Bratislava, 1958
- Knappová M. Povinnost a odpovědnost v občanském právu. Praha: ČSAV, 1968

Kontaktní údaje na autora – email:

Jiri.Handlar@law.muni.cz

¹¹ *Macur J.* op. cit. sub 1, s. 63

SOUDNÍ ROZHODOVÁNÍ O NÁKLADECH ŘÍZENÍ

IVANA HENDRYCHOVÁ

Právnická fakulta Masarykovy univerzity, Česká republika

Abstrakt v rodném jazyce

Předmětem pojednání je rozhodování soudu o náhradě nákladů řízení a jejich výši v případech, kdy se dle něj jedná o věci „typově jednoduché“. V takových případech soudy často přistupují ke stanovení výše náhrady nákladů řízení dle vyhlášky č. 177/1996 Sb., ač by dle občanského soudního řádu měly aplikovat vyhlášku č. 484/2000 Sb. Dochází tak k nepřiměřenému zvýhodňování žalovaných a omezování práva žalobců na spravedlivý proces.

Klíčová slova v rodném jazyce

Náklady řízení, výše nákladů řízení, typově jednoduché věci, vyhl. č. 484/2000 Sb., vyhl. č. 177/1996 Sb.

Abstract

The article is dealing with the juridical decision making in the area of trial costs and its compensation in simple disputes. The trial costs are in comparison with the principal mostly much higher and the courts apply in such cases not the ordinance 484/2000 code, but the ordinance 177/1996 code. Through this procedure is to the defendants given an advantage over the accusers and the claimers right to a fair trial is being limited.

Key words

Trial costs, height of trial costs, simple disputes, ordinance 484/2000 code, ordinance 177/1996 code.

1. ÚVOD

Rozhodování o nákladech řízení tvoří integrální součást soudního rozhodování. Právní úprava tohoto institutu je zakotvena v Hlavě třetí Části třetí zákona č. 99/1963 Sb., občanský soudní řád, ve znění pozdějších předpisů (dále jen „o.s.ř.“). Tato problematika, související s náhradou nákladů řízení a rozhodování o nich, je oblastí velice zajímavou a aktuální, avšak i přes svou důležitost často opomíjenou. Jelikož konečné rozvržení nákladů sporného řízení zásadně závisí, resp. by mělo záviset, na konečném rozhodnutí ve věci samé, plní rozhodnutí o přiznání či nepřiznání nákladů řízení do jisté míry i preventivní funkci, aby strany bezdůvodně nezahajovaly soudní spory a aby měly také snahu dohodnout se mimosoudně. Někdy bývají náklady řízení označovány i jako „procesní sankce“, což je ovšem značně polemický názor¹, který však mnohé prvoinstanční soudy svými rozhodnutími podporují.

Předmětem dalšího pojednání bude náhrada nákladů řízení a stanovení jejich výše soudem v případech, kdy se dle něj jedná o věci „typově jednoduché“.

¹ Schelleová, I. Náklady civilního soudního řízení. Občanské právo, 1997, č. 7-8, s. 34 an.

2. STANOVENÍ VÝŠE ODMĚNY ZA ZASTUPOVÁNÍ ADVOKÁTEM

Dle § 151 odst. 2 o.s.ř. generelně platí, že při rozhodování o náhradě nákladů řízení soud určí výši odměny za zastupování advokátem nebo notářem v rámci jeho oprávnění stanoveného zvláštním právním předpisem, podle sazeb stanovených paušálně pro řízení v jednom stupni zvláštním právním předpisem; jde-li však o přiznání náhrady nákladů řízení podle § 147 nebo odůvodňují-li to okolnosti případu, postupuje podle ustanovení zvláštního právního předpisu o mimosmluvní odměně.

Soud by tedy zásadně měl vycházet z vyhlášky č. 484/2000 Sb., kterou se stanoví paušální sazby výše odměny za zastupování účastníka advokátem nebo notářem při rozhodování o náhradě nákladů v občanském soudním řízení a kterou se mění vyhláška Ministerstva spravedlnosti č. 177/1996 Sb., o odměnách advokátů a náhradách advokátů za poskytování právních služeb (advokátní tarif), ve znění pozdějších předpisů (dále jen „vyhl.č. 484/2000 Sb.“). Přiznává-li náhradu nákladů řízení podle § 147 nebo odůvodňují-li to okolnosti případu, postupuje podle ustanovení zvláštního právního předpisu o mimosmluvní odměně, kterým je vyhláška č. 177/1996 Sb., o odměnách advokátů a náhradách advokátů za poskytování právních služeb (advokátní tarif), ve znění pozdějších předpisů (dále jen „advokátní tarif“).

Je však takovou „okolností případu“ pouze tvrzená „procesní jednoduchost věci“?

3. MODELOVÉ ROZHODNUTÍ SOUDU O NEPOUŽITÍ VYHLÁŠKY Č. 484/2000 SB.

Vezměme si situaci, kdy účastník soudního řízení, zastoupen advokátem, podává žaloby ve věcech, jako jsou zaplacení jízdného a přírážky k jízdnému v hromadné dopravě, zaplacení dluhu ze spotřebitelských úvěrů či leasingu, zaplacení dlužného pojistného, apod. Ač je takový účastník většinou právnickou osobou, je to účastník jako každý jiný, a jelikož účastníci soudního řízení jsou si před soudem rovni, má právo, stejně jako protistrana, být zastoupen advokátem.

Takový účastník, zastoupen advokátem, podá k soudu návrh na zahájení soudního řízení. Soud jeho návrhu vyhoví a vydá platební rozkaz. Uloží žalovanému zaplatit žalobci jistinu a úrok z prodlení, soudní poplatek a odměnu advokáta. Takovýto postup je zcela v pořádku, až na to, že při stanovení výše odměny advokáta soud přistoupí nikoli k aplikaci vyhlášky č. 484/2000 Sb., nýbrž k použití advokátního tarifu.

Dle současné rozhodovací praxe Krajských soudů je třeba v případě, že při rozhodnutí o nákladech řízení v platebním rozkazu není pro určení odměny advokáta použita vyhl. č. 484/2000 Sb., je nutno výrok o nákladech řízení odůvodnit² a tedy odůvodní soud svůj postup tak, že ač si vědom § 142 odst. 1 o.s.ř. a jím daného práva účastníku, který měl ve věci plný úspěch na přiznání náhrady nákladů potřebných k účelnému uplatňování nebo bránění práva proti účastníku, který ve věci úspěch neměl, dospěl soud k názoru, že náklady na odměnu advokáta v takovém případě nebyly vynaloženy účelně.

V konkrétní věci³ soud provedl vlastní analýzu a dovedl, že zákonodárce se při tvorbě vyhl. č. 484/2000 Sb. vůbec nezabýval účelností vynaložených nákladů. I zákonodárce musí

² Viz např. rozhodnutí Krajského soudu v Hradci Králové, sp. zn. 26 Co 268/2008.

³ Rozhodnutí Okresního soudu v Trutnově, sp. zn. 36 Ro 695/2008.

respektovat, že rozhodnutí soudu má být spravedlivé, a to včetně rozhodnutí o náhradě nákladů řízení. Rozhodnutí o náhradě nákladů řízení se nesmí jevit jako tvrdost vůči účastníkům a nesmí odporovat dobrým mravům. Není tedy možné, aby paušální sazba byla stanovena jakkoli, tudíž i zákonodárce musí přihlížet k povaze a náročnosti jednotlivých druhů sporů, přičemž by měl zohledňovat i jiná kritéria, než jen předmět řízení. Těmito jinými kritérii by měl být jednak způsob rozhodnutí o žalobě a jednak typová jednoduchost věci. V oblasti typové jednoduchosti věci pak soud konstatoval, že řízeními, kde jsou věci „typově jednoduché“ jsou řízení, ve kterých na jedné straně stojí subjekt podávající velký počet takřka stejných žalob na zaplacení peněžité částky na různé žalované ze skutkově obdobných důvodů. Odměna advokáta dle vyhl.č. 484/2000 Sb. je vystavěna na předpokladu průměrného počtu 4,5 – 15 (obvykle 6-9) úkonů právní služby v řízení v jednom stupni. V situaci, kdy v typově jednoduchých sporech je učiněno přibližně 2,50 právních úkonů a kde na jedné straně stojí ekonomicky mimořádně silný subjekt, a na druhé straně nepodnikající fyzická osoba, obvykle spotřebitel, je zcela neodůvodnitelné ukládat žalovanému k náhradě odměnu odpovídající šesti úkonům právní služby, bez ohledu na to, kolik úkonů bylo zástupcem žalobce učiněno. Soud tak konstatoval, že pokud ministerstvo spravedlnosti při tvorbě podzákoného právního předpisu ignorovalo kritéria způsobu rozhodnutí o žalobě a typové jednoduchosti věci, pak jednalo se zjevnými znaky libovůle, a natolik vybočilo z mezí stanovených zákonem v § 142 odst. 1 o.s.ř. o tom, že mají být nahrazovány účelně vynaložené náklady řízení, že aplikace vyhl. č. 484/2000 sb. by byla v daném případě nezákonná. Vyhlášku č. 484/2000 Sb. pro její rozpor se zákonem tedy použít nelze a neexistuje jiný právní předpis, který by stanovil paušální odměnu advokáta za řízení v jednom stupni, postupoval soud dle § 1 odst. 2 vyhl.č. 177/1996 Sb.

Je tento postup soudu správný?

4. ROZBOR ODŮVODNĚNÍ MODELOVÉHO ROZHODNUTÍ

Domnívám se, že takovýto postup a rozhodnutí soudu nemůže být správné, a to s ohledem na hned několika důvodů:

Tvrzení soudu, že přiznání odměny dle vyhlášky 484/2000 Sb. by bylo v rozporu se zákonem, lze považovat za nesprávné s odkazem na § 1 o.s.ř.. Tento paragraf stanoví, že občanský soudní řád upravuje postup soudu a účastníků v občanském soudním řízení tak, aby byla zajištěna spravedlivá ochrana práv a oprávněných zájmů účastníků, jakož i výchova k zachovávaní zákonů, k čestnému plnění povinností a k úctě k právům jiných osob. Žalování ve výše specifikovaných případech (jízda „načerno“, nezaplacení pojistného, apod.) porušili smluvní povinnosti, tudíž neplnili své povinnosti čestně a jejich smluvní partner se tak kvůli jejich postupu dostal do role žalobce, a to z důvodu, který neleží na jeho straně. Byl proto nucen využít svého práva dle § 3 věta druhá o.s.ř.

Soudu zejména přísluší dodržovat zásady dané občanským soudním řádem, který ve svém § 151 odst. 2 jasně uvádí, že soud určí výši odměny za zastupování advokátem podle vyhl. 484/2000 Sb., jen odůvodňují-li to okolnosti případu postupuje soud dle zvláštního právního předpisu o mimosmluvní odměně (advokátní tarif). Jazykovým i logickým výkladem lze dospět k závěru, že „jen“ znamená výjimečně, nikoli libovolně.

Aplikaci advokátního tarifu namísto vyhlášky 484/2000 Sb. lze odůvodnit pouze okolnostmi případu.

4.1 CO NEMŮŽE BÝT „OKOLNOSTMI PŘÍPADU“

Okolností případu nemůže být v žádném případě jednoduchost sporu. Jak nastínil Městský soud v Praze, okolností případu, která ve smyslu ustanovení § 151 odst. 2 o.s.ř. odůvodňuje určení výše odměny advokáta podle ustanovení zvláštního předpisu o mimosmluvní odměně, není jednoduchost určitého druhu sporů.⁴ Případné nepoužití vyhl. č. 484/2000 Sb. na určení odměny advokáta za zastupování v řízení nelze odůvodnit poukazem na § 151 odst. 2 věta za středníkem o.s.ř., nejsou-li dány okolnosti vztahující se ke konkrétnímu sporu. Nehledě na skutečnost, že soudní rozhodování není jednotné v oblasti, co vlastně je „jednoduchost určitého druhu sporů“. Krajský soud v Brně například spory o placení dlužného pojistného nepovažuje za typově naprosto totožné, když žaloby obsahují větší množství rozdílných skutkových tvrzení vyplývajících již jen z rozdílnosti účastníky uzavíraných pojistných smluv, okolností neplacení pojistného a skutečností týkajících se zániku pojistných vztahů či mimosoudních jednání účastníků.⁵

Okolností případu nemůže být ani nízký počet právních úkonů žalobce. Pro podporu tohoto názoru není v zákoně a ani v podzákoném právním předpisu podpora. Okolností věci ve smyslu ust. § 151 odst. 2 o.s.ř., umožňující postup podle advokátního tarifu není sama o sobě skutečnost, že žalobce učinil nízký počet úkonů právní služby, když i se snížením odměny advokáta na jednu polovinu v konkrétních případech vyhláška č. 484/2000 Sb. výslovně počítá.⁶

Okolností případu nemůže být dále ani skutečnost, že na jedné straně stojí právnická osoba, ekonomicky silnější subjekt. Princip rovnosti je jedním ze základních principů, jimiž je soudní řízení ovládáno, a strany musí stát před soudem v rovném postavení, aniž by byla jedna nebo druhá z nich jakkoli procesně zvýhodněna.

Okolností případu nemůže být dále ani skutečnost, že jedna ze stran využila služeb advokáta. Každý má právo nechat se zastoupit advokátem a pokud v případném soudním řízení účastník využije odborné právní pomoci a nechá se zastoupit advokátem, je třeba na tuto skutečnost při zachování rovnosti subjektů občanského soudního řízení pohlížet jako na legální postup v řízení, který nemůže být považován za důvod zvláštního zřetele hodný pro nepřiznání náhrady nákladů řízení za zastoupení advokátem.⁷ Shodně též dovodil i Krajský soud v Ostravě konstatováním, že každý účastník má právo zvolit si zástupce⁸, či Krajský soud v Ústí nad Labem odůvodněním, že náklady právního zastoupení, vyčíslené řádně dle vyhl. č. 484/2000 Sb. nelze považovat za neúčelně vynaložené k uplatnění práva, nepřiměřené, neadekvátní, nebo nemravné. Nelze přitom upřít žalobkyni ústavně zaručené právo na právní pomoc v řízení před soudem jen proto, že sama zaměstnává osoby s právnickým vzděláním.⁹ Právo na přiznání přiměřené (a právním předpisem stanovené) náhrady nákladů, které úspěšné straně v řízení vzniknou, je součástí práva na spravedlivý proces a také souvisí, pokud jde

⁴ Rozhodnutí Městského soudu v Praze ze dne 17.1.2003, sp. zn. 36 Co 99/2002, publikované ve Sbírce soudních rozhodnutí a stanovisek pod č. R 61/2004.

⁵ Usnesení Krajského soudu v Brně ze dne 6.6.2008, sp. zn. 14 Co 168/2008.

⁶ Obdobně též Usnesení Krajského soudu v Brně ze dne 3.4.2008, sp. zn. 14 Co 147/2008.

⁷ Rozhodnutí Krajského soudu v Brně ze dne 22.9.2008, sp. zn. 16 Co 314/2008.

⁸ Rozhodnutí Krajského soudu v Ostravě ze dne 29.8.2008, sp. zn. 57 Co 465/2008.

⁹ Rozhodnutí Krajského soudu v Ústí nad Labem ze dne 12.7.2007, sp. zn. 11 Co 382/2007.

konkrétně o náklady právního zastoupení, s právem na právní pomoc ve smyslu čl. 37 odst. 2 Listiny základních práv a svobod.

Odměna podle advokátního tarifu, ve srovnání s konkrétní výší žalované částky, se sice zdá být vysoká, avšak tento tarif je stanoven právním předpisem ve vazbě na předmět příslušné právní věci. Smysl existence vyhlášky č. 484/2000 Sb. vyplývá z důvodové zprávy k novele o. s. ř. č. 30/2000 Sb.: „Dosavadní určování výše odměny za zastoupení advokátem (notářem), jako jednoho z druhů nákladů řízení, se řídí ustanoveními advokátního tarifu (nyní vyhlášky č. 177/1996 Sb. ve znění pozdějších předpisů) o mimosmluvní odměně a v soudní praxi se neosvědčilo. Systém odměny závislý na počtu (množství) úkonů právní pomoci je důvodem průtahů ve skončení věci (čím více úkonů, tím vyšší odměna). Výpočet odměny je složitý a natolik komplikovaný, že v mnoha případech představuje nejnáročnější část soudního rozhodnutí; rozhodnutí soudů prvního stupně o náhradě nákladů řízení je také proto často samo o sobě předmětem odvolacího řízení. K odstranění tohoto nežádoucího stavu se navrhuje, aby se advokátním tarifem řídilo pouze rozhodování o nákladech podle § 147. V ostatních případech (zejména při rozhodování o nákladech řízení podle jeho výsledku) se bude řídit výše odměny za zastupování advokátem nebo notářem zvláštním předpisem, v němž by byla stanovena paušální sazbou (bez ohledu na množství úkonů právní služby) za řízení v jednom stupni (tj. za řízení v prvním stupni, za řízení odvolací, za řízení dovolací); výše paušálních sazeb by se lišila jen podle druhu řízení, popřípadě podle předmětu řízení. Navrhovaná úprava nepochybně přispěje ke zrychlení a zjednodušení občanského soudního řízení.“ Ministerstvo spravedlnosti tak zcela jasně a přesvědčivě odůvodnilo existenci a znění daného podzákoného právního předpisu. Má-li pro příště být rozhodováno na základě jiných kritérií, než je paušální sazba dle druhu řízení, resp. dle předmětu řízení, musí to být zakotveno přímo v zákoně, popřípadě v podzákoné normě. Pouze zákonodárci náleží úvaha, zda stanoví další kritéria rozhodování o nákladech řízení. Bylo by v rozporu se základními principy dělby moci ve státě, kdy tato je rozdělena na moc zákonodárnou, výkonnou a soudní, přiznat moci soudní pravomoc rozhodovat paušalizovaně o výši náhrady nákladů řízení odlišně od zákonem stanoveného postupu a stanovit si tak vlastní systém pravidel pro rozhodování.

Hovoří-li se pak o nepřiměřené tvrdosti vzhledem k poměru jistiny a nákladů řízení, pak je soudu otevřena možnost aplikace § 150 o.s.ř. Zde je vhodné poznamenat, že aplikace § 150 o.s.ř. a použití ustanovení § 151 odst. 2 o.s.ř. jsou dva naprosto rozdílné instituty a hovoří-li soud při stanovení výše náhrady nákladů řízení o § 151 odst. 2 o.s.ř., pak není namístě argumentovat „tvrdostí vůči účastníkům a případným rozporem s dobrými mravy“, když toto spadá pod případnou aplikaci § 150 o.s.ř.

5. ZÁVĚR

Lze shrnout, že soudy by měly k rozhodování o náhradě nákladů řízení přistupovat důsledně, tak, aby svým rozhodnutím nepřiměřeně nezvýhodňovali žalované a nedávali jim indicie k tomu, aby mohli nabýt dojmu, že i v případě vyhýbání se povinností, které na sebe smluvně převzali, jim nehrozí žádná, nebo pouze malá újma. V tom kterém konkrétním případě má soudce vždy možnost využít ustanovení § 151 odst. 2 o.s.ř. a rozhodovat o nákladech řízení nikoliv dle vyhl.č. 484/2000 Sb., ale dle advokátního tarifu, nemůže tak ale generelně přistupovat ke všem obdobným případům. Dojde-li k názoru, že jsou u daného případu okolnosti zvláštního zřetele hodné zůstává mu k dispozici ještě aplikace ustanovení § 150 o.s.ř., která mu umožňuje v konkrétních případech zmírnit tvrdost dopadu rozhodnutí na účastníky.

Literatura:

- Schelleová, I. Náklady civilního soudního řízení. Občanské právo, 1997, č. 7-8, s. 34 an.
- Rozhodnutí Krajského soudu v Brně ze dne 22.9.2008, sp. zn. 16 Co 314/2008.
- Rozhodnutí Krajského soudu v Ostravě ze dne 29.8.2008, sp. zn. 57 Co 465/2008.
- Rozhodnutí Krajského soudu v Ústí nad Labem ze dne 12.7.2007, sp. zn. 11 Co 382/2007.
- Usnesení Krajského soudu v Brně ze dne 6.6.2008, sp. zn. 14 Co 168/2008.
- Usnesení Krajského soudu v Brně ze dne 3.4.2008, sp. zn. 14 Co 147/2008.
- Rozhodnutí Krajského soudu v Hradci Králové, sp. zn. 26 Co 268/2008.
- Rozhodnutí Okresního soudu v Trutnově, sp. zn. 36 Ro 695/2008.
- Rozhodnutí Městského soudu v Praze ze dne 17.1.2003, sp. zn. 36 Co 99/2002, publikované ve Sbírce soudních rozhodnutí a stanovisek pod č. R 61/2004.

Kontaktní údaje na autora – email:

53597@mail.muni.cz

ZNALECKÝ POSUDEK JAKO DŮKAZ V RÁMCI PÉČE SOUDU O NEZLETILÉ

ANNA HOŘÍNOVÁ

Právnická fakulta Masarykovy univerzity, Česká republika

Abstrakt v rodném jazyce

Článek se zabývá problematikou postavení znalců z hlediska současného stavu českého právního řádu. Pro demonstraci některých praktických problémů bylo zaměření článku zúženo pouze na užití znaleckého posudku jako důkazu v rámci některých řízení soudu v rámci péče o nezletilé. Konkrétně se jedná o rozhodovací praxi soudů o výchově a výživě nezletilých dětí. Polemizováno je se současným pojetím hodnoty znaleckého posudku jako důkazního prostředku, stejně tak, jako s aktuálním nedořešeným postavením znalců v České republice. Jsou nastíněny určité možnosti řešení, a to s ohledem na zahraniční legislativu.

Klíčová slova v rodném jazyce

Soudní znalec, znalecký posudek, svěřeni dítěte do výchovy, výchova a výživa, péče soudu o nezletilé, důkazní prostředek, hodnocení důkazů.

Abstract

An issue of this article deals with expert evidence in cases of minor children, while divorce proceedings are emphasized. There are two main fields being discussed: experts' position within Czech legal system and evidence evaluation. Role of expert evidence is overestimated in the Czech judiciary which can strongly influence result of a case. Due to the insufficient qualification requirements of the experts, expertise is often inappropriately worked out. Eventually, some legislative proposals de lege ferenda inspired by foreign legal systems are broached.

Key words

Expertise, expert evidence, minor children, custody of children, evidence evaluation, court proceedings

1. ÚVOD

Péče soudu o nezletilé, dle § 176 a násl. občanského soudního řádu v aktuálním znění, patří mezi tzv. řízení nesporná, jež lze zahájit i bez návrhu, a které je možné iniciovat i z úřední moci. Je tomu tak proto, že existuje veřejný zájem na tom, aby otázky tak zásadního významu jako jsou výchova a výživa nezletilého dítěte či jeho umístění do náhradní rodinné péče byly ohraničeny efektivním soudním rozhodnutím. Je rovněž nezbytné, aby byly řešeny s důkladností a maximální mírou důrazu na zájem dítěte, tudíž není žádoucí procesní aktivitu ponechat pouze v rukou stran. Již zmíněný § 176 občanského soudního řádu vymezuje, co se rozumí řízením ve věcech péče soudu o nezletilé. Není v možnostech tohoto příspěvku věnovat se všem takovým řízením, pozornost tudíž bude zaměřena zejména na řízení o výchově a výživě nezletilých dětí a na s tím související rozhodování soudu o styku nezletilého s tím z rodičů, komu nebyl nezletilý svěřen do péče.

V těchto řízeních je obzvláště důležité, aby byla zachována co možná největší nezávislost zájmů dítěte na vůli a přání rodičů. Často se totiž soudní řízení stává prostorem pro ventilaci rozvodové či rozchodové frustrace rodičů nezletilého a jeho zájem by tak mohl být snadno

odsunut do pozadí. Jedním z nástrojů, jak takové nežádoucí situaci čelit, je mimo jiné to, že je nezletilému ustanoven tzv. kolizní opatrovník, jímž je zpravidla orgán sociálně právní ochrany dítěte.

Dle § 26 odst. 4 zákona o rodině ve znění pozdějších předpisů: „Při rozhodování o svěřeni dítěte do výchovy rodičů soud sleduje především zájem dítěte s ohledem na jeho osobnost, zejména vloh, schopnosti a vývojové možnosti, a se zřetelem na životní poměry rodičů.“ Toto rozhodně není pro soud jednoduchý úkol, neboť zájem dítěte a ambice rodičů na demonstraci optimálního výchovného prostředí jsou snadno zaměnitelné. Důkladně a kvalitně provedené dokazování však může soudci o rodinné situaci a o tak často skloňovaném zájmu dítěte leccos napovědět. Roli zde jistě hraje i intuice konkrétního soudce, která by však neměla mít rozhodující vliv na výsledek řízení. Soudci opatrovnických soudů často využívají znaleckého posuzování jako důkazního prostředku ve věci. Jedná se z drtivé většiny o znalecké posuzování z oboru klinické psychologie. Bylo by však mylné se domnívat (ačkoliv značná část opatrovnických soudců se s tímto tvrzením ztotožňuje), že psychologický posudek znalce má mezi ostatními provedenými důkazy rozhodující vypovídací hodnotu. Jak bude rozebráno později, kriticky se k tomuto nešvaru praxe vyjádřil rovněž Ústavní soud.

Cíle tohoto příspěvku by se tedy daly shrnout do následujících bodů:

1. Analyzovat obecný význam a funkce znaleckého posudku v rámci řízení o výchově a výživě nezletilého dítěte,
2. poukázat na slabiny zákona č. 36/1967 Sb., o znalcích a tlumočnících v aktuálním znění a
3. nastínit možná legislativní řešení de lege ferenda.

2. VÝZNAM A FUNKCE ZNALECKÉHO POSUDKU Z OBORU KLINICKÉ PSYCHOLOGIE V RÁMCI ŘÍZENÍ O VÝCHOVĚ A VÝŽIVĚ NEZLETILÉHO DÍTĚTE

2.1 ZADÁNÍ A ZPRACOVÁNÍ ZNALECKÉHO POSUDKU

Nejprve by bylo vhodné definovat legislativní rámec znaleckého posuzování. V nejobecnější rovině jej tvoří samozřejmě občanský soudní řád, dále pak již zmíněný zákon č. 36/1967 Sb., o znalcích a tlumočnících ve znění pozdějších předpisů a prováděcí předpis – vyhláška č. 37/1967 Sb.

Jak již bylo řečeno, znalecký posudek z oboru klinické psychologie bývá v drtivé většině případů, kdy se rodiče nezletilého nemohou na otázkách výchovy a výživy dohodnout, pro soudce klíčem k orientaci v rodinných vztazích. Občanský soudní řád ve svém § 127 praví, že: „Závisí-li rozhodnutí na posouzení skutečností, k nimž je třeba odborných znalostí, ustanoví soud po slyšení účastníků znalce.“ Dle ustanovení § 13 odst. 1 vyhlášky č. 37/1967 Sb. je soud, který v řízení znalce ustanovil povinen ve svém opatření vymezit úkol, podle okolností případu též formou otázek tak, aby se znalec zabýval jen takovými skutečnostmi, ke kterým je potřeba jeho odborných znalostí. V řízeních o svěřeni nezletilého dítěte do výchovy a stanovení výživného, soud svůj úkol pro znalce – klinického psychologa – formuluje pomocí otázek, jež jsou již v dnešní době poměrně standardizované.¹ Zde je třeba poukázat na

¹ Jedná se zejména o otázky typu: „Který z rodičů nezletilých dětí zaručuje lepší výchovné prostředí.“, „Jaký je vztah nezletilých dětí k matce a jaký k otci.“ atd.

skutečnost, kterou vyzdvihuje rovněž judikatura (R 20/1980, R 1/1981), a to, že by otázky v žádném případě neměly být konstruovány takovým způsobem, aby znalci ukládaly právní posouzení věci.²

Znalec na základě vyšetření rodinných příslušníků zpracuje písemné vyhotovení svého posudku, jež doručí soudu. Soud k tomuto písemnému posudku znalce obvykle také vyslechne. „Jen výjimečně se soud může spokojit s písemně podaným znaleckým posudkem, aniž by znalce vyslechl k obsahu posudku.“³

Pro to, aby znalec mohl na zadané otázky odpovědět, musí učinit některé úkony. Předně by si měl důkladně prostudovat spisový materiál, jelikož by mohl obsahovat informace důležité pro volbu metod znaleckého posuzování. Zde je míněna např. situace, kdy spisový materiál obsahuje rozsudek trestního soudu, kterým byl otec nezletilých uznán vinným ze spáchání trestného činu týrání osoby žijící ve společně obývaném bytě nebo domě dle § 215a trestního zákona či za týrání svěřené osoby dle § 215 téhož předpisu. Tato informace by pro znalce měla mít klíčový význam pro zaujetí postoje k situaci jako takové a pro volbu diagnostických metod.

Znalec se samozřejmě také musí osobně setkat s jednotlivými rodinnými příslušníky, a to i v jejich vzájemné interakci.⁴ Pro vyšetření jejich psychického profilu a detekci vzájemných vztahů užívá znalec odborných metod dle svého uvážení (např. dotazování, náhodné asociace, imaginace, psychologické testy apod.). Na základě vyhodnocení takto získaných informací potom konstruuje svoje poznatky o situaci a odpovídá na zadané otázky. Znalec by se měl ve svých závěrech vyvarovat právního hodnocení situace, což bývá v současné době značně rozšířeným nešvarem praxe. Na tuto skutečnost poukazuje ve svém nálezu II. ÚS 2630/07 také Ústavní soud. V závěrech znaleckých posudků „...jsou mnohdy formulovány odpovědi na dotazy soudů, které překračují meze odborného posouzení a zasahují přímo do rozhodování soudů tím, že dávají přímý návod, jak má soud ve věci rozhodnout. Soudní rozhodnutí pak není rozhodnutím nezávislého soudu, ale soudního znalce.“ Právě zmíněná kritika zasahování závěrů znalců do nezávislého rozhodování soudu souvisí také s hodnocením důkazů. O této otázce bude dále ještě pojednáno.

Vhodně zvolené metody posouzení vztahů mezi nezletilým dítětem a jeho rodiči, potenciálu a vhodnosti jejich výchovného prostředí a v neposlední řadě také skryté motivace obou rodičů, mohou vnést světlo do často velice spleťtých rodinných vztahů a pomoci tak opatrovnickému soudci zorientovat se v situaci a následně si učinit závěry relevantní pro své rozhodnutí ve věci. Je však třeba uvědomit si, že znalecký posudek není instrumentem jediným, že pro objasňování skutečností důležitých pro rozhodnutí existuje více možností.

² Bureš, J. in Bureš, J., Drápal, L., Krčmář, Z. a kol.: Občanský soudní řád: komentář. I díl, (§1 až §200za). 7. vydání. Praha: C.H. Beck, 2006, s. 596.

³ Bureš, J. in Bureš, J., Drápal, L., Krčmář, Z. a kol.: Občanský soudní řád: komentář. I díl, (§1 až §200za). 7. vydání. Praha: C.H. Beck, 2006, s. 592.

⁴ Zde by měl znalec umět zvolit citlivý postup, jelikož v určitých situacích může být interakce dítěte s jedním z rodičů značně traumatizující.

Jak již bylo řečeno, určujícím kritériem pro volbu výchovného prostředí nezletilého dítěte je jeho zájem. Zhodnocení toho, co je v zájmu nezletilého dítěte a konečné rozhodnutí o tom, kterému z rodičů bude nezletilý svěřen do výchovy, je ponecháno výhradně v kompetenci nezávislého a nestranného soudu. V publikaci Rozvodová tematika a moderní psychologie⁵ je nepochopení této skutečnosti zcela evidentní. Autor kritizuje ustanovení § 26 odst. 4 s tím, že není jasné, která kritéria jsou více a která méně důležitá. Elegantně tak opomíjí zájem dítěte jako elementární východisko a premisu celého procesu hodnocení kvality výchovného prostředí a dalších proměnných důležitých pro rozhodnutí ve věci a do popředí staví osobnost rodiče, jeho vztah k dítěti, charakter a morálku a strukturu mravních norem rodičů. Toto pojetí pak vypovídá o tristní marginalizaci osoby dítěte a jeho postavení nejen v rámci znaleckého posuzování, ale i v rámci soudního řízení.

2.2 HODNOCENÍ DŮKAZU ZNALECKÝM POSUDKEM A ZÁSADA VOLNÉHO HODNOCENÍ DŮKAZŮ

Jednou z elementárních a nezpochybnitelných zásad civilního procesu je zásada volného hodnocení důkazů formulovaná § 132 občanského soudního řádu. „Zásada volného hodnocení důkazů vyjadřuje, že závěr, který si soudce učiní o pravdivosti či nepravdivosti tvrzených skutečností vzhledem ke zprávám získaným z provedených důkazů, je věcí vnitřního soudcova přesvědčení a jeho logického myšlenkového postupu.“⁶

Dle § 132 občanského soudního řádu hodnotí soud důkazy dle své úvahy, a to každý důkaz jednotlivě a všechny důkazy v jejich vzájemné souvislosti. Vzhledem k zaměření tohoto příspěvku si budeme všimát zejména hodnocení znaleckého posudku coby důkazního prostředku. Musíme však nejprve vyzdvihnout ten požadavek, aby soud vždy vnímal sdělení, jež mu jednotlivé důkazní prostředky poskytují, v jejich vzájemném kontextu. Jenom vazby mezi informacemi, jež tyto důkazy poskytují, mohou soudci umožnit poznat vypovídací hodnotu toho kterého jednotlivého důkazu.

Otázkou je, zda je možné se znaleckým posudkem polemizovat z hlediska odbornosti jeho zpracování. Lze se ztotožnit s názorem, který je formulován jednak v rámci judikatury (R 1/1981), jednak v rámci odborné literatury, tedy, že nikoliv, že soud může hodnotit přesvědčivost znaleckých závěrů pouze z hlediska jeho úplnosti ve vztahu k zadání, potom logické odůvodnění znaleckého nálezu a jeho soulad s ostatními provedenými důkazy.⁷ Soud by v žádném případě na závěry znaleckého posudku neměl bez dalšího spoléhat.

Pokud soud dospěje k závěru, že lze o správnosti znaleckého posudku z nějakého důvodu pochybovat, umožňuje mu § 127 odst. 2 nechat si vypracovat tzv. revizní znalecký posudek. Obecně se však dá říci, že ke zpracování revizního znaleckého posudku soud přikročí zejména tehdy, předloží-li jedna ze stran znalecký posudek zpracovaný mimo řízení, který uvádí odlišné závěry. Není to však povinnost soudu, je to pouze možnost, jak se vypořádat

⁵ Bakalář, E. In Bakalář, E. a kol.: Rozvodová tematika a moderní psychologie. Praha: Nakladatelství Karolinum, 2006, s. 16.

⁶ Bureš, J. in Bureš, J., Drápal, L., Krčmář, Z. a kol.: Občanský soudní řád: komentář. I díl, (§1 až §200za). 7. vydání. Praha: C.H. Beck, 2006, s. 609.

⁷ Bureš, J. in Bureš, J., Drápal, L., Krčmář, Z. a kol.: Občanský soudní řád: komentář. I díl, (§1 až §200za). 7. vydání. Praha: C.H. Beck, 2006, s. 593 a 613.

s rozpornými odbornými informacemi. Pokud však soud revizní posudek zpracovat nenechá a přikloní se k závěru jednoho znaleckého posudku, musí své pohnutky v odůvodnění rozsudku řádně objasnit.

V již zmiňovaném nálezu Ústavního soudu (II. ÚS 2630/07) je pregnantně vyjádřen problematický přístup soudů k hodnocení znaleckého posudku jako důkazního prostředku obecně: „Postup soudů v tomto posuzovaném případě nese rysy typické pro postup soudů v těchto věcech. Je charakterizován formálním, schematickým pohledem na projednávaný případ, bez snahy o individuální přístup ke každému jednotlivému případu a naprosto nekritickým přejímáním závěrů znaleckých posudků, v nichž jsou mnohdy formulovány odpovědi na dotazy soudů, které překračují meze odborného posouzení a zasahují přímo do rozhodování soudů tím, že dávají přímý návod, jak má soud ve věci rozhodnout. Soudní rozhodnutí pak není rozhodnutím nezávislého soudu, ale soudního znalce.“

3. NĚKTERÉ NEDOSTATKY ZÁKONA Č. 36/1967 SB., O ZNALCÍCH A TLUMOČNÍCÍCH V AKTUÁLNÍM ZNĚNÍ A MOŽNOSTI JEJICH ODSTRANĚNÍ

Dle § 1 předmětného zákona, je jeho účelem „...zajištění řádného výkonu znalecké a tlumočnické činnosti v řízení před státními orgány...“. Tento předpis mimo jiné určuje, jaké předpoklady musí splňovat ten, kdo chce být ustanoven znalcem, podmínky výkonu znalecké činnosti, odměňování znalce a jeho odvolání.

Zákon o znalcích a tlumočnících vznikl v době hlubokého socialismu, byl však měněn pouze jedinkrát, a to v roce 2006. Jak uvádí Kolářková, na svoji dobu byl zákon poměrně pokrokový.⁸ Dnes se totéž však již říci nedá a aktuální legislativní rámec výkonu znalecké činnosti je zcela nedostačující, a to hned z několika důvodů.

3.1 ODBORNÁ ZPŮSOBILOST ZNALCE

Znaleckou činnost může vykonávat pouze osoba (fyzická či právnická), která je zapsána do seznamu znalců. Prvním z bodů kritiky je zcela vágně formulovaná suma požadavků na odbornost adepta na jmenování znalcem. Není definována žádná podmínka odpovídajícího stupně vzdělání či délka potřebné praxe. Lze se ztotožnit s názorem, který uvádí autor publikace „A Practical Approach to Civil Procedure“⁹, a to, že je rozdíl, pokud hodnotíme potřebné předpoklady pro výkon funkce znalce např. z oboru automechaniky a z oboru lékařství. Adeptovi na výkon znalecké činnosti z oboru automechaniky budou zřejmě užitečnější zkušenosti nabyté léty praxe, lékař bude krom toho ještě potřebovat specifické vysokoškolské vzdělání. Tak či tak, zákon by měl jasně definované požadavky obsahovat.¹⁰

⁸ Kolářková, J.: Jednou znalec, navždy znalec. Aneb jak se žije znalcům v Česku. Via Iuris ONLINE, [citováno dne 8. 11. 2008]. Dostupný z: <http://viaiuris.pilaw.cz/index.php?p=msg&id=164>.

⁹ Sime, S.: A Practical Approach to Civil Procedure. Ninth Edition. New York: Oxford University Press, 2006, p. 342.

¹⁰ Na základě jednání Civil Justice Council z června 2005 vznikl „Protocol for the Instruction of Experts to give Evidence in Civil Claims“, který mimo jiné klade na kvalifikaci znalce značné požadavky. Znalec musí mít nejen akademické vzdělání a profesionální kvalifikaci, ale v obzvlášť specializovaných otázkách musí ještě prokázat specifické znalosti a schopnosti, jež mu umožňují posudek vypracovat. [Citováno dne 5. 11. 2008]. Dostupný z: http://www.justice.gov.uk/civil/procrules_fin/contents/form_section_images/practice_directions/pd35_pdf_eps/pd35_prot.pdf

Ministerstvo spravedlnosti již na novele zákona o znalcích a tlumočnických pracuje¹¹ a ve výše kritizovaném bodě učinilo krok k lepšímu. Adept na zapsání do seznamu má mít dle navrhované právní úpravy mimo jiné „...odpovídající odbornou kvalifikaci vyjádřenou dosaženým vzděláním v oboru“ a „...nejméně pět let působí s prokazatelnými výsledky v oboru.“¹²

3.2 DÉLKA A KVALITA VÝKONU ZNALECKÉ ČINNOSTI, PROFESNÍ STANDARDY

V českých legislativních podmínkách není výkon znalecké činnosti nijak časově omezen. To by samo o sobě nevadilo, kdyby byla odborná způsobilost znalců periodicky ověřována a kdyby existoval systém povinného dalšího vzdělávání znalců.¹³ Například v rakouských podmínkách jsou znalci zapisováni do seznamu na pět let s tím, že je možné zápis opakovaně prodloužit o deset let. Ve Francii jsou sice znalci jmenováni bez časového omezení, seznamy jsou však každoročně revidovány. Je totiž zcela mylné domnívat se, že si znalec vystačí po celou svoji soudně-znaleckou kariéru se statickou odbornou výbavou. Prospěšné se zdá být rovněž klást větší důraz na hodnocení práce znalce. Pokud totiž nad sebou znalec necítí žádnou kontrolu a pro zachování své pozice nemusí vyvíjet žádné úsilí, zcela chybí i jeho motivace zpracovávat své posudky kvalitně a důkladně.¹⁴ V současné době je hodnocení činnosti znalců v rukou předsedů krajských soudů a Ministerstvo spravedlnosti ČR.

Zákon o znalcích a tlumočnických předvídá v § 16 vznik „sborů pro znalecké otázky“. Úkolem těchto sborů by mělo být „...spolupůsobit při jmenování znalců, stanovit odborné předpoklady nutné pro jmenování znalcem, pečovat o zdokonalování zvláštní kvalifikace znalců...“. V současné době však existuje pouze sbor pro písmoznalectví při Ministerstvu spravedlnosti a u některých krajských soudů fungují sbory pro ekonomiku a dopravu.¹⁵

Zcela chybí profesní sdružení znalců, ve kterém by bylo povinné členství, a které by mohlo vůči členu, jenž se zpronevěří svému poslání či jej nevykonává řádně, zahájit kárné řízení. Rovněž by existence tohoto orgánu byla prospěšná coby instituce, která generuje profesní a etické standardy určené svým členům. Již zmíněná připravovaná novela zákona o znalcích a tlumočnických zřízení profesního sdružení znalců předvídá, ačkoliv negativně hodnotí s tím spojenou finanční zátěž.

¹¹ Závěrečná zpráva návrhu zákona, kterým se mění zákon č. 36/1967 Sb., ve znění pozdějších předpisů. [citováno dne 8. 11. 2008]. Dostupný z: <http://portal.justice.cz/ms/ms.aspx?j=33&o=23&k=4977&d=281665>.

¹² Kolářková, J.: Jednou znalec, navždy znalec. Aneb jak se žije znalcům v Česku. Via Iuris ONLINE, [citováno dne 8. 11. 2008]. Dostupný z: <http://viaiuris.pilaw.cz/index.php?p=msg&id=164>.

¹³ Se stanovením profesních standardů pro jednotlivá odvětví a jazyky, jejichž splnění bude muset znalec periodicky prokazovat, počítá i navrhovaná novela zákona o znalcích a tlumočnických. Viz. Závěrečná zpráva návrhu zákona, kterým se mění zákon č. 36/1967 Sb., ve znění pozdějších předpisů. [citováno dne 8. 11. 2008]. Dostupný z: <http://portal.justice.cz/ms/ms.aspx?j=33&o=23&k=4977&d=281665>

¹⁴ Problémy v činnosti soudních znalců z oboru zdravotnictví. Systémové doporučení č. 7. [Citováno dne 3. 11. 2008]. Dostupný z: <http://www.llp.cz/cz/systemova-doporuceni/systemove-doporuceni-c-7-p7>.

¹⁵ Kolářková, J.: Jednou znalec, navždy znalec. Aneb jak se žije znalcům v Česku. Via Iuris ONLINE, [citováno dne 8. 11. 2008]. Dostupný z: <http://viaiuris.pilaw.cz/index.php?p=msg&id=164>.

4. ZÁVĚR

Zamyslíme-li se nad tím, do jaké míry může znalecký posudek ovlivnit náš život nebo život našich dětí, zdá se být zcela na místě podrobovat aktuální legislativní stav kritice. Nejedná se však pouze o právo psané, nýbrž také o jeho uvádění v život soudními orgány. Způsob užití právních předpisů totiž může významně modifikovat samotný výsledek soudního jednání, jak se ostatně dalo vypořádat mezi řádky tohoto příspěvku. Nezbyvá než uzavřít parafrází několikrát citovaného nálezu Ústavního soudu. Schematické uplatňování práva bez individuálního přístupu k projednávanému případu vede k popření účelu práva samotného, tedy k popření jeho úlohy jako systému, který naplňuje lidsko-právní ideu.

Literatura:

- Bakalář, E. In Bakalář, E. a kol.: Rozvodová tematika a moderní psychologie. Praha: Nakladatelství Karolinum, 2006, s. 16. ISBN 8024610892.
- Bureš, J. in Bureš, J., Drápal, L., Krčmář, Z. a kol.: Občanský soudní řád: komentář. I díl, (§1 až §200za). 7. vydání. Praha: C.H. Beck, 2006, s. 609. ISBN 8071793787
- Kolářková, J.: Jednou znalec, navždy znalec. Aneb jak se žije znalcům v Česku. Via Iuris ONLINE, [citováno dne 8. 11. 2008]. Dostupný z: <http://viaiuris.pilaw.cz/index.php?p=msg&id=164>.
- Problémy v činnosti soudních znalců z oboru zdravotnictví. Systémové doporučení č. 7. [Citováno dne 3. 11. 2008]. Dostupný z: <http://www.llp.cz/cz/systemova-doporučení/systemove-doporučení-c-7-p7>.
- „Protocol for the Instruction of Experts to give Evidence in Civil Claims“, který mimo jiné klade na kvalifikaci znalce značné požadavky. Znalec musí mít nejen akademické vzdělání a profesionální kvalifikaci, ale v obzvlášť specializovaných otázkách musí ještě prokázat specifické znalosti a schopnosti, jež mu umožňují posudek vypracovat. [Citováno dne 5. 11. 2008]. Dostupný z: http://www.justice.gov.uk/civil/procrules_fin/contents/form_section_images/practice_directions/pd35_pdf_eps/pd35_prot.pdf
- Sime, S.: A Practical Approach to Civil Procedure. Ninth Edition. New York: Oxford University Press, 2006, p. 342.
- Závěrečná zpráva návrhu zákona, kterým se mění zákon č. 36/1967 Sb., ve znění pozdějších předpisů. [citováno dne 8. 11. 2008]. Dostupný z: <http://portal.justice.cz/ms/ms.aspx?j=33&o=23&k=4977&d=281665>.

Kontaktní údaje na autora – email:

Horinova.anna@seznam.cz

PROCESNÍ PRÁVA DÍTĚTE – PRÁVO BÝT SLYŠENO

MICHAELA HRUBÁ

Právnická fakulta Masarykovy univerzity, Česká republika

Abstrakt v rodném jazyce

Článek se věnuje problematice práva dítěte vyjádřit svůj názor a přání v řízeních, jež se jej dotýkají. Zpracovává téma z pohledu mezinárodních dokumentů – Úmluvy o právech dítěte, Evropské úmluvy o výkonu práv dětí a Úmluvy o ochraně dětí a spolupráci při mezinárodním osvojení. Dále je zohledněna úprava obsažená v nařízení ES 2201/2003, Brusel II., vnitrostátní právní úpravě i návrhy de lege ferenda.

Klíčová slova v rodném jazyce

Právo dítěte vyjádřit svůj názor, být slyšeno, Úmluva o právech dítěte, Evropská úmluva o výkonu práv dětí, novela osř. zákonem č. 295/2008 Sb.

Abstract

This article deals with the problematic of the right of the child to express his opinion and wishes in the judicial proceedings, which are connected to the person of the child. The theme is view from the perspective of the international documents - the Convention on the Rights of the Child, the European Convention on the Exercise of Children's Rights, the European convention on Convention on Protection of Children and Co-operation in Respect of Intercountry Adoption. It contains the law of the EU, effective acts and the future intended legislation too.

Key words

Right of the child to express his opinion, the Convention on the Rights of the Child, the European Convention on the Exercise of Children's Rights, the European convention on Convention on Protection of Children and Co-operation in Respect of Intercountry Adoption. amendment to the civil procedure act No. 295/2008 Col.

1. ÚVOD

Je velkým trendem nejenom evropským, ale i celosvětovým, upravovat a zakotvovat v právních normách nejrůznější právní síly základní práva osob. K základním právům se připojují zrcadlové povinnosti dalších subjektů spolu s otázkou, jakým způsobem uznaná práva užívat, chránit je, domáhat se jich a bránit je před rušením.

Lze tak pozorovat, jak jsou ruku v ruce hmotněprávním právům a povinnostem zakotvována práva podřaditelná i pod právo procesní, jakým je např. právo na spravedlivý proces, které ve svých důsledcích vede až ke konkrétní úpravě procesních oprávnění a povinností.

Od počátku 20 století, zřetelně však od druhé poloviny či poslední čtvrtiny minulého století, je možno identifikovat cílevědomý tlak na úpravu nejenom základních práv dětí, ale i možností ochrany těchto práv a to i cestou soudní.¹

¹ Dítě má možnost domáhat se ochrany svých práv i mimo občanské právo procesní, např. v rámci sociálně právní ochrany dítěte. Tato problematika však již přesahuje rámec tohoto příspěvku a nebude v něm zohledněna.

Nejvýznamnějším právem, které může nezletilé dítě použít vůči soudu a před ním, je právo být slyšeno, vyjádřit svůj názor a s ním spojená další práva, kterými se bude zabíráno níže, dále je také dítěti za určitých okolností přiznána procesní způsobilost i pro řízení před Ústavním soudem.² Dítě tak již není pouze objektem, o kterém se jedná, ale stává se aktivním subjektem, dostává se mu příležitosti vyjádřit svůj názor, získávat informace potřebné ke kvalifikovanému vytvoření jeho názoru, ale především se ukotvuje právo, aby byl v rámci rozhodování o dítěti brán náležitý zřetel na jeho přání a názory. To vše zamožřejmě s ohledem na nejlepší zájem dítěte³, jako nejvyšší imperativ aplikovatelný v každé věci týkající se dítěte.

Nejdůležitějšími prameny práva na mezinárodní úrovni, které upravují či se dotýkají práva dítěte vystupovat před soudem a projevit zde svůj názor, jsou:

1/ *Úmluva o právech dítěte*, která byla dne 20. 11. 1989 vyhlášena Valným shromážděním OSN v New Yorku, přičemž platnosti nabyla o necelý rok později dne 2. 9. 1990. ČR (resp. tehdy ČSFR) ji ratifikovala dne 7. 1. 1991 a byla publikována pod č. 104/1991 Sb. (dále v textu jen jako „ÚPD“)

2/ *Evropská úmluva o výkonu práv dětí* vyhlášená dne 25. 1. 1996 Radou Evropy ve Štrasburku. V platnost vstoupila od 1. 7. 2000 a ČR ji ratifikovala 7. 3. 2001. Byla uveřejněna ve sbírce pod č. 54/2001 Sb. (dále v textu jen jako „EÚVPD“)

3/ *Úmluva o ochraně dětí a spolupráci při mezinárodním osvojení* byla přijata dne 29. 5. 1993 Haagskou konferencí mezinárodního práva soukromého v Haagu a platná je od 1. 5. 1995. Počínaje 1. 6. 2000 je závazná i pro ČR a ve sbírce zákonů byla publikována pod č.43/2000 Sb. (dále v textu jen jako „ÚODSMO“)

Specifickou pozici mezi mezinárodními úmluvami má komunitární právo. Právo dítěte vyjádřit svůj názor, resp. přímo povinnost soudu tento názor si zajistit a zjistit je obsažena v ustanoveních *nařízení ES č. 2201/2003*, o příslušnosti a uznávání a výkonu rozhodnutí ve věcech manželských a ve věcech rodičovské zodpovědnosti a o zrušení nařízení (ES) č. 1347/2000. (dále v textu jen jako „nařízení Brusel II.“)

2. PROCESNÍ PRÁVA DÍTĚTE VYPLÝVAJÍCÍ Z MEZINÁRODNÍCH DOKUMENTŮ

Výše vyjmenované mezinárodní dokumenty se shodují ve skutečnosti, že dítě má právo vyjádřit svůj názor v rámci řízení, která se ho týkají a ve kterých jsou řešeny okolnosti ovlivňující jeho status. S právem být slyšeno úzce souvisí právo dítěte získat potřebné informace k vytvoření tohoto názoru na věc a řízení.

Úmluvou, o které lze říci, že se specializuje na procesní práva dítěte, je EÚVPD. Na prvním místě ve výčtu práv dítěte v řízeních uvádí právo dítěte na informace a vyjádření svého názoru v řízení. Dítě má tedy právo zúčastnit se všech řízení, která se ho týkají⁴, a právo k těmto

² Viz III ÚS 125/1998.

³ Srovnej čl. 3 ÚPD: „Zájem dítěte musí být předním hlediskem při jakékoli činnosti týkající se dětí, ať už uskutečňované veřejnými nebo soukromými zařízeními sociální péče, soudy, správními nebo zákonodárnymi orgány.“

⁴ Čl. 1 odst. 3. EÚVPD: „Pro účely této úmluvy výraz soudní řízení, které se týká dítěte, znamená řízení v rodinných věcech, zejména pak to, v němž jde o výkon rodičovské zodpovědnosti, o otázky pobytu a práva styku s dítětem.“

řízení a v rámci nich získat potřebné informace a sdělit svoje stanovisko k věci v řízení projednávaném (srovnej čl. 9 odst. 2 ÚPD).

Státy se pak podle č. 12 ÚPD zavazují umožnit dítěti svobodně vyjadřovat své názory ve všech záležitostech, které se ho týkají, přičemž projevenému názoru bude věnována patřičná pozornost. Výše uvedená práva jsou však vždy podmíněna vyspělostí dítěte nejen tělesnou, ale především psychickou, morální a volní, dále jeho schopností své názory formulovat. Kritéria pro posouzení stupně vývoje dítěte s ohledem na jeho aktivní účast v soudním řízení ponechává EÚVPD na bližší ustanovení vnitrostátní právní úpravě.⁵ Totéž platí i o interpretaci názorů a stanovisek dítěte.

Je nezbytné, aby dítě než je mu dána možnost se vyjádřit k projednávané věci, mělo dostatečné množství informací a tyto mu byly poskytnuty v podobě, hloubce a formě odpovídající jeho věku a stupni vyzrálosti. Měla by mu být také poskytnuta porada a vysvětleny důsledky jeho rozhodnutí. Otázkou však zůstává, kdo má být subjektem, který dítěti informace podá. Dítě se totiž bude vyjadřovat svůj názor v pro něj velice citlivé záležitosti, kdy má například rozhodnout o preferenci své mezi rodiči. Osoba, jež tedy bude mít poskytnout dítěti informace či konzultaci, by tak měla mít dostatečnou kvalifikaci v oblasti psychologie či pedagogiky a měla by být nestranná, aby nedošlo k možná i nechtěné manipulaci s dítětem.

Dítěti je dle dikce EÚVPD dále přiznáváno právo na určení zvláštního zástupce, který by ho zastupoval v soudním řízení, pokud by jeho rodiče nebo jiné osoby mající rodičovskou zodpovědnost tuto funkci vykonávat nemohli z důvodu konfliktu zájmů.⁶ Toto právo však může být vnitrostátní úpravou omezeno na určitý okruh dětí, které mají podle vnitrostátních předpisů dostatečnou mentální kapacitu, aby chápaly situaci (srovnej čl. 4 EÚVPD). Možnost přidělit dítěti zvláštního zástupce je také limitována tím, zda mu nebyl přidělen zástupce z moci úřední podle čl. 9 EÚVPD.⁷ Odst. 2. zmíněného článku umožňuje dítěti stanovit i jiného zástupce, advokáta, o kterého má dítěte právo požádat i v jiných situacích než je střet zájmů. Úlohu všech zástupců vymezuje čl. 10 EÚVPD.⁸

⁵ Čl. 3 EÚVPD: „Právo na informace a na vyjádření názoru v řízení

Dítě, které má podle vnitrostátních předpisů dostatečnou schopnost chápat situaci, bude mít v soudním řízení, které se jej týká, zaručena následující práva nebo bude mít možnost se těchto práv domáhat:

- a) dostávat příslušné informace,
- b) být konzultováno a moci vyjádřit svůj názor,
- c) být informováno o možných důsledcích vyhovění jeho názoru a o možných důsledcích jakéhokoliv rozhodnutí.“

⁶ Srovnej Bayerová, M. Evropská úmluva o výkonu práv dětí. Právo a rodina, 2002, č. 12, s. 17.

⁷ Srovnej Novotná, V. Evropská úmluva o výkonu práv dětí. Právo a rodina, 2000, č. 8, s. 11.

⁸ Čl. 10 EÚVPD: „1. V soudním řízení, které se týká dítěte, pokud to není v rozporu s nejlepšími zájmy dítěte, je zástupce povinen:

- a) poskytovat dítěti příslušné informace, pokud se podle vnitrostátního práva má zato, že dítě dostatečně chápe situaci;
- b) objasňovat dítěti, pokud se podle vnitrostátního práva má zato, že dítě i dostatečně chápe situaci, důsledky toho, když by jeho názoru bylo vyhověno a možné důsledky jakéhokoliv jednání učiněného zástupcem;
- c) zjišťovat názory dítěte a zprostředkovat je soudnímu orgánu.

Velice specifickou povahu má zjišťování stanoviska dítěte v otázce jeho osvojení, resp. získání jeho souhlasu s osvojením sebe sama. Touto problematikou se zabývá ÚODSMO. Souhlas dítěte s osvojením musí být dítětem dán dobrovolně, v požadované kvalifikované formě a písemně nebo písemně zaznamenán. Dítě může souhlas udělit po obdržení nutných informací o tom, jaké důsledky osvojení má a co pro dítě bude znamenat. Souhlas nesmí být podmíněn žádným finančním či jiným ziskem ani náhradami. (srovnej čl. 4 ÚODSMO)

3. PRÁVO DÍTĚTE VYJÁDŘIT SVŮJ NÁZOR DLE NAŘÍZENÍ BRUSEL II. BIS

Možnost dítěte vyjádřit svá přání a názor v řízení, jež se jej týká, je ustanoveními nařízení Brusel II. bis velmi zdůrazněno. Povinnost vyslechnout dítě v každém řízení, jež se jej týká, se stává jednou z hlavních zásad nařízení. Jako každé pravidlo i zde je zakotvena výjimka, která by měla být vykládána restriktivně, tedy že dítě nemusí být vyslechnuto, pokud by byl výsledek považován za nevhodný s přihlédnutím k věku a stupni vyspělosti dítěte. O naplnění této podmínky bude rozhodovat soud před přikročením k samotnému výslechu dítěte.

Nařízení nezasahuje do vnitrostátních postupů, jakými je výsledek prováděn, v každém případě by tato procedura měla odpovídat individualitě dítěte. Stejným principem ve spojení s potřebnou odborností a opatrností by se měl řídit i výklad a hodnocení názorů dětí.

Není jím ani stanoveno konkrétní určení konkrétní osoby či prostředí, kde by měl být výsledek proveden, avšak dle Praktické příručky pro používání nového nařízení Brusel II by mělo slyšení dítěte proběhnout v důvěrné atmosféře, která by dítěti pomohla svobodně a bez ostychu či strachu projevit svůj názor a přání.⁹

Zmíněná příručka dále klade důraz na odpovídající kvalifikaci pracovníka provádějícího výsledek, ať již je to soudce či sociální pracovník. Je nutné, aby tato osoba byla schopna odfiltrovat z výpovědi dítěte výsledek možného nátlaku či ovlivňování a na druhou stranu mu pomohla se vyrovnat s odpovědností plynoucí z vyjádření názoru a možnému vyhovění tomuto názoru.

4. PROCESNÍ PRÁVA DÍTĚTE DLE VNITROSTÁTNÍ ÚPRAVY

Ve vnitrostátním právu ČR nalezneme základní úpravu práv v procesní rovině v hlavě páté usnesení ČNR č. 2/1993 Sb., o vyhlášení Listiny základních práv a svobod ve znění pozdějších předpisů, kde je zakotveno právo na soudní a jinou právní ochranu. Z tohoto ustanovení vyplývají další práva, která již konkrétně upravuje zákon. Právo dítěte na vyjádření svého názoru nalezneme v § 31 odst. 3¹⁰ zákona č. 94/1964 Sb., o rodině, ve znění pozdějších předpisů (dále v textu jen jako „zor“), § 8 zákona č. 359/1999 Sb., o sociálně - právní ochraně dětí, ve znění pozdějších předpisů (v textu dále jen jako „zospod“) a také v §

2. Smluvní strany zváží možnost rozšířit ustanovení odstavce 1 na osoby mající rodičovskou zodpovědnost.“

⁹ Praktická příručka pro používání nového nařízení Brusel II. Znění aktualizované k 1. červnu 2005. Str. 41 – 42. Přístupné z: http://ec.europa.eu/civiljustice/parental_resp/parental_resp_ec_vdm_cs.pdf.

¹⁰ Srovnej § 31 odst. 3 zákona č. 94/1964 Sb., o rodině, ve znění pozdějších předpisů: „Dítě, které je schopno s ohledem na stupeň svého vývoje vytvořit si vlastní názor a posoudit dosah opatření jeho se týkajících, má právo obdržet potřebné informace a svobodně se vyjadřovat ke všem rozhodnutím rodičů týkajících se podstatných záležitostí jeho osoby a být slyšeno v každém řízení, v němž se o takových záležitostech rozhoduje.“

100 odst. 4¹¹ zákona č. 99/1963 Sb., občanský soudní řád, ve znění pozdějších předpisů. (dále v textu jen jako „osř“)

§ 31 odst. 4 zor koresponduje především s výše uvedeným čl. 12 ÚPD a dává dítěti právo obdržet potřebné informace a možnost se svobodně vyjařovat o záležitostech se vztahem k jeho osobě v rodině, vůči svým rodičům, i před orgány státu – soudními i správními. Neurčité zůstává, jakou relevanci a jaký vliv na konečné rozhodnutí at' rodičů či vyjmenovaných orgánů států bude mít názor dítěte. Pro rozhodování rodičů nestanovuje zákon žádné určení tohoto poměru.¹²

Konkrétnější je znění § 8 odst. 2 a 3 zospod, která stanovují nejenom možnost dítěte vyjádřit svůj názor při projednávání všech záležitostí, které se ho týkají, a to i bez přítomnosti rodičů (osob zodpovědných za jeho výchovu), ale také právo dítěte na informace o všech závažných věcech týkající se jeho osoby. Projeveným názorům dítěte věnuje orgán sociálně - právní ochrany dětí náležitou pozornost s ohledem na jeho věk a rozumovou vyspělost, při své činnosti pak bere v úvahu přání a pocity dítěte tak, aby nedošlo k ohrožení nebo narušení jeho citového a psychologického vývoje.

Zde se vychází z čl. 10 EÚVPD, která určuje úlohu zástupců dítěte (orgán sociálně – právní ochrany dětí je pro účely soudních řízení týkajících se dítěte v drtivé většině případů stanovován dítěti zástupcem – kolizním opatrovníkem). Zástupce je povinen, pokud to není v rozporu s nejlepšími zájmy dítěte poskytovat dítěti informace, zjišťovat jeho názor a zprostředkovat jej soudu, ale také „objasňovat dítěti, pokud se podle vnitrostátního práva má zato, že dítě dostatečně chápe situaci, důsledky toho, když by jeho názoru bylo vyhověno a možné důsledky jakéhokoliv jednání učiněného zástupcem.“

§ 100 osř upravuje obecné otázky průběhu řízení před soudem, přičemž se věnuje i specifikům řízení, jejichž účastníkem je nezletilé dítě. Do tohoto ustanovení, výrazně zasáhla novela osř provedená zákonem č. 295/2008 Sb., která nabyla účinnosti 1. 10. 2008. Uvedeným zákonem byl vložen odstavec třetí, který upravuje mimosoudní možnost vyřešení sporů prostřednictvím smířčího či mediačního jednání. Z hlediska tohoto tématu je však důležitý odstavec 4., jenž mění předchozí úpravu zjišťování názoru dítěte.

Ponechává se v nezměněném znění věta první, dle níž má soud postupovat tak, aby byl zjištěn názor ve věci toho dítěte, které je schopno svůj názor formulovat. K posunu však dochází ve způsobu jakým má soud dospět ke zjištění o názoru dítěte. Dle předešlé úpravy měl v této otázce velký význam zástupce dítěte nebo příslušný orgán sociálně – právní ochrany dětí, jehož prostřednictvím se měl názor dítěte zjišťovat.¹³ Nyní je pro soudce prioritní vyslechnout dítě osobně, pouze ve výjimečných případech je možné využít třetí osoby, např. zmíněného zástupce, znaleckého posudku či orgánu sociálně – právní ochrany dětí. Z odborných kruhů se

¹¹ Viz pozn. pod čarou č. 13.

¹² Blíže viz Hrušáková, M. a kol.: Zákon o rodině. Komentář. 3. vydání. Praha: C.H. Beck. 2005. Str. 112 a násl. ISBN 80 – 7179 – 912 – 2.

¹³ § 100 odst. 3 před novelou zákonem č. 295/2008 Sb.:

„V řízení, jehož účastníkem je nezletilé dítě, které je schopno formulovat své názory, soud postupuje tak, aby byl zjištěn jeho názor ve věci. Názor nezletilého dítěte soud zjistí buď prostřednictvím jeho zástupce nebo příslušného orgánu sociálně-právní ochrany dětí, anebo výsledkem dítěte; výslech lze provést i bez přítomnosti rodičů nebo jiných osob zodpovědných za výchovu dítěte. K názoru dítěte soud přihlíží s přihlédnutím k jeho věku a rozumové vyspělosti.“

však začínají ozývat hlasy zpochybňující kompetentnost soudců k takovým výsledkům nezletilých. Je navrhováno, aby bylo dítě vyslechnuto psychologem za přítomnosti soudce, popřípadě aby bylo do profesního vzdělávání opatrovnických soudců zahrnuto více speciálních školení z oblasti psychologie dítěte a způsobů jeho efektivního a citlivého výslechu.

K původnímu znění uvedeného ustanovení existuje judikatura především Ústavního soudu. V řešených případech bylo většinou namítáno porušení práva dítěte na vyjádření svého názoru před soudem, který však byl dle rozhodnutí soudu prezentován jiným způsobem ku příkladu znaleckým posudkem¹⁴ či nerespektování názoru dítěte soudem při jeho rozhodovací činnosti¹⁵. Dle současné dikce sledovaných ustanovení by se obdobné námitky měly stát ještě řidšími.

Uvedená právní úprava ponechává na úvaze soudu, jakým právně relevantním způsobem, s ohledem zejména na osobnost dítěte a okolnosti případu, stanovisko dítěte zjistí (srov. usnesení Ústavního soudu sp. zn. I. ÚS 495/01). Jako odraz negativních zkušeností z praxe byla do zákona vložena možnost vyslechnout dítě bez přítomnosti třetích osob, a to za situace, kdy by bylo možno očekávat, že by bylo dítě jejich přítomností ovlivněno a nevyjádřilo by svůj svobodný názor. Je námětem k diskusi, zda možnost vyslechnout dítě i bez přítomnosti kohokoli dalšího (rodičů i jejich právních zástupců) není porušením jejich práva na spravedlivý proces, jelikož nebudou mít možnost „kontrolovat“ průběh a formu výslechu dítěte a postup soudce, na řečené skutečnosti budou moci reagovat až ex post, jelikož jim bude přečten protokol. I případné doplňující dotazy budou moci býti zodpovězeny až po samotném výslechu dítěte, často za velmi dlouhou dobu.

Formulace o relevanci názoru dítěte pro rozhodování soudu zůstala ve stejném znění, soud tak k němu má přihlížet s tím, že jej posuzuje s ohledem na věk a rozumovou vyspělost dítěte.¹⁶ Je pouze na uvážení orgánu provádějící výslech, jakým způsobem získané informace vyhodnotí a určí jim váhu při posuzování v kontextu dalších důkazů. Rozhodující osoba by vždy měla mít na paměti, že dítě je osobností, která se dosud vyvíjí a ve svém vývoji je lehce zranitelná, ovlivnitelná a manipulovatelná. Ve chvíli, kdy se názor dítěte dostane do kontrastu k zájmům dítěte vyjádřeným například znaleckým posudkem či zprávou kolizního

¹⁴ Např. II ÚS 717/02: „Uvedená právní úprava (§ 31 odst. 3 zákona č. 94/1963 Sb., zákon o rodině ve znění pozdějších předpisů; pozn. autora) ponechává na úvaze soudu, jakým právně relevantním způsobem, s ohledem zejména na osobnost dítěte a okolnosti případu, stanovisko dítěte zjistí (srov. usnesení Ústavního soudu sp. zn. I. ÚS 495/01).“

¹⁵ III ÚS 707/2004: „...i když právo nezletilého svobodně vyjádřit svůj názor ve všech věcech, které se ho týkají, je jeho nepopíratelným právem umožňujícím, byť jen do určité míry, vyrovnat nerovné postavení např. ve vztahu k jeho rodičům, případně koliznímu opatrovníkovi, přesto konečné hodnocení (posouzení) zájmů nezletilého přísluší dospělým, resp. v projednávané věci obecným soudům, které musí korigovat představy i názory nezletilého o tom, co je pro něj v konkrétní věci vhodné a co nikoli. Obecné soudy ve smyslu ustanovení § 100 odst. 3 občanského soudního řádu tedy vyslechnou nezletilého, ale k názoru nezletilého přihlíží právě s ohledem na věk, rozumovou a citovou vyspělost nezletilého.“

¹⁶ § 100 odst. 4 po novele zákonem 295/2008 Sb (odlišná ustanovení jsou rozlišena kurzívou)

„V řízení, jehož účastníkem je nezletilé dítě, které je schopno formulovat své názory, soud postupuje tak, aby byl zjištěn jeho názor ve věci. Názor nezletilého dítěte soud zjistí výslechem dítěte. Názor dítěte může soud ve výjimečných případech zjistit též prostřednictvím jeho zástupce, znaleckého posudku nebo příslušného orgánu sociálně-právní ochrany dětí. Výslech dítěte může soud provést i bez přítomnosti dalších osob, lze-li očekávat, že by jejich přítomnost mohla ovlivnit dítě tak, že by nevyjádřilo svůj skutečný názor. K názoru dítěte soud přihlíží s přihlédnutím k jeho věku a rozumové vyspělosti.“

opatrovníka, je rozhodnutí, na kterou stranu se přiklonit, velmi obtížné, je nutné neopomenout také věrohodnost výpovědi dítěte.¹⁷

Doposud není žádným právním předpisem závazně upravena věková hranice, od které by pro soud bylo povinností zjišťovat názor dítěte, a záleží tak pouze na vůli konkrétního soudce. V praxi soudů se ustálila hranice dvanácti let, kdy jsou děti poměrně běžně vyslýchány před soudem. Dle osobního uvážení soudce někdy dochází ke zjišťování názoru dětí starších deseti let, bývá však záležitostí velice řídkou, aby před soud předstoupilo dítě mladšího školního věku. Dochází tak k nebezpečnému předpokladu, že děti do 10 let nemohou být psychicky vyspělejší než je jejich fyzický věk, i když jsou již v tomto relativně nízkém věku schopny se vyjádřit kvalitativně srovnatelně s dětmi daleko staršími, neměla by tak být přehlížena důležitost principu individuálního posouzení v každém jednotlivém případě.

5. BUDOUCÍ ÚPRAVA DLE NÁVRHU NOVÉHO OBČANSKÉHO ZÁKONÍKU 18

Navrhovaný text plně odpovídá mezinárodním závazkům plynoucím pro ČR z výše uvedených úmluv. Konkrétní úpravu můžeme nalézt v § 750 a 758, dále je zjišťování názoru dítěte upraveno ve specifické otázce souhlasu dítěte s jeho osvojením dle ust. § 690 až 692.

Je zdůrazňována povinnost soudu ještě před jeho rozhodnutím poskytnout dítěti náležité informace, aby si dítě mohlo názor na věc vytvořit a poté je sdělit soudu. Soud bude výrokům dítěte věnovat patřičnou pozornost. Je určena pevná hranice dvanácti let, kdy se vždy má za to, že dítě, které dosáhne tohoto věku, je schopno informace o řízení a záležitostech, o nich se rozhoduje, přijmout a svůj názor náležitě sdělit. Do té doby by měl soud individuálně posuzovat každé dítě, zda je schopno dostát výše vypočítaným podmínkám. Pokud soud dospěje k názoru, že dítě není dostatečně zralé pro vytvoření a sdělení svého názoru k projednávané věci, vyslechne soud takovou osobu, která je schopna hájit zájmy dítěte a zároveň její osobní zájmy nejsou v kolizi s těmi dítěte.¹⁹

Obdobně návrh občanského zákoníku upravuje i soukromé vztahy v rodině, resp. každodenní rozhodování rodičů o záležitostech dítěte. Rodičovská zodpovědnost je dána rodičům dítěte, přičemž ti ji mají vykonávat se zřetelem k zájmům dítěte. Pokud budou rodiče rozhodovat v záležitostech dotýkajících se zájmů dítěte, mají mu sdělit všechny potřebné informace, aby si mohlo vytvořit názor na věc a rodičům jej sdělit. Je zde tak jasně zřetelná paralela k

¹⁷ Srovnej Sborník stanovisek Veřejného ochránce práv č. 2. Oddíl IX. Právo dítěte být účastníkem řízení – relevance názoru dítěte. Přístupné z: www.ochrance.cz/dokumenty/dokument.php?back=/cinnost/index.php&doc=864.

¹⁸ Dle znění návrhu přístupného z www.justice.cz ke dni 8. 11. 2008.

¹⁹ Srovnej § 750 navrhovaného občanského zákoníku:

„§ 750 (1) Před rozhodnutím, které se dotýká zájmu dítěte, poskytne soud dítěti potřebné informace, aby si mohlo vytvořit vlastní názor a tento sdělit.

(2) Není-li podle zjištění soudu dítě schopno informace náležitě přijmout nebo není-li schopno vytvořit si vlastní názor nebo není-li schopno tento názor sdělit, soud bude informovat a vyslechne toho, kdo je schopen zájmy dítěte ochránit, s tím, že se musí jednat o osobu, jejíž zájmy nejsou v rozporu se zájmy dítěte; o dítěti starším dvanácti let se má vždy za to, že je schopno informaci přijmout, vytvořit si vlastní názor a tento sdělit. Názoru dítěte věnuje soud patřičnou pozornost.

rozhodování soudu. Názoru dítěte rodiče věnují patřičnou pozornost a názor dítěte berou při rozhodování v úvahu.²⁰

Návrh nového občanského zákoníku stanovuje speciální povahu vyjádření názoru dítěte týkající osvojení jeho osoby a to v § 689 a násl. Je výslovně zakotveno, že o osvojení nemůže být rozhodnuto bez osobního souhlasu dítěte, a to za podmínky, že dítěti je více než dvanáct let a je mimo jakoukoli pochybnost, že by takový postup byl v zásadním rozporu s nejlepšími zájmy dítěte nebo že dítě není schopno posoudit důsledky osvojení. Souhlasu však vždy předchází řádné poučení dítěte ze strany soudu o účelu, obsahu a důsledcích souhlasu s osvojením.

Souhlas je ale požadován i tehdy, když dítě nedosáhlo dvanácti let, udělí ho však soudem pověřená osoba opatrovníka – orgán sociálně – právní ochrany dětí. Soud má možnost vyslechnout i dítě mladší než požadovaného věku, jeho vyjádření ale vezme v potaz s ohledem na stupeň jeho duševního vývoje.²¹

6. ZÁVĚR

Právo dítěte získat informace o záležitostech, jež se ho týkají, vytvořit si na jejich základě názor a tento svobodně projevit je jedním z nejdůležitějších nástrojů realizace práv dětí. Dítě přestává být pasivním objektem rozhodování ostatních o jeho osobě, ale jeho postavení je alespoň částečně vyrovnáno s postavením osob plně způsobilých k právním úkonům (tedy i s plnou procesní způsobilostí). Možnost projevit svůj názor s sebou ale nese i odpovědnost dítěte za vyhovění jeho názoru. Dítěti by se tak mělo dostat nejenom neomezeného práva vyjadřovat se, ale také porady a konzultace odpovědné osoby (ať rodiče, sociálního pracovníka, soudce či pedagoga a psychologa), kdy by mu byly vysvětleny důsledky vyhovění, ale i nevyhovění jeho názoru tak, aby dítě nedošlo k citové či psychické újmě v důsledku přímého nerespektování jeho přání a tím poškození jeho sebevědomí jako osobnosti. Dítě by si mělo být vědomo důsledků projevení svého názoru bez toho, aby cítilo vinu za fakt, že něco si přeje víc.

Je neměnným postulátem, že ve všech činnostech týkajících se dítěte by mělo být postupováno se zřetelem k nejlepšímu zájmu dítěte. Tato skutečnost platí v plné síle v oblasti práva dítěte být slyšeno před soudem. Vždy však záleží na vůli jednotlivých zainteresovaných osob, jakým způsobem a do jaké míry budou výše uvedená práva reaspektována a realizována.

²⁰ Srovnej § 758 navrhovaného občanského zákoníku:

„§ 758 (1) Rodičovskou odpovědnost vykonávají rodiče se zřetelem k zájmu dítěte.

(2) Před rozhodnutím, které se dotýká zájmu dítěte, sdělí rodiče dítěti vše potřebné, aby si mohlo vytvořit vlastní názor o dané záležitosti a rodičům jej sdělit; to neplatí, není-li dítě schopno sdělení náležitě přijmout nebo není schopno vytvořit si vlastní názor nebo není schopno tento názor rodičům sdělit. Názoru dítěte rodiče věnují patřičnou pozornost a berou názor dítěte při rozhodování v úvahu.“

²¹ Srovnej § 691 navrhovaného občanského zákoníku:

„§ 691 (1) Nedosáhlo-li dítě věku alespoň dvanácti let, dá jeho jménem souhlas s osvojením jeho opatrovník; opatrovníkem soud jmenuje orgán sociálně-právní ochrany dětí. Dříve než dá opatrovník souhlas, zjistí všechny rozhodné skutečnosti, které ho povedou k závěru, že osvojení bude v souladu s nejlepšími zájmy dítěte.

(2) Je-li to možné, soud vyslechne i osvojované dítě a vezme jeho vyjádření v potaz s ohledem na stupeň jeho duševního vývoje.“

Literatura:

- Hrušáková, M. a kol.: Zákon o rodině. Komentář. 3. vydání. Praha: C.H. Beck. 2005. Str. 112 a násl. ISBN 80 – 7179 – 912 – 2.
- Sborník stanovisek Veřejného ochránce práv č. 2. Oddíl IX. Právo dítěte být účastníkem řízení – relevance názoru dítěte. Přístupné z: www.ochrance.cz/dokumenty/dokument.php?back=/cinnost/index.php&doc=864 .
- Kristková, V.: Práva dítěte a procesní praxe českých soudů. Přístupné z: www.viaiuris.cz .
- Bayerová, M.: Evropská úmluva o výkonu práv dětí. Právo a rodina, 2002, č. 12, s. 17.
- Novotná, V.: Evropská úmluva o výkonu práv dětí. Právo a rodina, 2000, č. 8, s. 11.
- Úmluva o právech dítěte ze dne 20. 11. 1989, Valné shromáždění OSN, New York, publikována pod č. 104/1991 Sb.
- Evropská úmluva o výkonu práv dětí vyhlášená ze dne 25. 1. 1996, Rada Evropy, Štrasburk, publikována pod č. 54/2001 Sb.
- Úmluva o ochraně dětí a spolupráci při mezinárodním osvojení ze dne 29. 5. 1993, Haagská konference mezinárodního práva soukromého, Haag, publikována pod č.43/2000 Sb.
- nařízení ES č. 2201/2003, o příslušnosti a uznávání a výkonu rozhodnutí ve věcech manželských a ve věcech rodičovské zodpovědnosti a o zrušení nařízení (ES) č. 1347/2000.
- Praktická příručka pro používání nového nařízení Brusel II. Znění aktualizované k 1. červnu 2005. Str. 41 – 42. Přístupné z: http://ec.europa.eu/civiljustice/parental_resp/parental_resp_ec_vdm_cs.pdf .
- usnesení předsednictva ČNR č. 2/1993 Sb., o vyhlášení Listiny základní práv a svobod jako součásti ústavního pořádku ČR
- zákon č. 94/1963 Sb., o rodině, ve znění pozdějších předpisů
- zákon č. 99/1963 Sb., občanský soudní řád, ve znění pozdějších předpisů
- zákon č. 359/1999 Sb., o sociálně – právní ochraně dětí, ve znění pozdějších předpisů
- zákon č. 295/2008 Sb., kterým se mění zákon č. 99/1963 Sb., občanský soudní řád, ve znění pozdějších předpisů, a zákon č. 359/1999 Sb., o sociálně – právní ochraně dětí, ve znění pozdějších předpisů

Kontaktní údaje na autora – email:

76807@mail.muni.cz

VYBRANÉ POZNÁMKY K ÚPRAVĚ DĚDICKÝCH TITULŮ V NÁVRHU NOVÉHO OBČANSKÉHO ZÁKONÍKU

MARTINA KARHANOVÁ

Fakulta právnická, Západočeská univerzita v Plzni, Česká republika

Abstrakt v rodném jazyce

Příspěvek se zabývá nejdůležitějšími změnami týkajícími se dědických titulů v návrhu nového civilního kodexu. V budoucnu by mělo být možné pořídit dvěma základními typy závěti – běžnou závětí nebo privilegovaným testamentem, přičemž privilegovaný testament může být pořízen v ústní nebo písemné formě. Druhou cestou pořízení pro případ smrti má být dědická smlouva, která může být uzavřena mezi dvěma osobami nebo mezi manželi navzájem. Stať popisuje náležitosti testamentu, privilegovaného testamentu a dědické smlouvy podle návrhu nového kodexu civilního práva.

Klíčová slova v rodném jazyce

Nový kodex civilního práva, dědictví, pozůstalost, závěť, privilegovaný testament, dědická smlouva.

Abstract

The goal of this paper is to show the most important shifts in the new code of civil law. In the future there will be two basic types of testament – testament and privileged testament. There will be possibility to get privileged testament orally or in writing form. The second way to give inheritance should be in specific type of contract – inheritance contract which can be used between two people or between a married couple mutually. This paper describes essentials for testament, privileged testament and inheritance contract according to the new civil code.

Key words

New code of civil law, inheritance, testament, privileged testament, inheritance contract.

1. NĚKOLIK SLOV ÚVODEM

V průběhu několika posledních let probíhaly nejprve přípravy a následně práce na návrhu nového kodexu občanského a části obchodního práva¹. V případě, že tento návrh úspěšně projde všemi fázemi zákonodárského procesu, bude nový občanský zákoník zřejmě obsahovat přibližně 2.800 ustanovení. Toto číslo se zdá být na první pohled vysoké, ale vezmeme-li v úvahu skutečnost, že zákon bude nově obsahovat řadu norem, jejichž předmět je dnes upraven v samostatných předpisech, nejedná se snad až o tak moc rozsáhlý předpis. Je však s podivem, že v odborném tisku se objevuje jen málo statí věnovaných tomuto návrhu. Je to ještě o to víc s podivem, že v poslední době se v odborných kruzích objevují informace, že schválení návrhu občanského zákoníku si Ministerstvo spravedlnosti ČR vytklo za prioritu s tím, že by účinnost nového občanského zákoníku měla údajně nastat již 1. lednem 2010. To předpokládá, při hrubém odhadu, délku legisvakantní lhůty v délce trvání přibližně půl roku.

¹ Návrh občanského zákoníku. [online], poslední revize neuvedena [cit. 3. 11. 2008]. URL: <<http://portal.justice.cz/ms/soubor.aspx?id=67778>>, Návrh občanského zákoníku_30 6 2008.pdf.

Před okamžikem jsem se vyjádřila, že rozsah tohoto zákonodárného díla není zase až tak veliký. V souvislosti s délkou legisvakanční lhůty, budeme-li brát v potaz délku, obsah a zejména podstatné změny a novinky, které by měly být začleněny s uvedenou účinností do našeho právního řádu, si však dovoluji tvrdit, že tato lhůta by byla příliš krátká, a to právě i s ohledem na uváděný nedostatek publikovaných odborných statí a veřejných diskusí s návrhem se pojících. Jistě, je zajímavé přečíst si v odborných periodických čas od času stať některého z následovníků autora díla, leč tyto statě jsou zpravidla v zásadě dosti obecné a zabývají se téměř vždy historickými a metodologickými východisky, spíše než samým obsahem návrhu. Vzhledem k omezení prostoru, který byl pořadateli konference určen pro jednotlivé příspěvky, se zaměřím v rámci navrhované úpravy dědického práva na jeho základní instituty, jimiž jsou dědické tituly. Nebudu se však zabývat osobou dědice, dědickými skupinami či snad nároky kladenými na svědky posledního pořízení. Vynasnažím se bez větších odboček popsat alespoň stručně základní charakteristiky dědických titulů a k nim uvedu několik poznámek.

Hned v úvodu si nemohu odpuštit reakci na mnohde uváděnou kritiku návrhu spočívající v kritice přílišné kasuističnosti. Pan prof. Eliáš jako hlavní autor díla, které je zajisté v pozitivním slova smyslu dílem úctyhodným, se vyjádřil, že s kritikami této kasuističnosti, spočívajícími v úpravě zřeknutí se dědictví, dědické smlouvy a fideikomisiární substituce, nemůže souhlasit.² V tomto ohledu se s jeho názorem ztotožňuji, neboť znovuoobnovení některých institutů, které jsou dnešnímu českému právnímu řádu vzdálené mnohdy více než padesát let, není příznakem kasuističnosti.

Nelze zde ovšem pominout poněkud jinou stránku věci. Ta podle mého názoru spočívá v tom, že v návrhu nové úpravy dědického práva skutečně existuje značná míra kasuističnosti spočívající v úpravě jednoho institutu, který má být pro futuro užíván různými způsoby za různých situací. Na mysli zde mám zejména úpravu závěti. Závěť je v návrhu upravena fakticky pro pět různých situací (z toho pro čtyři situace mimořádné, v nichž se má umožnit pořízení tzv. privilegovaného testamentu).³ K tomu je však ještě nutno přičíst nově zaváděný institut dovětku, se kterým je v zásadě v návrhu zacházeno stejně jako se závětí a podle mého názoru může v jistých případech dovětek nahradit i samotnou závěť. Pro každou z těchto závětí budou platit odlišné podmínky, a to zejména co do formálních náležitostí poslední vůle.

Návrh zavádí, jak známo, řadu pojmů, které buď nejsou dnes zákonu známy a nebo nahrazují dnes užívané pojmy. Čas od času se v odborné literatuře objevují statě o změnách terminologie v návrhu jako celku, s nimiž někdy lze a někdy nelze až do důsledku souhlasit.⁴ V oblasti dědického práva návrh do značné míry vychází ze současné zákonné úpravy a dochází zde k relativně malému množství změn v terminologii. Zavádí se nově například pojem „pozůstalost“, který má pro příště znamenat totéž, co dnes pojem „dědictví“ ve svém nejobecnějším slova smyslu, tzn. soubor veškerého majetku zůstavitele, který je po jeho smrti předmětem dědického řízení. Dědictvím pak má být ta konkrétní část pozůstalosti, kterou nabyt určitý dědic. Jsem přesvědčena, že v případě návrhu úpravy dědického práva se spíše

² Eliáš, K.: Legendy o osnově občanského zákoníku, Právní rozhledy, 17/2007

³ Je však pravdou, že v této oblasti došlo v průběhu prací na kodexu k mnohým podstatným změnám, které významným způsobem omezily plejádu variant s každým jednotlivým typem testamentu souvisejícím. K tomu srov. např. Karhanová, M.: Závěť v návrhu nového kodexu občanského práva. Několik poznámek k dědické smlouvě, in Právní rozhledy, Praha: C.H. Beck, 2007, č. 5, str. 157 – 194, ISSN 1210-6410.

⁴ Např. Spáčil, J.: Nad návrhem nového občanského zákoníku, zejména nad úpravou některých věcných práv, in Právní zpravodaj, Praha: C.H. Beck, 2003, č. 6

než o významné a nepochopitelné změny jedná o zpřesnění dnes používané terminologie, které je ku prospěchu věci.

Dědické právo má být pro futuro upraveno mnohem podrobněji než jak je tomu v současné době. Důvodem je mj. zavedení některých institutů, které dnes nejsou zákonně úpravě známé.

2. DĚDICKÉ TITULY

2.1 DĚDICKÁ SMLOUVA

Osnova klade na prvé místo v pořadí v ust. § 1280, a to i podle právní síly jednotlivých dědických titulů, dědickou smlouvu. Důvodová zpráva k tomu uvádí, že návrh se hlásí (a to nejenom na tomto místě), k zásadě volnosti zůstavitele⁵. Vzhledem k jasnému vymezení právní síly jednotlivých dědických titulů je zvláštní, že již o několik ustanovení dál, konkrétně v ust. § 1293, se pořadí (a tedy evidentně i právní síla, pokud máme vycházet z toho, že ta je dána pořadím titulů uvedených v zákoně) mění, když se zde říká, že pořízením pro případ smrti jsou závět', dědická smlouva nebo dovětek. Důvodová zpráva k tomu uvádí, že úprava těchto titulů je předřazena úpravě dědění ze zákona, neboť tyto tituly mají přednost před děděním ze zákona. Přitom však stále trvá na vyšší právní síle dědické smlouvy před závětí. Zde uvedené pořadí jednotlivých titulů má dle důvodové zprávy vycházet z toho, že závět' je častěji používaným nástrojem než dědická smlouva. Snad právě na tomto místě je vhodné zmínit, že návrh je na oficiálních stránkách ministerstva spravedlnosti spojován s heslem „Zákon pro život, zákon inspirovaný životem“.⁶ Tomuto heslu však faktická situace v některých případech v návrhu upravovaných neodpovídá, neboť pro laika může být úprava – např. právě popsany případ – do značné míry matoucí.

Podle návrhu se v případě dědické smlouvy má jednat o smlouvu uzavřenou osobně (tedy s vyloučením možnosti obecného zastoupení) mezi živými osobami, a to ve formě veřejné listiny. Touto veřejnou listinou pak zůstavitel – zletilá osoba, která nebyla omezena ve svéprávnosti⁷ – povolává jinou osobu (ať již druhou smluvní stranu či třetí osobu) za dědice nebo odkazovníka a druhá strana to přijímá.⁸

Dědickou smlouvou má být možné pořídit o $\frac{3}{4}$ majetku zůstavitele. Pokud by chtěl zůstavitel pořídit i o zbylé $\frac{1}{4}$ svého majetku, a to i kdyby ji chtěl odkázat téže osobě, se kterou již uzavřel dědickou smlouvu, může o ní pořídit již jen závětí. Domnívám se, že takováto úprava rozhodně neznamená zjednodušení možnosti pořízení pro případ smrti a pro laiky bude spíše než co jiného matoucí. Nebudu zde zabíhat do detailů, ale jistě bude zajímavé sledovat, od čeho se bude odvíjet určení právě o $\frac{3}{4}$ majetku zůstavitele, jakým způsobem se bude určovat, ve které části je případně dědická smlouva neplatná pro překročení tohoto limitu a podobně.

⁵ Důvodová zpráva. [online], poslední revize neuvedena [cit. 3. 11. 2008]. URL: <<http://portal.justice.cz/ms/soubor.aspx?id=66428>>, Důvodová zpráva k OZ_30.5.2008.pdf, str. 282.

⁶ Ministerstvo spravedlnosti České republiky [online], poslední revize neuvedena [cit. 3. 11. 2008]. URL: <<http://obcanskyzakonik.justice.cz/cz/uvodni-stranka.html>>.

⁷ Pojem „svéprávnost“ je jedním ze zmiňovaných nových pojmů, které část odborné veřejnosti kritizuje, neboť tímto pojmem návrh nahrazuje dnešní termín „způsobilost k právním úkonům“, který je praxí chápán dle těchto názorů bezproblémově a běžně se používá.

⁸ Ust. § 1381 a n.

Zůstavitel může dokonce i po uzavření dědické smlouvy ještě za svého života s majetkem, který se stane po jeho smrti pozůstalostí, nakládat dle vlastního uvážení, ovšem s omezením vyplývajícím z ust. § 1387⁹, nesmí však majetek, který je předmětem smlouvy, darovat jiné osobě než smluvnímu partnerovi nebo dokonce pořídit jiné pořízení pro případ smrti tak, aby to bylo v rozporu s již uzavřenou smlouvou. Toto ustanovení je však značně nedokonalé. Neumožňuje totiž sice zůstaviteli majetek, o němž již smlouvou pořídil, darovat jiné osobě nebo jej jiné osobě odkázat, naopak mu umožňuje výslovně nakládat se svým majetkem za svého života podle libosti. Nebrání mu tedy zejména v jeho zcizení například kupní či směnnou smlouvou. Nabízí se zde jasná otázka: Co se stane v případě, že majetkem zůstavitele, o kterém byla uzavřena dědická smlouva, byl předmět, jehož hodnota nebyla pro budoucího nabyvatele ze smlouvy vyjádřitelná v penězích? Může se jednat například o obraz, který namaloval zůstavitel a zachytil v něm dejme tomu podobiznu člověka, jenž byl potenciálnímu nabyvateli drahý a který třeba již nežije. Nebo se může jednat kupříkladu o osobní deník některého z předků, který může mít význam taktéž jen pro velmi omezenou skupinu osob. Zajisté, lze zde namítnout, že se bude jednat o případy ve své podstatě marginální, ale aniž bych se chtěla dopouštět stejné chyby jako ti, kteří kritizují zejména navrhované instituty jako je právo pastvy a podobně, neboť se jim zdají býti spíše dobrým vtípem než potřebným institutem upraveným v zákoně. Podle mého názoru však mohou být tyto zmíněné instituty, respektive takováto zákonná úprava, využitelné ve stejně marginálních případech, jaké jsem právě popsala v rámci dědického práva. Námitka k mnou uvedené kritice bude zřejmě spočívat v tvrzení, že vše, nebo prakticky vše, je ocnitelné penězi, a tedy že za věc takto zcizenou nabude zůstavitel finanční hotovost. Dovoluji si polemizovat s tvrzením, že vše je vyjádřitelné penězi – konec konců zákon, který operuje s pojmy jako je „štěstí“, snad něco takového ani nemůže předpokládat. Dále tvrdím, že peníze jsou ve své podstatě věc spotřebitelná, a to do té míry, že zůstavitel fakticky může zpeněžením podstatné většiny svého majetku a následným utracením peněz (například při cestě kolem světa) spotřebovat svůj majetek tak, že ten, s kým uzavřel dědickou smlouvu, nakonec prakticky ničeho nenabude. Tím pak dojde k faktickému porušení dědické smlouvy, ovšem po smrti zůstavitele zde nemusí být nikdo, na kom by se dědic ze smlouvy mohl domáhat ušlého plnění.

Ač o tom návrh přímo nehovoří, osoba dědickou smlouvou povoláná za dědice se podle důvodové zprávy může dědictví vzdát. Takovým vzdáním se dědictví (v rámci dnešní úpravy jej lze připodobnit k odmítnutí dědictví, avšak s některými odchylkami, které nejsou pro tuto stať podstatné) dojde k faktickému zrušení dědické smlouvy a ke slovu přijdou další dědické tituly – závěť nebo zákon.

2.1.1 DĚDICKÁ SMLOUVA UZAVŘENÁ MEZI MANŽELI

V rámci úpravy dědické smlouvy je ve zvláštní rubrice, v ust. § 1391 a 1392 jako její zvláštní typ upravena dědická smlouva uzavřená mezi manželi. Specifikum oproti nastíněné úpravě spočívá v zásadě ve dvou věcech: jednak v tom, že dědickou smlouvou uzavřenou mezi manželi se tito navzájem povolávají za dědice a jednak v tom, že rozvodem manželství se neruší práva a povinnosti vyplývající z dědické smlouvy, pokud si strany nesjednaly něco jiného. Je ovšem možné domáhat se toho, aby dědickou smlouvu po rozvodu manželů zrušil soud, to však jen proti tomu, kdo zavinil rozvrat manželství a s rozvodem nesouhlasil.

⁹ Ust. § 1387 odst. 1 říká: Dědická smlouva nebrání zůstaviteli, aby se svým majetkem nakládal za svého života podle libosti. Strana povoláná za dědice nemůže přenést své právo na jinou osobu. Ust. § 1387 odst. 2 pak říká: Pořídí-li však zůstavitel pro případ smrti nebo uzavře-li darovací smlouvu tak, že to s dědickou smlouvou není slučitelné, může se smluvní dědic dovolat neúčinnosti těchto právních jednání.

Formulace této skutkové podstaty je kumulativní a lze dovozovat, že ten, kdo rozvrat manželství sice nezapříčinil, ale přesto byl proti rozvodu, nemůže být soudem, tedy z moci úřední, zproštěn povinnosti dodržet dědickou smlouvu.

2.2 ZÁVĚŤ A DOVĚTEK

2.2.1 OBECNĚ K ZÁVĚTI A K DOVĚTKU

Stejně jako je tomu dnes, má být závěť i v budoucnu odvolatelným a jasným¹⁰ projevem vůle, kterým zůstavitel osobně zůstavuje jedné či více osobám alespoň podíl na pozůstalosti nebo odkaz. Závěť nebude muset být obsažena jen v jedné listině. Postačí, když odkáže na jinou listinu, která se tím stane vlastně součástí závěti samé, pokud ovšem i tato listina bude splňovat náležitosti stanovené pro závěť. Pokud je splňovat nebude, bude možné listinu použít alespoň jako jakýsi klíč k rozšifrování skutečného obsahu závěti samé.

2.2.2 DOVĚTEK

Ust. § 1299 velice stručně upravuje (a vlastně i nově zavádí) institut dovětku. Dovětkem zůstavitel může „nařídít odkaz, stanovit odkazovníku nebo dědici podmínku, nebo doložit čas anebo uložit odkazovníku nebo dědici příkaz. Co je stanoveno o závěti, platí obdobně i o dovětku.“ V úvahu tak dle této konstrukce, jak již bylo řečeno v úvodu tohoto příspěvku, připadá i to, že dovětek je vlastně forma závěti sui generis, když ji dovětek fakticky může nahradit. Tato úvaha vychází z premisy, že dovětek při dodržení všech zákonem (prozatím tedy návrhem zákona) daných podmínek a náležitostí splňuje totožné podmínky a předpoklady jako závěť samá a navíc je jím stejně jako závětí umožněno zřídit odkaz, uložit příkaz nebo může obsahovat i doložku času.

2.2.3 ZÁVĚŤ

1. Obecně

Návrh upravuje dvě základní formy, v nichž může zůstavitel závěť pořídit. Jedná se o závěť ve formě písemné (ust. § 1333 a n.) nebo o závěť s úlevou, která může spočívat i v ústní formě (blíže viz ust. § 1343 a n.)¹¹ Z každé závěti pak musí být zřejmé, kterého dne, měsíce a roku byla pořízena. Není-li tomu tak, pak je závěť neplatná. Ust. § 1333 je tedy totožné s ust. § 476 odst. 2 ObčZ.¹²

Návrh k tomu v ust. § 1338 dodává, že se bude jednat zejména o notářský zápis a zároveň ukládá úřední osobě, která bude závěť takto pro pořizovatele sepisovat, ujistit se, že projev poslední vůle se děje s rozvahou, vážně a bez donucení. Důvodová zpráva říká že tento pokyn se má dotýkat jen případů, v nichž je forma veřejné listiny obligatorní, a to ve vztahu k osobě s omezenou pořizovací způsobilostí. Z navrhovaného zákonného textu avšak nic takového

¹⁰ Podrobněji viz ust. § 1298: „Zůstavitel musí svou vůli projevit tak určitě, že nestačí, aby jen přisvědčil návrhu, který mu byl učiněn.“

¹¹ Důvodová zpráva však rozlišuje zejména formu soukromé a veřejné listiny – Důvodová zpráva, str. 303.

¹² Důvodová zpráva k ust. § 1333 pak k tomu navíc uvádí, že „...tradiční úprava chápala náležitosti datace (stejně jako uvedení místa podpisu) jen jako nepodstatnou náležitost posledního pořízení“. Důvodová zpráva, str. 303.

neplyne, spíše se zdá být evidentním, že takto by měla postupovat každá osoba, která pro zůstavitele jako pro soukromou osobu sepisuje poslední pořízení ve formě veřejné listiny.

2. Privilegované testamenty

Rubrika nazvaná úlevy při pořizování závětí (ust. § 1343 – 1350) zavádí¹³ do českého právního řádu úpravu posledního pořízení ve formě závěti spočívající v úpravě testamentu za podmínek, které jsou obzvláště ztíženy. Nelze se ubránit dojmu, že privilegovaný testament je v zásadě možno poříditi všude tam, kde zůstavitel nemá z vnějších příčin možnost poříditi závěť ve formě veřejné listiny, a tedy se mu tato možnost svým způsobem vynahrazuje.

Nepochybně velmi působivou je v tomto ohledu v našich podmínkách možnost pořízení ústní závěti. V průběhu prací na návrhu došlo v oblasti dědického práva k relativně nejvýznamnějším posunům právě při úpravě navrhovaných privilegovaných testamentů.

Úlevy při pořizování závěti může využít ten, kdo se ocitne v jedné z následujících čtyř situací:

- pro nenadálou událost je v patrném a bezprostředním ohrožení života nebo se nachází v místě, kde je běžný společenský styk ochromen v důsledku mimořádné události a nelze-li na něm zároveň rozumně požadovat, aby pořídil v jiné formě – ust. § 1343¹⁴;
- je-li důvodná obava, že by zůstavitel zemřel dříve, než by mohl poříditi závěť ve formě notářského zápisu – ust. § 1344;
- má-li pro to zůstavitel vážný důvod, může zaznamenat poslední vůli za stanovených podmínek na palubě české námořní lodi nebo letadla – ust. § 1345;
- za války a podobných vojenských operací (týká se pouze osob náležejících k armádě) – ust. § 1346.

Z tohoto výčtu by mělo být zřejmé, že úlevy při pořizování závěti lze využít jen ve skutečně mimořádných situacích, v nichž nelze očekávat, že by bylo možné poříditi „řádnou“ závěť.

Základními podmínkami pro sepsání privilegovaného testamentu jsou přítomnost jedné úřední osoby¹⁵, a to spolu se dvěma svědky¹⁶. Stejně jako je tomu u běžných, tedy „řádných“, allografních, závětí, je osoba sepisující poslední pořízení ve formě závěti (tedy ona úřední osoba) spolu se svědky povinna poslední pořízení podepsat a za přítomnosti obou svědků ji zůstaviteli přečíst, zatímco zůstavitel je po tomto přečtení povinen potvrdit, že se jedná o projev jeho poslední vůle. Za splnění těchto podmínek, stejně jako podmínek stanovených pro každý privilegovaný testament zvlášť, se považuje tento nadále za veřejnou listinu.

¹³ Podle důvodové zprávy byly privilegované testamenty součástí našeho právního řádu až do r. 1950 (Důvodová zpráva, str. 304). Vzhledem k technickému pokroku však byla do návrhu nově zařazena možnost pořízení závěti i na palubě lodi či letadla, jejichž paluba se považuje za české území.

¹⁴ Podle textu tohoto ustanovení se tato závěť pořizuje v ústní formě přede dvěma svědky.

¹⁵ To neplatí pro prvně uvedený případ. Pro další případy jsou těmito osobami: 1) starosta obce, v níž se zůstavitel nalézá; 2) velitel lodi; 3) velitel české vojenské jednotky, pokud má hodnost důstojníka nebo vyšší.

¹⁶ Podle ust. § 1349 odst. 1 návrhu platí i pro svědky jistá privilegia, a to pokud se týká jejich vlastností – konkrétně se jedná o to, že svědkem může být jednak osoba, která dosáhla alespoň věku čtrnácti let a jednak osoba, která byla omezena ve svéprávnosti.

Privilegium lze spatřovat i v tom, že nebyly-li splněny všechny podmínky dané pro sepsání privilegovaného testamentu, je-li však jisté že listina spolehlivě zaznamenává zůstavitelovu poslední vůli, je považována za platnou. Výslovně k tomu ust. § 1349 odst. 2 říká, že platnosti privilegovaného testamentu není na újmu, pokud jej zůstavitel či svědek nepodepsali proto, že nemohli psát nebo pro jinou závažnou překážku, je-li to v listině výslovně uvedeno.

Pokud překážka pomine a zůstavitel je v té době naživu, stanoví ust. § 1350, že závěť pořízená jako privilegovaný testament z důvodu nastalé nenadálé události patrně a bezprostředně ohrožující život zůstavitele zůstává v platnosti ještě po dobu dvou týdnů ode dne jejího pořízení, pakliže je zůstavitel naživu. V ostatních případech zůstává závěť v platnosti po dobu tří měsíců ode dne jejího pořízení, ovšem pouze za předpokladu, že je zůstavitel naživu.¹⁷

Pokud se týká specifík jednotlivých privilegovaných testamentů, je vhodné upozornit na to, že v případě sepsání privilegovaného testamentu na palubě letadla či námořního plavidla či v případě sepsání privilegovaného testamentu za války a podobných vojenských operací není platnosti tohoto pořízení na překážku, že zůstavitel neměl k pořízení závěti vážný důvod. Je asi nepochybné, že poměrně vágní pojem „vážný důvod“ je v daných souvislostech na místě a nelze asi předpokládat větší interpretační obtíže s tímto pojmem spojené. Je však zvláštní, že pouze a jedině v případě sepsání těchto dvou typů privilegovaného testamentu návrh znemožňuje zneplatnění pořízené listiny tím, že k pořízení privilegovaného posledního pořízení nebyly dány zákonné podmínky spočívající v obecně řečeno bezprostředním ohrožení života. Je to zvláštní proto, že podle ust. § 1343 a 1344¹⁸ návrhu taková překážka není upravena. Nelze asi vyvozovat (a to i s ohledem na systematický výklad), že uvedená překážka zneplatnění závěti je použitelná i v těchto případech, a to ani za použití extenzivního výkladu. Pokud se totiž budeme držet toho, že zákon má již svou strukturou (jako např. v případě uvedení pořadí dědických titulů na základě pořadí podle jejich právní síly¹⁹) adresátům sdělovat základní informace a jaksi je „sám navádět“ ke správné interpretaci sebe sama, pak není možno dovozovat, že extenzivní výklad či použití analogie by byly na místě.

3. NĚKOLIK SLOV ZÁVĚREM

Pokusila jsem se v tomto krátkém příspěvku shrnout základní body týkající se navrhované úpravy dědického práva v navrhovaném kodexu civilního práva. Je samozřejmé, že dané téma je mnohem obsáhlejší a zasloužilo by podrobnější příspěvek a následnou diskusi, ale jak již bylo uvedeno, v takto omezeném prostoru je nutné omezit se jen na nejzákladnější body návrhu. S danou problematikou úzce souvisí i navrhovaná úprava institutu odkazu, ale ten nelze považovat za dědický titul, protože odkazovník získává prostřednictvím dědice část pozůstalosti, a to z vůle zůstavitele, leč získává jen aktiva bez pasiv, čímž se jeho postavení významným způsobem odlišuje od postavení kteréhokoli dědice. Důvodem je to, že dědic nejen že nabývá aktiva, ale je odpovědný i za pasiva dědictví, resp. pozůstalosti. To je však již otázka na jinou debatu. Věřím, že tento příspěvek prohloubí debatu o návrhu nového občanského práva a že snad i na jeho základě dojde k určitým úpravám v textu návrhu.

¹⁷ Podle ust. § 1343 odst. 2 platí pro případ pořízení ústní závěti, že nepořídí-li svědci záznam o zůstavitelově poslední vůli, bude důvodem dědické posoupnosti soudní protokol o výslechu svědků.

¹⁸ Jedná se o situace nenadálé situace bezprostředně ohrožující život zůstavitele a o situace, kdy existuje důvodná obava, že by zůstavitel zemřel dříve, než by mohl pořídit závěť ve formě notářského podpisu.

¹⁹ Budeme-li brát v potaz důvodovou zprávu a její tvrzení, že největší právní sílu má dědický titul uvedený na prvním místě, a to i přes výše uváděné zpochybnění tohoto tvrzení vzhledem k systematickému návrhu.

Literatura:

- Návrh občanského zákoníku. [online], poslední revize neuvedena [cit. 3. 11. 2008]. URL: <<http://portal.justice.cz/ms/soubor.aspx?id=67778>>, Návrh občanského zákoníku_30_6_2008.pdf.
- Ministerstvo spravedlnosti České republiky [online], poslední revize neuvedena [cit. 3. 11. 2008]. URL: <<http://obcanskyzakonik.justice.cz/cz/uvodni-stranka.html>>.
- Eliáš, K.: Legendy o osnově občanského zákoníku, in Právní rozhledy, Praha: C.H. Beck, 2007, č. 17, ISSN: 1210-6410
- Karhanová, M.: Závěť v návrhu nového kodexu občanského práva. Několik poznámek k dědické smlouvě, in Právní rozhledy, Praha: C.H. Beck, 2007, č. 5, str. 157 – 194, ISSN 1210-6410
- Spáčil, J.: Nad návrhem nového občanského zákoníku, zejména nad úpravou některých věcných práv, in Právní zpravodaj, Praha: C.H. Beck, 2003, č. 6, str.

Kontaktní údaje na autora – email:

martina.karhanova@centrum.cz

SOUDCE A ROZHODOVÁNÍ O NEZLETILÉM DÍTĚTI

MARTIN KORNEĽ

Právnícká fakulta Masarykovy univerzity, Česká republika

Abstrakt v rodném jazyce

Příspěvek se zabývá některými aspekty soudcovského rozhodování ve věcech týkající se nezletilých dětí. Analyzuje především roli dítěte v těchto řízeních a otázkou, zda a jak lze dosáhnout rozhodnutí, které bude sledovat zájem dítěte. Zaměřuje se především na rozdílnost přístupu právní úpravy k různým otázkám v rámci zákona o rodině, zejména pokud se jedná o stanovení konkrétních kritérií důležitých pro rozhodnutí. Na základě provedených zjištění poměřuje vhodnost různých řešení s ohledem na předvídatelnost soudního rozhodování.

Klíčová slova v rodném jazyce

Zájem dítěte.

Abstract

This paper deals with some aspects of judicial decision making in cases of minor. It considers the role of the child in the civil procedure; moreover the question how to make a decision in the best interests of the child is discussed as well. It also approves that legal regulation of Czech Family Law Act, on such field, adopts different measures in variable areas of child related questions. Based on findings, it surveys suitability of the adopted solutions regarding predictability of the court's decisions.

Key words

The best interests of the child.

Soudce je osobou, která může mít a začasť také má nezměrný vliv na osud a budoucnost nezletilého dítěte. Nesporně je tomu tak, rozhoduje-li soudce například o otázkách, komu bude dítě svěřeno do výchovy v případě rozvodu manželství rodičů nebo nežijí-li rodiče spolu. Při takovém rozhodování má být ve smyslu čl. 3 Úmluvy o právech dítěte¹ klíčovým hlediskem zájem dítěte. Tento princip řadí odborná literatura k základním principům rodinného práva.² Z povahy rozhodovací činnosti ve věcech týkajících se nezletilých dětí a také z výše zmíněné úmluvy vyplývá, že soud v obecné rovině plní dvě role, vystupuje totiž jako řešitel sporu a zároveň také jako ochránce nezletilého dítěte a jeho zájmů.³ Právo zvýšenou měrou chrání nezletilé dítě a jeho zájmy z důvodu zvýšené zranitelnosti dítěte. Do dovršení procesu dospívání totiž probíhá výrazný vývoj biologických, psychologických a sociálních aspektů osobnosti dítěte a neblahé vlivy mohou tento vývoj často výrazně poškodit.⁴

¹ Přijata OSN v New Yorku dne 20. listopadu 1989, v ČR vyhlášena sdělením federálního ministerstva zahraničních věcí č. 104/1991 Sb.

² Viz Hrušáková, M., Králíčková, Z. České rodinné právo, 3. vyd., Brno : Doplněk, 2006, str. 17-20.

³ Tato skutečnost se projevuje například možností soudu zahájit řízení podle § 81 občanského soudního řádu i bez návrhu.

⁴ K tomu srov. Vagnerová, M. Vývojová psychologie I. dětství a dospívání. Praha : Nakladatelství Karolinum, 2005, str. 321 a násl.

V zákonné rovině se princip ochrany zájmu dítěte prolíná prakticky celým zákonem o rodině a zákonem o sociálně-právní ochraně dětí.⁵ Jeho konkrétním vyjádřením je například zákaz rozvodu manželství dle § 24 odst. 2 ZR, pokud by rozvod byl v rozporu se zájmem dítěte, nebo jako přední hledisko při rozhodování o svěřeni dítěte do výchovy rodiče podle § 26 odst. 3 ZR.

Nabízí se otázka, jakým způsobem soudce postupuje a má postupovat, zjišťuje-li, co je v zájmu konkrétního dítěte v konkrétní situaci. Významný familiarista John Eekenlaar se domnívá, že obvykle osoba rozhodující o dítěti používá pro zjištění, co je v zájmu dítěte, metodu objektivizace.⁶ Soudce tak vychází z předpokladu, že pro konkrétní situaci existuje jedno nebo více řešení, které jsou objektivně správné. Příkladem se soudce domnívá, že je v zájmu dítěte svěřit je do výchovy rodiči, který je pracovitý, namísto rodiče, který je líný. Správnost tohoto řešení dovozuje rozhodující osoba z vlastní zkušenosti nebo z odborné autority osoby, která toto řešení za správné považuje, například psychologa nebo jiného odborníka. Zřejmější se správnost určitého řešení v očích rozhodujícího subjektu jeví zejména v kontrastu s domnělou nesprávností možnosti jiné, jak lze pozorovat na výše uvedeném příkladu pracovitosti a lenosti. Podle Eekenlaara nelze zavrhnout možnost, že skutečně existují objektivně správná řešení, nicméně je obtížné zaručit jejich spolehlivost.⁷ Především proto, že v celé řadě situací je takřka nemožné nalézt napříč laickou i odbornou veřejností shodu ohledně toho, která řešení jsou správná.⁸ Příkladem aktuálního problému, ohledně kterého není prakticky možné nalézt konsenzus, může být otázka vhodnosti výchovy rodiče, který je homosexuální orientace,⁹ nebo styku rodiče - pachatele domácího násilí s dítětem.¹⁰ Navíc i pro případ, že konsenzus existuje, je třeba mít na paměti, že v sociální realitě závisí dopady zvoleného řešení na široké škále různorodých faktorů, neboť vždy se bude lišit osobnost konkrétního dítěte a prostředí, ve kterém dítě žije.

Eekenlaar se domnívá, že je proto nutné doplnit rozhodovací proces o další element, a to o „dynamické sebeurčení“.¹¹ Obecně by mělo být cílem soudu, aby dítě bylo v prostředí, které nabízí přiměřeně bezpečí, ale které je zároveň vystaveno širokému spektru vnějších vlivů. V průběhu svého vývoje by dítě mělo být povzbuzováno k tomu, aby míru těchto vnějších vlivů spoluurčovalo.¹² Dynamika tohoto elementu spočívá ve skutečnosti, že vývoj dítěte probíhá v

⁵ Zákon č. 94/1963 Sb., o rodině, ve znění pozdějších předpisů, dále jen „ZR“ a zákon č. 359/1999 Sb. o sociálně-právní ochraně dětí, ve znění pozdějších předpisů

⁶ Viz Eekenlaar, J. The Interests of the Child and the Child's Wishes: The Role of Dynamic Self-Determinism. *Int. Jnl. of Law, Policy and Family*, 1994, Vol. 8, Numb. 3, str. 46 a násl.

⁷ Tamtéž, str. 47.

⁸ K tomu shodně již Mnookin, R.H. *Child-Custody Adjudication: Judicial Function in the Face of Indeterminacy*, *Law & Contemporary Problems*, Summer 1975, str. 230

⁹ Viz Rozhodnutí Evropského soudu pro lidská práva E.B. v. France [GC], no/no. 43546/02, ECHR 2008-... K péči o dítě homosexuálním rodičem a zájmu dítěte např. Rekers, G.A. *An Empirically-Suported Rational Basis for Prohibiting Adoption, Foster Parenting, and Contested Child Kustody by Any Person Residing in a Household That Includes a Homosexually-Behaving Member*. *St. Thomas Law Review*, 2005, no. 207, str. 325 a násl.

¹⁰ K tomu srov. Albertson Fineman, M. *Domestic Violence, Custody, and Visitation*. *Family Law Quarterly*, 2002, Vol. 36, No. 1, str. 220 a násl. nebo Vargová, B. *Svěřování dítěte do výchovy jednoho z rodičů v případech domácího násilí*, Praha : Právo a rodina, 2006, roč. 8, č. 2, str. 9 a násl.

¹¹ Viz Eekenlaar, J. The Interests of the Child and the Child's Wishes: The Role of Dynamic Self-Determinism. *Int. Jnl. of Law, Policy and Family*, 1994, Vol. 8, Numb. 3, str. 47.

¹² Tamtéž.

čase a dochází během něj k řadě změn, proto by rozhodnutí v zájmu dítěte nemělo být konečné, ale mělo by být změněno, změní-li se podmínky, za kterých bylo učiněno.¹³ Faktor sebeurčení by měl spočívat v tom, že dítě má samo mít příležitost ovlivnit rozhodnutí, která se ho týkají.¹⁴

V podmínkách ČR je spolupůsobení dítěte na vlastní osud umožněno zejména prostřednictvím povinnosti soudu zjistit v řízení názor dítěte ve smyslu § 31 odst. 3 ZR, § 100 odst. 4 občanského soudního řádu a čl. 12 Úmluvy o právech dítěte, a to tehdy, pokud je dítě schopno svůj názor formulovat. Dynamiku působení dítěte umožňuje reflektovat ustanovení § 28 ZR, podle kterého je možné změnit rozhodnutí o právech a povinnostech rodičů i bez návrhu, změní-li se poměry.

Aby se tedy mohlo dynamické sebeurčení dítěte do rozhodování soudu promítnout, je nezbytné, aby soud zjistil, jaké je přání dítěte. Přitom by samozřejmě bylo naivní považovat za správný způsob takového zjišťování pouhé položení přímé otázky na daný problém, tedy otázky ve smyslu „Chceš se vídat s maminkou/tatínkem?“. ¹⁵ Má-li soud zjistit skutečná přání dítěte, musí být vždy rozkryty pocity a přání dítěte v širším, zejména emocionálním, kontextu.¹⁶ Je palčivou otázkou současnosti, jakým způsobem je toho možné dosáhnout. Zda zpráva opatrovníka nebo znalecký posudek z oboru psychologie-psychiatrie jsou k tomu vhodnými nástroji a zda jsou soudci dostatečně odborně vybaveni k nalezení odpovědi na otázku, co je v zájmu dítěte.¹⁷

Zájem dítěte, jako obecný právní pojem má své reálné denotáty a jeden z nich představují také přání dítěte.¹⁸ Samozřejmě přání dítěte nejsou a nemohou být faktorem jediným a je úkolem soudce důkladně rozkrytí všech, tak, aby nedošlo k rozmělnění pojmu a zneužití velmi široké diskreční pravomoci soudu.¹⁹ Úkolem soudce, rozhoduje-li o záležitostech týkajících se nezletilého dítěte, je tedy přesně identifikovat, co konkrétně určuje zájem dítěte v projednávaném případě. Následně musí na základě provedených zjištění učinit rozhodnutí, které bude skutečně odpovídat zájmu dítěte, o kterém je rozhodováno. Samozřejmě nedílnou součástí takového rozhodnutí musí být jeho přesvědčivé a přezkoumatelné odůvodnění.²⁰

Nahlédneme-li do úpravy zákona o rodině, zjistíme, že zřejmě i z výše zmíněných důvodů nabízí právní předpisy soudci, pro některé z otázek týkajících se nezletilého dítěte, vodítko,

¹³ Tamtéž.

¹⁴ Tamtéž, str. 48.

¹⁵ K nevhodnosti přímých otázek shodně např. Solnit, J.A. Truth telling: The child as witness. *International Journal of Children's Rights*, 1994, No. 2, str. 63.

¹⁶ K tomu srov. Thomas, N., O'Kane, C. When children's wishes and feelings clash with their 'best interests'. *International Journal of Children's Rights*, 1998, No. 6, str. 152.

¹⁷ K tomu např. Mareš, M. Proč je ČR státem soudních znalců? [cit. 15. 10. 2008] Dostupné z <http://jinepravo.blogspot.com/2008/04/pro-je-r-stem-soudnich-znalc.html>

¹⁸ Srov. Knapp, V. *Vědecká propedeutika pro právníky*. Praha: Eurolex Bohemia, 2003, str. 69.

¹⁹ Viz Höllander, P. *Ústavněprávní argumentace. Ohlédnutí po deseti letech Ústavního soudu*. Praha: Linde nakladatelství s.r.o., 2003, str. 18.

²⁰ Viz Kühn, Z. *Aplikace práva soudcem v éře středoevropského komunismu a transformace. Analýza příčin postkomunistické právní krize*. Praha: C. H. Beck, 2005, str. 142.

keré má pomoci naplnit vágní pojem zájem dítěte zcela konkrétním obsahem.²¹ V českém právu je typickým příkladem § 26 odst. 3 ZR s demonstrativním výčtem kritérií pro rozhodování o svěření dítěte do péče.²² Odborná literatura a judikatura pak nabízí další zpřesnění a rozšíření těchto kritérií.²³ Oproti tomu jsou oblasti, pro které text právního předpisu nevyplní prázdnotu pojmu zájem dítěte ani demonstrativně, ale vystačí si pouze s konstatováním, že rozhodnutí má sledovat zájem dítěte. Na tomto místě lze zmínit například § 44 odst. 1 a odst. 2 ZR, umožňující soudu pozastavit, případně omezit výkon rodičovské zodpovědnosti.²⁴

Nahlédneme-li do zahraničních právních úprav, můžeme pozorovat v zásadě dvě odlišné tendence. V některých zemích právní předpisy obsahují pouze obecné pravidlo, že rozhodnutí o určité otázce musí sledovat zájem dítěte.²⁵ Tento přístup přijal také Model Family Code.²⁶ Oproti tomu, zejména v zemích angloamerické právní tradice bývá začasť v právních předpisech zakotvena konkrétnější definice zájmu dítěte, postavená na výčtu jeho determinant.²⁷ Kritéria pro rozhodování o nezletilém dítěti bývají označována jako "test zájmu dítěte".²⁸

Variata nabízející soudci v textu právního předpisu kritéria pro rozhodnutí nepochybně zvyšuje právní jistotu osob, kterých se rozhodování týká. Tyto totiž mohou již před rozhodnutím soudu zjistit, jaké otázky budou pro soud důležité a pokud si na ně sami odpoví, je rozhodnutí soudu předvídatelnější. Formulace důležitých faktorů pro rozhodnutí může být navíc výsledkem spolupráce odborníků z různých oborů, a tak může být vytvořen komplexní katalog problémů, na které se soudce má zaměřit. Navíc i soudce má usnadněnou situaci v tom smyslu, že zcela přesně ví, nač se má při dokazování v řízení zaměřit. Soudce je také veden k tomu, aby v rozhodnutí zcela přesně popsal provedený "test zájmu dítěte" a podřadil

²¹ K tomu srov. Důvodová zpráva k sněmovnímu tisku č. 128 z roku 1998, 2. volební období [cit. 15. 10. 2008]. Dostupné z <http://www.psp.cz/eknih/1996ps/tisky/t012800a.htm>. V důvodové zprávě se uvádí k navrhovanému znění § 23 - § 24b ZR že dosavadní formulace, že soud přihlédne zejména k zájmům nezletilých dětí se dlouhodobě jeví v soudní praxi jako víceméně formální.

²² Relevantní pasáž § 26 odst. 3 ZR zní „...soud sleduje především zájem dítěte s ohledem na jeho osobnost, zejména vlohy, schopnosti a vývojové možnosti, a se zřetelem na životní poměry rodičů. Dbá, aby bylo respektováno právo dítěte na péči obou rodičů a udržování pravidelného osobního styku s nimi a právo druhého rodiče, jemuž nebude dítě svěřeno, na pravidelnou informaci o dítěti. Soud přihlédne rovněž k citové orientaci a zájem dítěte, výchovné schopnosti a odpovědnosti rodiče, stabilitě budoucího výchovného prostředí, ke schopnosti rodiče dohodnout se na výchově dítěte s druhým rodičem, k citovým vazbám dítěte na sourozence, prarodiče a další příbuzné a též k hmotnému zabezpečení ze strany rodiče včetně bytových poměrů.“

²³ Např. Jonáková, I. Kritéria pro svěření nezletilého dítěte do výchovy. Právo a rodina, 2008, č. 4, str.12 a násl.

²⁴ Relevantní pasáž § 41 odst. 2 ZR zní „Nevykonává-li rodič řádně povinnosti vyplývající z rodičovské zodpovědnosti a vyžaduje-li to zájem dítěte, soud jeho rodičovskou zodpovědnost omezí.“

²⁵ Např. Bulharsko (srov. § 101, § 106 Bulharského rodinného kodexu, viz FAMILY CODE [cit. 15. 10. 2008] Dostupné z <http://archive.bild.net/legislation/docs/4/civil5.html>), nebo Nizozemí (srov. Art. 251, Art. 266 Burgerlijk Wetboek 1. viz NATIONAL LEGISLATION: THE NETHERLANDS [cit. 15. 10. 2008] Dostupné z <http://www2.law.uu.nl/priv/cefl/Reports/pdf2/Netherlands%20-%20Legislation.pdf>).

²⁶ Viz Schwenzer, I., Dimsey, M. Model Family Code - From a global perspective. Antwerp - Oxford : Intersentia, 2006, str. 92.

²⁷ Např. Anglie (viz Part II, Art. 11 Family Law Act 1996 a Part I, Art. 1 Children Act 1989).

²⁸ "The best interests of the child test". K tomu např. Bonthuys, E. The Best Interests of Children in The South African Constitution. 2006, 4th World Congress on Family Law and Children's Rights. Cape Town, South Africa, str. 10. [cit. 15. 10. 2008] Dostupné z <http://www.childjustice.org/docs/bonthuys2005.pdf>.

konkrétní skutková zjištění pod jednotlivé body testu.²⁹ Co ošem test za soudce nevyřeší, je váha jednotlivých kriterií, a to zejména váhu přání a názoru dítěte.³⁰ Spornou otázkou v tomto ohledu zůstává zejména, v jakém věku je názor dítěte natolik důležitý, že by soudce neměl rozhodnout v rozporu s jeho přáním.³¹ Tuto skutečnost lze osvědčit rozmanitostí, s jakou k této otázce přistupují právní úpravy napříč Evropou.³² Nepochybně však může zjišťování názoru dítěte soudcem, budou-li k tomu vytvořeny vhodné podmínky, pomoci identifikovat přání, obavy a potřeby dítěte, což je základní předpoklad rozhodnutí v zájmu dítěte.³³ Přestože kriteria v těchto testech jsou pravidelně demonstrativní, případně obsahují "sběrný bod", pod který má soudce podřadit všechna další důležitá zjištění, existuje riziko, že se soudce zaměří pouze na kriteria obsažená v testu a opomene jinou podstatnou okolnost případu. Toto nebezpečí ovšem nepovažuji za příliš velké.

Oproti tomu, pokud je volba kriterií čistě na diskreci soudce, hrozí podstatné riziko, že některý z činitelů, jejichž významnost pro dané rozhodování je širokým konsenzem uznána, zůstane opomenut.

Domnívám se, že právě s ohledem na zvýšení předvídatelnosti a transparentnosti rozhodování ve věcech nezletilých dětí je nanejvýše žádoucí, aby kriteria pro rozhodování soudu byla daná jasně a srozumitelně v konkrétním katalogu obsaženém v textu zákona.³⁴ Současná úprava nabízí pouhé torzo významných kriterií v § 26 odst. 3 ZR a navíc pouze pro rozhodování o svěřeni dítěte do výchovy. Také navrhovaná úprava nového občanského zákoníku v tomto ohledu představuje pouze formulační a nikoliv koncepční změnu.³⁵ S tím souvisí požadavek na mimořádně kvalitní odůvodnění rozhodnutí v těchto věcech, které by mělo přesně identifikovat, co soudce pro své rozhodnutí považoval za důležité. Obdobně je třeba zvážit, zda současná právní úprava postavení dítěte v rámci soudního procesu nevyžaduje změnu směrem k posílení práva dítěte rozhodovat o svém osudu. Zejména by bylo vhodné uvažovat o zakotvení věkové hranice, od které musí být dítě obligatorně vyslechnuto soudem.

²⁹ K tomu srovnej např. Rozhodnutí rodinného soudu Austrálie ve věci Verner & Vine [2007] FamCA 354 (22 March 2007) bod 43 až 53. Dostupné z <http://www.austlii.edu.au/cgi-bin/sinodisp/au/cases/cth/FamCA/2007/354.html?query=vine>.

³⁰ K tomu shodně Bainham, A.: *Children – The Modern Law*. 3rd ed., Bristol : Jordan Publishing Limited, 2005, str. 41.

³¹ K tomu srov. Hinton, R. *Children's Participation and Good Governance: Limitations of the Theoretical Literature*. *International Journal of Children's Rights*, 2008, No. 3, str. 288 a násl.

³² K tomu srov. variabilitu odpovědí na otázku týkající se práva dítěte být slyšeno upřed soudem v národních zprávách vypracovaných podle dotazníku k rodičovské zodpovědnosti zpracovaného Komisí pro evropské rodinné právo (CEFL). Otázka č. 60 národních zprávách [cit. 15. 10. 2008]. Dostupné z <http://www2.law.uu.nl/priv/cefl/>.

³³ K tomu srov. Carl, E. *Giving children their own voice in family court proceedings: A German perspective*. 2006, 4th World Congress on Family Law and Children's Rights. Cape Town, South Africa, str. 6. [cit. 15. 10. 2008] Dostupné z <http://www.childjustice.org/docs/carl2005.pdf>.

³⁴ K předvídatelnosti rozhodování soudů jako jednomu ze základních a nejdůležitějších předpokladů pro akceptaci práva společností srov. Šimíček, V. *Ústavní stížnost*. 3. vyd., Praha: Linde Praha, 2005, str. 305 a násl.

³⁵ Viz § 789 odst. 2 návrhu občanského zákoníku [cit. 15. 10. 2008]. Dostupné z http://obcanskyzakonik.justice.cz/tinymce-storage/files/Navrh_obcanskeho_zakoniku.pdf.

Literatura:

- Albertson Fineman, M. Domestic Violence, Custody, and Visitation. Family Law Quarterly, 2002, Vol. 36, No. 1,
- Bainham, A.: Children – The Modern Law. 3rd ed., Bristol : Jordan Publishing Limited, 2005
- Bonthuys, E. The Best Interests of Children in The South African Constitution. 4th World Congress on Family Law and Children's Rights. Cape Town, South Africa, 2006
- Carl, E. Giving children their own voice in family court proceedings: A German perspective. 4th World Congress on Family Law and Children's Rights. Cape Town, South Africa, 2006
- Eekenlaar, J. The Interests of the Child and the Child's Wishes: The Role of Dynamic Self-Determinism. Int. Jnl. of Law, Policy and Family, 1994, Vol. 8, Numb. 3
- Hinton, R. Children's Participation and Good Governance: Limitations of the Theoretical Literature. International Journal of Children's Rights, 2008, No. 3,
- Höllander, P. Ústavněprávní argumentace. Ohlédnutí po deseti letech Ústavního soudu. Praha: Linde nakladatelství s.r.o., 2003
- Hrušáková, M., Králíčková, Z. České rodinné právo, 3. vyd., Brno : Doplněk, 2006
- Jonáková, I. Kritéria pro svěření nezletilého dítěte do výchovy. Právo a rodina, 2008, č. 4,
- Knapp, V. Vědecká propedeutika pro právníky. Praha: Eurolex Bohemia, 2003
- Kühn, Z. Aplikace práva soudcem v éře středoevropského komunismu a transformace. Analýza příčin postkomunistické právní krize. Praha: C. H. Beck, 2005
- Kornel, M. Collaborative law a efektivní rozvod. Právní rozhledy, 2007, č. 22
- Mnookin, R.H. Child-Custody Adjudication: Judicial Function in the Face of Indeterminacy, Law & Contemporary Problems, Summer 1975
- Mnookin, R.H. a Kornhauser, L. Bargaining in the Shadow of the Law: The Case of Divorce. The Yale Law Journal, 1978-1979
- Rekers, G.A. An Empirically-Suported Rational Basis for Prohibiting Adoption, Foster Parenting, and Contested Child Kustody by Any Person Residing in a Household That Includes a Homosexually-Behaving Member. St. Thomas Law Review, 2005, no. 207,
- Schwenger, I., Dimsey, M. Model Family Code - From a global perspective. Antwerp - Oxford : Intersentia, 2006
- Solnit, J.A. Truth telling: The child as witness. International Journal of Children's Rights, 1994, No. 2

- Thomas, N., O'Kane, C. When children's wishes and feelings clash with their 'best interests'. *International Journal of Children's Rights*, 1998, No. 6
- Vagnerová, M. *Vývojová psychologie I. dětství a dospívání*. Praha : Nakladatelství Karolinum, 2005
- Vargová, B. Svěřování dítěte do výchovy jednoho z rodičů v případech domácího násilí, Praha : Právo a rodina, 2006, roč. 8, č. 2

Kontaktní údaje na autora – email:

mkornel@seznam.cz

JE MOŽNÁ REKODIFIKÁCIA OBČIANSKEHO PRÁVA HMOTNÉHO BEZ REKODIFIKÁCIE CIVILNÉHO PRÁVA PROCESNÉHO?

ALEXANDRA KOTRECOVÁ, SASKIA POLÁČKOVÁ

Fakulta práva Janka Jesenského, Fakulta práva Bratislavskej vysokej školy práva, Slovenská republika

Abstrakt

Len pred niekoľkými mesiacmi bol verejne predstavený základný rámec rekodifikácie občianskeho práva hmotného v podobe legislatívneho zámeru kodifikácie občianskeho práva. Napriek započatým intenzívnym prácam absentuje akákoľvek zmienka o tom, že v tejto spojitosti sa počíta aj s rekodifikáciou občianskeho práva procesného. Príspevok sa z tohto dôvodu zameriava na vykreslenie vzájomných vzťahov medzi občianskym právom hmotným a procesným, ich neoddeliteľnosti a to aj vo svetle publikácií prof. JUDr. Josefa Macura, CSc.

Klíčová slova

Občianske právo hmotné, Občianske právo procesné, rekodifikácia.

Abstract

Just few months ago was presented in public the basic frame of recodification of Civil material law in the manner of legislative intent of recodification of Civil law. Despite the intensive work there is no sign of any plan to recodify the Civil process law. Because of this situation the entry will try to illustrate the correlation between the Civil material and process law in sense of publications of prof. Macur as well.

Key words

Civil material law, Civil process law, recodification.

1. ZÁKLADNÝ RÁMEC REKODIFIKÁCIE SLOVENSKEHO SÚKROMNÉHO PRÁVA.

Koncom roku 2007 bola Ministrom spravodlivosti Slovenskej republiky zriadená rekodifikačná komisia, ktorej cieľom je v súlade s Programovým vyhlásením vlády a s Plánom legislatívnych úloh na roky 2006 – 2010, naplniť stanovenú úlohu a to rekodifikovať súkromné právo a vypracovať nový Občiansky zákonník. Následne, v relatívne krátkom časovom horizonte, bol vytvorený základný návrh legislatívneho zámeru, ktorý má predstavovať primárne východiská pre vytvorenie základných inštitútov a noriem hlavného súkromnoprávneho kódexu.

Dôvody, ktoré viedli k nevyhnutnosti opätovného započatia prác javia sa azda notoricky zrejmé. Sú nimi najmä:

1. aktuálna a akútna potreba rekodifikácia občianskeho zákonníka z dôvodu roztrieštenosti, vnútornej nekonzistencie a neprehľadnosti spôsobenej veľkým množstvom noviel vykonaných po roku 1989, ako aj tzv. veľkou novelou Občianskeho zákonníka z roku 1991¹,

¹ novela Občianskeho zákonníka vykonaná zákonom č. 509/1991 Zb.

2. definitívne vyriešenie „provizória“ pretrvávajúceho od roku 1991,
3. odstránenie nekoncepcnosti pri prijímaní noviel implementujúcich legislatívu Európskej únie do Občianskeho zákonníka,
4. reakcia a zosúladenie s aktuálnym stavom európskeho súkromného práva,
5. a v konečnom dôsledku aj skutočnosť, že Občiansky zákonník z roku 1964 už vo výraznej miere nespĺňa požiadavky moderného kódexu 21. storočia.

Počíta sa s vytvorením novej systematiky, s prepracovaním a dotvorením pôvodných inštitútov a zároveň s kreáciou inštitútov nových, pochopiteľne všetko pod prizmou pôvodných, ale aj nových súkromnoprávných zásad, ktoré budú už explicitne uvedené v obsahu Občianskeho zákonníka.²

Nie je účelom tohto príspevku detailne rozoberať jednotlivé časti vecného zámeru s poukazom na zamýšľané zmeny. To by v konečnom dôsledku ďaleko prekročilo nami vymedzený rozsah a základnú otázku skúmania.

Patrí sa v tomto smere azda ešte poukázať na hlavný zámer – voľbu monistického modelu, t.j. integráciu obchodného a občianskeho práva v záväzkovej časti. Unifikácia sa bude týkať ako všeobecných otázok záväzkového práva, tak aj úpravy jednotlivých záväzkov zo zmlúv alebo iných právnych úkonov, i úpravy záväzkov zo spôsobenej škody a z bezdôvodného obohatenia. Výber predmetného modelu bol umocnený aj všeobecným trendom v európskych štátoch, najmä v susedných transformujúcich sa krajinách. Tie akceptujú a prijímajú práve uvedený monistický model.

Pre zaujímavosť, v Českej republike bol pôvodný Občiansky zákonník pripravovaný na základe dualistickej koncepcie. V samotnom aktuálnom paragrafovom znení už ale inklinuje jednoznačne ku koncepcii monistickej.³

Napokon s návrhom nového Občianskeho zákonníka sa spája myšlienka začlenenia rodinného práva do jeho osnovy. S daným sa počíta aj napriek skutočnosti, že rodinné právo ako také bolo od roku 1949 obsiahnuté v samostatnom právnom kódexe. Zdôrazňuje sa však, že osobné a majetkové práva v manželstve a rodine sú bezprostredne a úzko prepojené so všetkými súkromnoprávnymi vzťahmi.

Z obsahu pripravovanej koncepcie rekodifikácie Občianskeho zákonníka, resp. v širšom zmysle kodifikácie súkromného práva sa na žiadnom mieste nepočíta aj s rekodifikáciou Občianskeho súdneho poriadku ako základného predpisu, ktoré z hľadiska ochrany súkromnoprávných vzťahov je naň bezprostredne napojený. Vychádza sa tu z obdobnej filozofie ako v Českej republike, kde sa rekodifikácia Občianskeho zákonníka rovnako uskutočňuje s absenciou priprav na novom Občianskom súdnom rádu.

² Lazar, J. Návrh legislatívneho zámeru kodifikácie súkromného práva, Materiály z odbornej konferencie, Ministerstvo spravodlivosti Slovenskej republiky, Bratislava: EUROKODEX, Poradca podnikateľa, spol. s r. o., 2008, ISBN 978-80-89363-14-8, s. 27

³ Dielo cit. v poznámke č. 2, s. 22.

Tak ako sme poukázali vyššie, existujú viaceré koncepcie vzťahu občianskeho práva hmotného a procesného. Tie sa vyvíjali a menili v jednotlivých historických obdobiach. Naskytá sa preto v tejto spojitosti otázka. Čo odôvodňuje zvolený postup v rekodifikácii? Sú naozaj vzťahy medzi občianskym právom hmotným a procesným natoľko oddelené, že samostatnosť rekodifikačných prác nezasiahne a nutne sa neprejaví v reálnej aplikácii, v rámci uplatňovania subjektívnych občianskych práv v konaní pred súdmi? Je takýto postup správny a v konečnom dôsledku je vôbec možný?

2. EXISTENCIA VZÁJOMNEJ PREPOJENOSTI OBČIANSKEHO PRÁVA HMOTNÉHO A CIVILNÉHO PRÁVA PROCESNÉHO.

V súčasnom ponímaní je civilné právo procesné⁴ chápané ako samostatné právne odvetvie. V minulosti bývalo priradované a podradované pod také odvetvia hmotného práva, ktorým poskytovalo právnu ochranu. V prvom rade preto pod občianske právo hmotné.

Dôvodom boli rôzne teoretické koncepcie, ktoré sa vytvárali v priebehu vývoja práva ako takého. Prvopočiatok môžeme hľadať už v samotnom rímskom práve, kde súdne uplatnenie porušeného alebo ohrozeného práva bolo považované za súčasť oprávnenia, vyplývajúce zo subjektívneho hmotného práva. Teda existencia práva procesného bola závislá od existencie práva hmotného. Na túto koncepciu nadviazal i Savigny, ktorý považoval civilný proces za zvláštnu formu realizácie subjektívneho práva hmotného, ktoré sa dôsledku jeho porušenia či ohrozenia premenilo na žalobné právo. Táto teória pretrvala až do etapy kde civilné právo procesné bolo nadradované právu hmotnému, následne teória nadradenosti práva hmotného právu procesnému až v poslednej etape sa teoretické koncepcie pretavili do vyvážených funkčných väzieb vzájomného pôsobenia a ovplyvňovania práva hmotného a procesného.

Skutočnosť prečo v teoretickej i praktickej rovine občianskeho práva vyvrcholila otázka či už nadradenosti alebo podradenosti hmotného alebo procesného práva v rovnocenné postavenie oboch odvetví je zrejmá zo samotných koncepcií, ktoré neboli schopné ozrejmiť a nájsť vyjadrenie v platnom práve. Ani zdôvodnenia z oblasti zaradenia práva hmotného a procesného do súkromného alebo verejného práva a tým odôvodnenia vzťahu nadradenosti a podriadenosti nemali reálny výsledok; a teda v konečnom dôsledku len uznanie samostatnosti jednotlivých odvetví v ich kompatibilitate boli logickým vyvrcholením takmer 200 ročného snaženia.

Neskoršia samostatnosť a potreba individuálneho vnímania sa ukázala ako žiaduca z niekoľkých dôvodov. Pri skúmaní predmetu civilného procesného práva totiž narážame na fakt, že postupom súdu v civilnom konaní sa neposkytuje ochrana len právam a oprávneným záujmom vznikajúcim v súkromnoprávnej sfére, ale aj takým, ktoré vznikajú vo sfére verejnoprávnej.⁵ Takými príkladmi sú napríklad tzv. nesporové konania či oblasť správneho súdnictva.

⁴ Použitie tohto pojmu sa nám javí ako vhodnejšie a to vzhľadom k tomu, že označenie občianske právo procesné sa považuje za archaické a prekonané, pričom vo svojej podstate nevystihuje celý zámer – zásah, ktorý je predmetom civilného procesu.

⁵ To v konečnom dôsledku vyplýva aj z právomoci civilných súdov tak, ako ju vymedzuje v § 7 ods. 1, ale najmä v § 7 ods. 2 OSP: „V občianskom súdnom konaní súdy preskúmajajú aj zákonnosť rozhodnutí orgánov verejnej správy a zákonnosť rozhodnutí, opatrení alebo iných zásahov orgánov verejnej moci a rozhodujú o súlade všeobecne záväzných nariadení orgánov územnej samosprávy vo veciach územnej samosprávy so zákonom a pri plnení úloh štátnej správy aj s nariadením vlády a všeobecne záväznými právnymi predpismi ministerstiev

Ďalším významným faktorom pre ktorý nemožno civilné právo procesné vnímať ako marginálnu súčasť občianskeho práva hmotného je aj ten, že civilné právo procesné pokrýva tak, ako sme uviedli, širšiu oblasť súkromnoprávných vzťahov ako len vzťahy občianskoprávne. Aj to je dôvod pre ktorý sa aktuálne v civilistickej teórii užíva pojem civilné právo procesné, ako občianske právo procesné.

Napokon rozhodujúcim dôvodom prečo nie je možné chápať civilné právo procesné ako súčasť občianskeho hmotného práva je aj ten, že ono samotné svojou povahou, podstatou a obsahom, tak ako to vyplýva z jeho noriem a základných právnych vzťahov, ktoré sa v ňom tvoria spadá do oblasti práva verejného. Prítomnosť verejnoprávneho prvku sa prejavuje v podobe nadriadeného mocenského postavenia súdu vo vzťahu k účastníkom procesnoprávných vzťahov vznikajúcich v konaní pred súdmi.

V súčasnom ponímaní je vzájomný vzťah občianskeho práva hmotného a civilného práva procesného založený na vzťahu vzájomnej rovnocennosti, na vzťahu vzájomných väzieb medzi predmetnými odvetviami. Základná pozornosť je zameraná na bezprostredné funkčné väzby prepojenosti.

Nie nepodstatnou zložkou je uvedomenie si, že procesné právo sa zákonite prispôbuje hmotnému právu a je v podstate ovplyvňované takými hodnotami, na ktorých hmotné právo stavia.

Takmer každá učebnica civilného práva procesného vymedzuje vzájomné vzťahy a poukazuje na funkčnú prepojenosť v rovine formy a obsahu. Občianske právo procesné je zjednodušene povedané zamerané na poskytnutie ochrany subjektívnym občianskym právam. Táto koncepcia realizácie občianskeho práva hmotného normami občianskeho práva procesného jasne vyjadruje vzájomný vzťah ich podmienenosti a existenčnej závislosti.

Úzky vzťah medzi občiansky právom procesným a občianskym právom hmotným sa prelína aj jednotlivými inštitútmi, ktoré sú vlastné civilnému právu procesnému. Možno tu poukázať najmä na inštitút vecnej legitímácie a inštitút dôkazného bremena.

Vecná legitímácia je stav vyplývajúci z hmotného práva, má ale význam len pri uplatňovaní predmetného práva, t.j. len v konaní samotnom.⁶ Vecne legitimovaný je preto ten, kto je nositeľom skutočného subjektívneho práva alebo povinnosti vyplývajúceho z ustanovení práva hmotného, ktoré je predmetom sporu, o ktorom súd rozhoduje. Aj napriek skutočnosti, že ani samotný občiansky súdny poriadok a ani samotné právne kódexy súkromného práva, t.j. aj občiansky zákonník pojem vecnej legitímácie nevymedzujú a ani o pojem príznačný pre právnu teóriu, bez jeho prítomnosti sa súdy ktoré rozhodujú v civilnom konaní nemôžu zaobísť. Následky absencie vecnej legitímácie sú totiž natoľko závažné, že vedú k zastaveniu konania. Absencia vecnej legitímácie má vplyv na úspešnosť žaloby.

Ďalším inštitútom na ktorom možno bezprostredne demonštrovať vzájomný vzťah a prepojenosť občianskeho práva hmotného a civilného práva procesného je inštitút dôkazného bremena. Aj napriek tomu, že je inštitút dôkazného bremena platne považovaný za

a ostatných ústredných orgánov štátnej správy, pokiaľ ich podľa zákona neprejednávajú a nerozhodujú o nich iné orgány.

⁶ Winterova. A. Civilní právo procesní. 4. Aktualizované vydání doplněné o předpisy evropského práva. Praha: Linde Praha, a. s. , 2006, s. 150

súčasť procesného práva, nemení to nič na skutočnosti, že je obvykle opravený v predpisoch hmotného práva.⁷ Napríklad subjekt, ktorý sa domáha práva na ochranu osobnosti a zároveň aj náhrady nemajetkovej ujmy bude povinný preukázať, že neoprávnený zásah do jej osobnostných práv bol natoľko závažný a defamujúci, že je spôsobilý privodiť mu ujmu za ktorú požaduje navrhovanú finančnú náhradu.

Nie sú to však len tieto inštitúty. Aj profesor JUDr. Josef Macur, CSc. poukázal vo svojej monografii na vzťahy medzi občianskym právom hmotným a civilným právom procesným v rovine súdnych rozhodnutí.⁸

Dovolíme si ďalej rozvinúť hypotézu o vzájomnej prepojenosti a podmienenosti a v tomto smere poukázať aj na posledné novely, ktoré sa uskutočnili v občianskom zákonníku a na ktoré reflektoval aj občiansky súdny poriadok.

Záujem zákonodarcu sa v poslednom období sústreďuje najmä na ochranu spotrebiteľa a následne na precizovanie tých ustanovení zákona, ktoré predmetnú problematiku priamo zahrňujú. S účinnosťou od 1. januára 2008, bola vytvorená nová definícia, nové vymedzenie spotrebiteľských zmlúv.⁹ Zároveň bol rozšírený a spresnený okruh tzv. neprijateľných podmienok, ktoré v zmysle kogentných ustanovení zákona nesmú byť súčasťou spotrebiteľských zmlúv.¹⁰ Následná novela občianskeho zákonníka¹¹ sa rovnako dotkla právnej úpravy spotrebiteľa a jeho postavenia, aj tým, že za spotrebiteľa sa v zmysle zákona s účinnosťou od 1. novembra 2008 považuje len fyzická osoba.

Na tento zvýšený záujem na ochrane spotrebiteľa reagoval zákonodarca aj legislatívnymi zmenami vykonanými v občianskom súdnom poriadku.¹² Tu zakotvil takú právnu reguláciu, ktorá do istej miery poskytuje zvýšenú ochranu v konaniach, ktorých predmetom sú spory zo spotrebiteľských zmlúv, kedy v nich vylučuje využitie štandardných inštitútov aplikovateľných v iných sporových veciach.

Podľa § 153b ods. 5 OSP, súd nemôže rozhodnúť rozsudkom pre zmeškanie v spore, v ktorom sa uplatňuje právo na zaplatenie peňažnej sumy zo spotrebiteľskej zmluvy a odporcom je spotrebiteľ, ak zmluva obsahuje neprijateľné podmienky. V danom smere sa tým poskytuje zvýšená ochrana subjektu – účastníkovi, ktorý je v postavení spotrebiteľa – odporcu, v konaniach, kedy ide o plnenie zo spotrebiteľskej zmluvy obsahujúcej neprijateľné podmienky, pričom za normálnych okolností by jeho pasívne správanie v spore deklarovalo jeho uzrokovanie s výsledkom a za splnenia zákonných podmienok umožnilo vydanie kontumačného rozsudku.

Rovnako podľa § 172 ods. 9 OSP: „ak sa uplatňuje právo na zaplatenie peňažnej sumy zo spotrebiteľskej zmluvy a odporcom je spotrebiteľ, súd nevydá platobný rozkaz, ak zmluva

⁷ Dielo cit. v poznámke č. 6, s. 280.

⁸ Macur, J. Problémy vzájomného vzťahu práva procesného a hmotného. Acta Universitas Brunensis. Iuridica No. 129, Brno: Masarykova Univerzita v Brne, 1993.

⁹ § 52 ods. 1 OZ: „spotrebiteľskou zmluvou je každá zmluva bez ohľadu na právnu formu, ktorú uzatvárajú dodávateľ so spotrebiteľom“.

¹⁰ Neprijateľné podmienky uvedené v spotrebiteľských zmluvách sú príkladmo vymenované v § 53 ods. 4 OZ

¹¹ Novela Občianskeho zákonníka vykonaná zákonom č. 384/2008 Z. z.

¹² Už spomínaná novela vykonaná zákonom č. 384/2008 Z. z.

obsahuje neprijateľné podmienky.“ Uvedené znamená, že v takýchto prípadoch nebude možné, aby súd využil postup rozhodovania v tzv. skrátenom alebo rozkaznom konaní a rozhodol bez nariadenia pojednávania formou platobného rozkazu. Súd bude musieť v komparácii s príslušným ustanovením OZ vyhodnotiť, či sa v danom prípade jedná alebo nejedná o neprijateľné podmienky.

V uvedenej rovine nejde o výpočet vyčerpávajúci. Avšak aj takto načrtnutý základ umožňuje vyvodiť tézu, o vzájomnej spätosti oboch odvetví v tom, že je obvyklým pravidlom, že pokiaľ príde k významným a podstatným zmenám v rovine hmotnoprávnej úpravy občianskeho práva, nepochybne sa to prejaví aj vo sfére civilného práva procesného.

3. ZÁVER

Z nami naznačených myšlienok možno vyvodiť záver, že napriek samostatnosti oboch právnych odvetví je ich blízkosť a vzájomná neoddeliteľnosť jednoznačná. Smerovanie v legislatívnych trendov v jednom odvetví sa nutne premietne do odvetvia druhého.

Je preto rekodifikácia občianskeho práva hmotného možná bez civilného práva procesného? Možno konštatovať, že formálne pravdepodobne áno. Čo ale cesta skutočnej správnosti? Následkom prijatia dlho očakávaného rekodifikovaného občianskeho kódexu, bude veľké množstvo zmien, spojených s potrebou vymedzenia aj procesných pravidiel pri aplikácii novoutvorených, ale aj dotvorených inštitútov. Reakciou bude pravdepodobne prijatie širokého okruhu noviel a ďalší zásah už do aj tak neprehľadného občianskeho súdneho poriadku. Vytvorí sa tým len ďalší okruh precizovania bez rozumnej koncepcnosti. Potvrdí sa začaté smerovanie k ďalšej kazuistike zákona, resp. jej jednotlivých právnych noriem.

Na začiatku rekodifikácie je cesta stále otvorená a stále existuje priestor a možnosť pre krok k akceptovaniu potreby rekodifikácie občianskeho súdneho poriadku vo vzájomnej spojitosti a neoddeliteľnosti s občianskym zákonníkom.

Literatura:

- Zákon č. 509/1991 Zb.
- Lazar, J. Návrh legislatívneho zámeru kodifikácie súkromného práva, Materiály z odbornej konferencie, Ministerstvo spravodlivosti Slovenskej republiky, Bratislava: EUROKODEX, Poradca podnikateľa, spol. s r. o., 2008, ISBN 978-80-89363-14-8
- Občiansky súdny poriadok, Zákon č. 99/1963 Zb.
- Winterova. A. Civilní právo procesní. 4. Aktualizované vydání doplněné o předpisy evropského práva. Praha: Linde Praha, a. s. , 2006,
- Macur. J. Problémy vzájemného vztahu práva procesního a hmotního. Acta Universitatis Brunensis. Iuridica No. 129, Brno: Masarykova Univerzita v Brne, 1993
- Občiansky zákonník, Zákon č. 40/1964 Zb.
- Zákon č. 384/2008 Z. z.

Kontaktní údaje na autora – email:

alexandra.kotrecova@gmail.com, saskia.polackova@uninova.sk

SOUDNÍ PŘEZKUM ROZHODNUTÍ ÚŘADU PRŮMYSLOVÉHO VLASTNICTVÍ VE SVĚTLE NEJNOVĚJŠÍ JUDIKATURY EVROSPKÉHO SOUDU PRO LIDSKÁ PRÁVA

PAVEL KOUKAL

Právnická fakulta Masarykovy univerzity, Česká republika

Abstrakt v rodném jazyce

Autor se v příspěvku věnuje kritickému pohledu na ustálenou judikaturu zvláštního senátu pro rozhodování některých kompetenčních sporů v oblasti soudního přezkumu rozhodnutí Úřadu průmyslového vlastnictví. S ohledem na aktuální judikaturu Evropského soudu pro lidská práva, dospívá autor k závěru, že rozhodnutí Úřadu průmyslového vlastnictví jsou rozhodnutími správního orgánu o tzv. soukromých subjektivních právech. Z těchto důvodů by o "přezkumu" rozhodnutí Úřadu (resp. o novém projednání věci soudem) měly rozhodovat civilní soudy dle části V. občanského soudního řádu.

Klíčová slova v rodném jazyce

Soudní přezkum správních rozhodnutí, průmyslová práva, právo vlastnické, Úřad průmyslového vlastnictví, zvláštní senát, část V. občanského soudního řádu, Anheuser-Busch proti Portugalsku, Balan proti Moldávii, soukromá subjektivní práva, veřejná subjektivní práva.

Abstract

Author discusses the issue of the judicial review on decisions issued by the Industrial Property Office. In respect of current decisions of the ECHR in case Anheuser-Busch v. Portugal and Balan v. Moldova intellectual property (including applications for registration) should be protected in the same way as tangible assets. As a consequence decisions of the Industrial Property Office are to be considered as an issue arising under private law and relevant cases should be reviewed in accordance with the Code of Civil Justice (§ 244 and f.)

Key words

Judicial review, intellectual property, industrial property, Industrial Property Office, Code of Administration Justice, Code of Civil Justice, Anheuser-Busch v. Portugal, Balan v. Moldova, private law, public law.

1. VĚSTĚNÍ Z JATER OBĚTOVANÝCH ZVÍŘAT

Ve starověkém Římě znali institut haruspiků, což bylo označení pro etruské a později starořímské kněze, kteří se věnovali předpovídání budoucnosti mj. ze zkoumání změn ve vnitřnostech obětovaných zvířat, hlavně jater. Byla to nesporně profese přínosná, svým způsobem futurologická a měla nepochybně i svůj normativní dopad. Jednalo se o povolání svým způsobem obdobné dnešním meteorologům, klimatologům anebo třeba členům zvláštního senátu pro rozhodování některých kompetenčních sporů (dále též „zvláštní senát“) dle zákona č. 131/2002 Sb. Každopádně měly výroky haruspika zhruba stejnou „předpověďací hodnotu“, jako výroky zmiňovaných profesí.

Cílem tohoto příspěvku je provést kritický rozbor jedné z dílčích oblastí rozhodování zvláštního senátu, konkrétně rozhodování o tom, zda soudní přezkum¹ rozhodnutí Úřadu průmyslového vlastnictví náleží soudům v občanském soudním řízení anebo soudům ve správním soudnictví.

Osobně se netajím tím, že jsem se s rozhodovací praxí zvláštního senátu v této oblasti nikdy věcně neztotožnil, byť částečně rozumím praktickým důvodům, které vedly zvláštní senát k zaujetí stanoviska, že rozhodnutí Úřadu průmyslového vlastnictví mají být přezkoumávána v rámci správního soudnictví dle soudního řádu správního (zákon č. 150/2002 Sb., ve znění pozdějších předpisů).

Přesto, pokud má být rozhodování zvláštního senátu výrazem tradiční dělby subjektivních práva na práva soukromá a veřejná, a nikoliv otázkou prakticistních řešení a kompromisů o tom, která ze soudních „větví“ se „přezkumu“ rozhodnutí správního úřadu ujme, je třeba podrobit rozhodování zvláštního senátu kritice. Kritice potud, že zvláštní senát rozhodoval minimálně v případě přezkumu rozhodnutí Úřadu průmyslového vlastnictví (dále též „Úřad“) účelově a nechal si vnutit právně vadnou konstrukci, kterou vymysleli pracovníci Úřadu.

Ačkoliv je mi zřejmé, že mé argumenty přicházejí svým způsobem „post festum“ a současně je nepravděpodobné, že by zvláštní senát svou ustálenou judikaturu přehodnotil, chci s ohledem na judikaturu Evropského soudu pro lidská práva dokumentovat, že rozhodování Úřadu je (a vždy bylo) rozhodováním správního orgánu o soukromých subjektivních právech. Z této skutečnosti potom vyplývá, že v českém právu by měly o této otázce rozhodovat soudy dle části V. občanského soudního řádu.²

2. ROZHODNUTÍ SOUDU V SOUKROMOPRÁVNÍ VĚCI

Ustanovení § 2 soudního řádu správního stanoví, že „ve správním soudnictví poskytují soudy ochranu veřejným subjektivním právům fyzických i právnických osob“. Toto ustanovení je klíčové pro určení, zda je vůbec dána pravomoc správních soudů k projednání určité věci. Současně ustanovení § 4 odst. 1 písm. a) soudního řádu správního stanoví, že správní soudy rozhodují mj. o žalobách proti „rozhodnutím vydaným v oblasti veřejné správy orgánem moci výkonné, orgánem územního samosprávného celku, jakož i fyzickou nebo právnickou osobou nebo jiným orgánem, pokud jim bylo svěřeno rozhodování o právech a povinnostech fyzických a právnických osob v oblasti veřejné správy“.

Ustanovení § 4 soudního řádu správního bývá v některých případech (např. usnesení zvláštního senátu ze dne 6. ledna 2004, sp. zn. Konf 93/2003) používáno k právně vadné argumentaci spočívající v tom, že přezkum ve správním soudnictví je přípustný tehdy, jestliže bylo vydáno orgánem veřejné správy rozhodnutí „v oblasti veřejné správy“.³ Tato

¹ Zde odhlížím od toho, že dle části V. občanského soudního řádu se nejedná přezkum správních rozhodnutí, ale o nové projednání věci soudem.

² Jsem si samozřejmě vědom toho, že v případě ochranných známek je situace komplikovaná v tom směru, že Úřad do nového zákona o ochranných známkách [zákon č. 441/2003 Sb., ve znění pozdějších předpisů] vtělil ustanovení § 45 odst. 2, které v odkazu na poznámku pod čarou stanoví, že proti pravomocnému rozhodnutí Úřadu je přípustná žaloba podle soudního řádu správního.

³ Obdobně viz naprosto nesprávný názor obsažený v usnesení zvláštního senátu ze dne 1. prosince 2004, sp. zn. Konf 97/2003: „Ze shora uvedeného vyplývá, že rozhodné pro určení, zda věc bude projednávat soud správní či soud v občanském soudním řízení, je vždy soukromoprávní nebo veřejnoprávní povaha aktu udělení (omezení) majitelského práva k užitnému vzoru, nikoli samotná povaha tohoto práva. Samotný zápis (výmaz) užitného

argumentace však trpí zásadní vadou spočívající v tom, že každé rozhodnutí orgánu veřejné správy je rozhodnutím „v oblasti veřejné správy“ nebo též „vrchnostenským právním aktem“. Problém je, že zde je třeba odlišovat procesní vztahy v oblasti správního práva (které se realizují v rámci správního řízení) od otázky, o které věci správní orgán v konkrétním řízení rozhoduje.

Jako analogický příklad si můžeme vzít třeba problematiku řízení o vkladu vlastnického práva do katastru nemovitostí. Zde rovněž dochází dnem podání návrhu (žádosti) na vklad ke vzniku veřejnoprávního procesního vztahu mezi navrhovatelem (žadatelem) a katastrálním úřadem, podstatné však z pohledu aplikovatelnosti části V. občanského soudního řádu je, že katastrální úřad svým rozhodnutím rozhoduje o povolení vkladu vlastnického práva do katastru nemovitostí a konstituuje tak jednu z právních skutečností, bez nichž by nemohlo dojít k derivativnímu vzniku vlastnického práva.

Pokud si v této souvislosti vezmeme jeden z argumentů, který se objevuje již v prvním z usnesení zvláštního senátu ve věci přezkumu rozhodnutí Úřadu průmyslového vlastnictví (sp. zn. Konf 93/2003), že „žádná soukromá osoba, se kterou je přihlašovatel (majitel) v rovném postavení, mu nemůže registraci udělit ani mu nemůže známku vymazat; to může učinit jenom správní úřad, který k tomu má zákonnou kompetenci, a může to udělat jen tak, že o tom vydá vrchnostenský správní akt“, potom naprosto stejným způsobem musíme posuzovat i otázku vkladového řízení, neboť ani zde žádná soukromá osoba nemůže rozhodnout o povolení vkladu, provést vklad do katastrálních operátů, a způsobit tak dovršení převodu vlastnického práva. I v tomto případě bychom tedy museli obdobně dovodit, že „samotný vklad vlastnického práva není soukromoprávní věcí a je nerozhodné, že vkladem vznikají nebo zanikají soukromoprávní nároky“.

Shrnuji, že pro otázku, zda je dána pravomoc správních soudů, je rozhodující (§ 2 ve spojení s § 46 odst. 2 soudního řádu správního), zda se žalobce nedomáhá návrhu přezkoumání rozhodnutí, jímž správní orgán rozhodl v mezích své zákonné pravomoci v soukromoprávní věci. Podstatné tedy je, o čem správní orgán rozhodoval, nikoliv skutečnost, že rozhodoval vrchnostenským způsobem.

3. POVAHA PRÁV DUŠEVNÍHO VLASTNICTVÍ

3.1 GENEZE PRÁVNÍCH NÁZORŮ

Klíčovou otázkou v případě průmyslových práv zůstává, o jaké věci rozhoduje Úřad průmyslového vlastnictví při rozhodování o zápisech tzv. předmětů ochrany (ochranných známek, užitných vzorů, průmyslových vzorů apod.), při rozhodování o udělení určité ochrany (v případě vynálezů), při rozhodování o výmazech předmětů ochrany, při rozhodování o neplatnosti předmětů ochrany (resp. jejich zrušení), při rozhodování o námitkách proti zápisu apod.

Zajímavé je, že Nejvyšší správní soud měl původně (viz např. rozhodnutí ze dne 24. července 2003, sp. zn. 5 A 106/2001) v této otázce jednoznačný (a dle mého názoru správný) názor. Názor tak jednoznačný, že ve svém vyjádření k ústavní stížnosti (viz usnesení Ústavního soudu ze dne 26. února 2004, sp. zn. IV. ÚS 349/03), Nejvyšší správní soud výslovně uvádí:

vzoru tedy není soukromoprávní věc a je nerozhodné, že zápisem (výmazem) vznikají nebo zanikají soukromoprávní nároky“.

„V případě práv duševního vlastnictví ... jde o statky nehmotné povahy, které jsou podle § 118 občanského zákoníku předmětem občanskoprávních vztahů. Na soukromoprávním charakteru nic nemění ani možnosti ochrany a omezení veřejnoprávními instituty... rozhodování o výmazu ochranné známky právní je věcí vyplývající z občanskoprávních vztahů...“

Jak známo, Úřad průmyslového vlastnictví s takovým názorem nesouhlasil a namítal, že jeho rozhodování má „veřejnoprávní ráz“. Výsledkem příslušných správních řízení dle jeho názoru je přiznání či odepření průmyslového práva jako určitého privilegia. Současně namítal, že založení průmyslového práva rozhodnutím soudu dle části V. občanského soudního řádu by nastalo přímo soudním rozhodnutím, nikoli zápisem do rejstříku. Úřad by v tomto řízení nebyl účastníkem příslušného řízení a stát by tak pozbyl možnost bránit se nesouladnému rozhodování soudů a protizákonným rozhodnutím. Další argumenty byly čistě právně politické: vynětí rozhodování Úřadu z přezkumu podle soudního řádu správního znemožní ochranu proti jeho nečinnosti; existuje riziko rozmělnění rozhodovací činnosti na jednotlivé okresní soudy a nebude existovat jednotná judikatura; mezinárodní standard ochrany duševního vlastnictví počítá s možností přezkoumání rozhodování soudem, a nikoli jeho převzetí apod.

Zvláštní senát následně zrušil usnesení Nejvyššího správního soudu ve svých usneseních sp. zn. Konf 93/2003 (výmaz ochranné známky), sp. zn. Konf 97/2003 (výmaz užitého vzoru), sp. zn. 102/2003 (zamítnutí přihlášky ochranné známky), sp. zn. Konf. 9/2004 (zrušení patentu), atd. a postavil se za argumentaci Úřadu průmyslového vlastnictví.

3.2 ROZHODNUTÍ ANHEUSER - BUSCH PROTI PORTUGALSKU

Rozhodnutí Anheuser - Busch proti Portugalsku (stížnost č. 73049/01, dostupný z: <http://cmiskp.echr.coe.int/tkp197/search.asp?skin=hudoc-en>) je v oblasti práva duševního vlastnictví klíčovým rozhodnutím potud, že Evropský soud pro lidská práva poprvé jednoznačně vyslovil, že právům duševního vlastnictví je poskytována prostřednictvím čl. 1 Prvního dodatkového protokolu k Úmluvě o ochraně lidských práv a základních svobod (sdělení Federálního ministerstva zahraničních věcí č. 209/1992 Sb.) stejná ochrana jako právu vlastnickému. Toto rozhodnutí je o to zásadnější, že v něm konečný právní závěr zaujal Velký senát.

V rozhodnutí Anheuser – Busch proti Portugalsku se jedná o pokračování řady sporů mezi Budějovickým Budvarem, n.p. (dále též „Budějovický Budvar“) a americkým koncernem Anheuser - Busch o užívání označení „Budweiser“, „Budweiser Beer“ apod. Společnost Anheuser - Busch disponovala na základě smluv z 30. let minulého století oprávněním používat označení „Budweiser“ ve Spojených státech. Příslušné smlouvy nicméně neřešily otázku užívání tohoto označení na území Evropy. Problémy tak nastaly v okamžiku (přibližně od 70. let 20. století), kdy se Anheuser - Busch rozhodl expandovat do Evropy.

V našem případě dne 19. května 1981 podal Anheuser – Busch přihlášku slovní ochranné známky „Budweiser“ u portugalského zápisného úřadu. Proti přihlášce uplatnil Budějovický Budvar námítky, které se opíraly o skutečnost, že označení „Budweiser Bier“ je od roku 1968 chráněno jako označení původu podle Lisabonské dohody o ochraně označení původu a jejich mezinárodním zápisu (vyhl. č. 67/1975 Sb., ve znění vyhl. č. 79/1985 Sb.) Následovala dlouhá jednání, v nichž Budějovický Budvar zvažoval, že by udělil souhlas s užitím označení Budweiser i pro území evropských států, tato jednání nicméně zkrachovala, a z tohoto důvodu musel spor rozhodnout nejdříve portugalský zápisný úřad a následně portugalské soudy.

Americká strana podala návrh na zrušení zápisu „Budweiser“ jakožto označení původu, přičemž Lisabonský soud první instance tomuto návrhu vyhověl s tím, že označení „Budweiser“ není označením původu ve smyslu čl. 2 Lisabonské dohody o ochraně označení původu a jejich mezinárodním zápisu.

Následně portugalský zápisný úřad provedl v roce 1995 zápis ochranné známky Budweiser do rejstříku, a to ve prospěch společnosti Anheuser – Busch. Proti tomuto rozhodnutí podala česká strana žalobu k Lisabonskému soudu první instance, přičemž jádro právní argumentace spočívalo tentokrát v tom, že Československá socialistická republika uzavřela v roce 1986 s Portugalskem dohodu o „ochraně údajů o původu, označení původu a jejich zeměpisných a obdobných označení“ (vyhl. č. 63/1987 Sb.), v níž se obě strany zavázaly chránit svá označení původu (mezi která patřila i označení „Českobudějovické Pivo“, „Českobudějovický Budvar“). Žaloba však byla zamítnuta s poukazem na to, že ochrany požívá pouze české označení „Českobudějovický Budvar“, nikoliv jeho německý překlad (Budweiser). Následovalo odvolání k Apelačnímu soudu, který rozhodnutí Soudu první instance zrušil a nařídil, aby přihláška ochranné známky ve prospěch americké strany byla zamítnuta. Apelační soud shledal, že by v daném případě byla porušena práva Budějovického Budvaru, která se opírala o dohodu z roku 1986, a konstatoval, že ochrana označení původu ve smyslu této dohody se vztahuje na překlady příslušného označení do všech jazyků (včetně němčiny). Rozhodnutí Apelačního soudu byla napadena dovoláním k Nejvyššímu soudu, který však dovolání zamítl a potvrdil právní názor, který zaujal Apelační soud.

Následně se společnost Anheuser – Busch rozhodla proti Portugalsku podat stížnost k Evropskému soudu pro lidská práva, přičemž namítala, že v daném případě bylo porušeno její právo vlastnit majetek (čl. 1 Prvního dodatkového protokolu k Úmluvě o ochraně lidských práv a základních svobod, dále též „První dodatkový protokol“, „Úmluva“). Rozhodnutí portugalského Nejvyššího soudu, na základě něhož došlo k zamítnutí přihlášky ochranné známky, dle jejího názoru představovalo fakticky vyvlastnění, a to v situaci, kdy nelze tvrdit, že by se takové zbavení majetku dělo v souladu s veřejným zájmem. Navíc se, podle tvrzení stěžovatele, rozhodnutí opíralo o právní konstrukci, která upřednostnila právní účinky mezinárodní dohody z roku 1986 před prioritním právem, které vzniklo podáním přihlášky ochranné známky v roce 1981. Taková aplikace přitom nemůže být považována za souladnou ani s požadavky zákona (zákaz pravé zpětné účinnosti) ani s obecnými zásadami mezinárodního práva.

Senát druhé sekce Evropského soudu pro lidská práva, který případ posuzoval, se nejdříve zabýval otázkou, zda se čl. 1 Prvního dodatkového protokolu vztahuje i na duševní vlastnictví. Dospěl k závěru (odst. 45), že pojem majetek ve smyslu čl. 1 má autonomní význam (the concept of “possessions” has an autonomous meaning which is not limited to ownership of physical goods) a vztahuje se i na nehmotné statky, pokud se k nim váží výlučná práva mající majetkovou povahu (certain other rights and interests constituting assets can also be regarded as “property rights”, and thus as “possessions” for the purposes of this provision). Klíčovým v této souvislosti zůstalo, ve kterém okamžiku je u průmyslových práv možné hovořit o majetku, zda tedy i samotná přihláška ochranné známky je majetkovým právem. V této souvislosti senát shledal (odst. 46), že přihláška ochranné známky nejen podle mezinárodního práva soukromého, ale i podle portugalského práva, představuje určitou majetkovou hodnotu (the Court observes that the legal position of an applicant for the registration of a trade mark incontestably has financial repercussions). Váží se k ní totiž výlučná práva (právo priority) a přihláška může být za úplaty převedena na druhého (odst. 47, 48). Na druhou stranu (odst. 49, 50) se však jedná o podmíněný nárok (conditional claim) a samotná povaha přihlášky ochranné známky nepředstavuje dostatečně silné „legitimní

očekávání“ (legitimate expectation), aby bylo možné ji považovat za majetek ve smyslu čl. 1 Prvního dodatkového protokolu (in the instant case, the applicant company could not be sure of being the owner of the trade mark in question until after final registration and then only on condition that no objection was raised by a third party. In other words, the applicant company had a conditional right, which was extinguished retrospectively for failure to satisfy the condition, namely that it did not infringe third-party rights). Senát (odst. 52) shrnuje, že za majetek ve smyslu čl. 1 je možné považovat až ochrannou známku, která byla zapsána do rejstříku, nikoliv samotnou přihlášku (the Court thus considers that, while it is clear that a trade mark constitutes a “possession” within the meaning of Article 1 of Protocol No. 1, this is only so after final registration of the mark, in accordance with the rules in force in the State concerned. Prior to such registration, the applicant does, of course, have a hope of acquiring such a “possession”, but not a legally-protected legitimate expectation).

Proti rozhodnutí senátu podal stěžovatel žádost o postoupení věci Velkému senátu s tím, že v daném případě jde o závažnou otázku ve smyslu čl. 43 odst. 2 Úmluvy. Velký senát ve věci rozhodl následujícím způsobem.

Předně potvrdil (odst. 72) názor, že čl. 1 Prvního dodatkového protokolu se vztahuje na duševní vlastnictví jako takové (Grand Chamber agrees with the Chamber's conclusion that Article 1 of Protocol No. 1 is applicable to intellectual property as such).⁴ Co se týče otázky, zda samotná přihláška ochranné známky představuje majetek ve smyslu čl. 1, Velký senát dovozuje (odst. 78), že samotná přihláška ochranné známky sice představuje podmíněné majetkové právo, nicméně přihláška dává přihlašovatelovi oprávněné očekávání (the applicant company was entitled to expect), že bude v souladu s příslušnými zákonnými ustanoveními posuzována zápisná způsobilost příslušného označení (it would be examined under the applicable legislation if it satisfied the other relevant substantive and procedural conditions). Z tohoto důvodu stěžovatel byl držitelem majetkového práva ve smyslu čl. 1 Prvního dodatkového protokolu (the applicant company therefore owned a set of proprietary rights – linked to its application for the registration of a trade mark), a to i přesto, že takové právo mohlo být později zrušeno (even though they could be revoked under certain conditions). Tyto skutečnosti podle názoru Velkého senátu (odst. 78) jsou dostačující k tomu, aby bylo možné i samotnou přihlášku ochranné známky považovat za majetkové právo, které podléhá ochraně Prvního dodatkového protokolu (this suffices to make Article 1 of Protocol No 1 applicable in the instant case).

Následně se v rozhodnutí Velký senát zabývá otázkou, zda došlo k protiprávnímu zásahu (ve smyslu čl. 1 První dodatkového protokolu) do práva vlastnit majetek. V této souvislosti soud posuzoval, zda rozhodnutí portugalského Nejvyššího soudu opírající se o aplikaci (pozdější) mezinárodní smlouvy mezi Československem a Portugalskem, představuje zásah do práva k pokojnému užívání majetku. Soud ne příliš přesvědčivou argumentací (odst. 83 a 86) dospívá k závěru, že v tomto ohledu nehodlá nahrazovat činnost portugalských soudů (the Court reiterates that its jurisdiction to verify that domestic law has been correctly interpreted and applied is limited and that it is not its function to take the place of the national courts) a spokojuje se s tím, že rozhodnutí portugalských soudů ve vztahu k interpretaci vnitrostátního práva a příslušných mezinárodních smluv nejsou ani nepřesvědčivá ani nepředstavují zjevný případ libovůle (the Court finds no basis on which to conclude that the decision of the

⁴ Stejný názor byl následně potvrzen i v rozhodnutí Balan proti Moldávii: „Therefore, unlike in the above-cited judgment of Anheuser-Busch Inc. v. Portugal, there was no dispute in the present case as to whether the applicant could claim protection of his intellectual property rights“. (odst. 34)

Supreme Court was affected by any element of arbitrariness or that it was otherwise manifestly unreasonable).

Přestože k rozhodnutí Velkého senátu byla publikována konkurující a disentuující stanoviska několika soudců, je právní závěr jednoznačný. Přihláška ochranné známky nepředstavuje žádnou „poníženou“ žádost o udělení „vrchnostenského oprávnění“ (viz např. rozhodnutí zvláštního senátu sp. zn. Konf 97/2003), ale jde o majetkové právo, o kterém rozhoduje příslušný zápisný úřad.

4. DŮSLEDKY ROZHODNUTÍ ŠTRASBURSKÉHO SOUDU

Na základě provedené analýzy lze učinit následující právní závěry.

Rozhodnutí zvláštního senátu v oblasti soudního přezkumu rozhodnutí Úřadu průmyslového vlastnictví jsou právně vadná, neboť nereflektují skutečnost, že Úřad průmyslového vlastnictví v případě rozhodnutí o zápisu předmětů ochrany, včetně rozhodnutí o výmazech, prohlášení neplatnosti nebo zrušení, rozhoduje o „odstranění podmíněnosti“ práva majetkové povahy. Jde tedy věcně o obdobné rozhodování jako v případě vlastnických práv při jejich zápisech do katastru nemovitostí. I zde je v českém právním prostředí právo kupujícího vyplývající z příslušné smlouvy podmíněno „vrchnostenským rozhodnutím“ – rozhodnutím o povolení vkladu vlastnického práva a následně provedeným vkladem. Skutečnost, že jde o vrchnostenské rozhodnutí však není rozhodná, podstatné naopak je, o kterých právech správní úřad rozhodoval.

V souvislosti ze shora uvedeným je dobré si povšimnout ještě několika dalších věcí. Předně není možné přijmout argument Úřadu opírající se o čl. 32 Dohody TRIPS (vyhl. č. 191/1995 Sb.) ve spojení s čl. 12 Pařížské unijní úmluvy (vyhl. č. 64/1975 Sb., ve znění vyhl. č. 81/1985 Sb.), že by „přezkum“ (resp. nové projednání věci) podle části V. občanského soudního řádu představoval porušení principu „jednoho zápisného úřadu“. Jak vidíme právě na případu Anheuser – Busch, v Portugalsku rozhodují o žalobách proti rozhodnutím zápisného úřadu civilní soudy, které mají oprávnění nahradit správní rozhodnutí vlastním rozhodnutím (čl. 46 Portugalského zákoníku duševního vlastnictví, dostupný z: <http://www.marcaspatentes.pt/index.php?section=423>). Toto rozhodnutí se poté zapisuje do příslušného rejstříku. Obdobná situace ostatně panuje i v Maďarsku (čl. 91 Maďarského známkového zákona, dostupný z <http://www.wipo.int/clea/en/details.jsp?id=2203>). Problém v českém právním řádu je, že příslušné zákony upravující průmyslová práva, neznají mechanismus, s nímž se lze setkat v zahraničí, tedy že o vzniku práv v konečném důsledku rozhodují soudy a jejich rozhodnutí se do příslušných rejstříků zapisují „záznamem“ (pokud použijeme analogický pojem z ustanovení § 7 zákona o zápisech vlastnických a jiných věcných práv k nemovitostem [zákon č. 265/1992 Sb., ve znění pozdějších předpisů]). Tato skutečnost je jistě podstatnou mezerou v právním řádu, nicméně sama o sobě dle mého názoru nemůže ospravedlnit „právní ekvilibristiku“, kterou provádí zvláštní senát ve zmiňovaných ustanoveních a která jde zcela proti smyslu ustanovení § 2 a § 46 odst. 2 soudního řádu správního.

Stejně tak je jistě nepříjemné, pokud úřad, který o věci rozhodoval není dle části V. občanského soudního řádu účastníkem nového projednání věci (§250a odst. 1 občanského soudního řádu), chce se však dodat, že ve stejné situaci jako Úřad průmyslového vlastnictví jsou denně desítky jiných úřadů (pozemkové úřady, katastrální úřady, Český telekomunikační úřad apod.)

Závěrem se chci zastavit u jiných práv k duševnímu vlastnictví, u nichž nikdo nepochybuje o tom, že o jejich konstituování mají „vrchnostensky“ rozhodovat civilní soudy a nikoho ani nenapadne, že by tomu mělo být jinak. Jedná se o práva k obchodní firmě, která v souladu s ustanovením § 9 odst. 2 obchodního zákoníku (zákon č. 513/1991 Sb., ve znění pozdějších předpisů) vznikají „zápisem do obchodního rejstříku“. Jistě lze namítnout, že zde o vzniku práv rozhodují přímo krajské soudy bez toho, aby zde byl předstupeň v podobě rozhodování správního úřadu. Nicméně vzhledem k tomu, že konstrukce části V. občanského soudního řádu stojí na pozici „nového projednání věci civilním soudem“, jsou obě řízení kvalitativně rovnocenná (samozřejmě s tím rozdílem, že obchodní rejstřík vedou přímo soudy, zatímco rejstříky předmětů ochrany průmyslového vlastnictví vede Úřad průmyslového vlastnictví).

5. ODŮVODNIT LZE V PODSTATĚ COKOLIV

Jak jsem již uvedl, kritický rozbor předmětných rozhodnutí zvláštního senátu, poukazuje na dvě skutečnosti. Předně je vidět, že odůvodnit lze v podstatě cokoliv, a to jak proti duchu reformy správního soudnictví účinné od 1. ledna 2003, tak proti výslovnému znění příslušných ustanovení soudního řádu správního. Současně lze za účelovým rozhodováním zvláštního senátu vidět spíše podstatné vady části V. občanského soudního řádu, než snahu o kvalitativně jiné pojetí práva duševního vlastnictví, než je tomu v případě rozhodnutí Anheuser – Busch proti Portugalsku. Co se týče procesní a kompetenční stránky dané problematiky nelze dle mého názoru z pohledu právní čistoty akceptovat zaměňování povahy subjektivních práv, o nichž správní orgán rozhodoval, za otázku povahy správně právních procesních vztahů, které jsou pojmově vždy vrchnostenské.

Judikatura:

- rozhodnutí Evropského soudu pro lidská práva Anheuser – Busch proti Portugalsku (stížnost č. 73049/01, dostupný z: <http://cmiskp.echr.coe.int/tkp197/search.asp?skin=hudoc-en>)
- usnesení zvláštního senátu pro rozhodování některých kompetenčních sporů sp. zn. Konf 93/2003, Konf 97/2003, Konf 102/2003, Konf. 9/2004, dostupné z: <http://195.39.33.40/main.aspx?cls=AnonymZneniList&menuactive=;ml119;ml120>
- usnesení Ústavního soudu sp. zn. IV. ÚS 349/03, dostupné z: <http://nalus.usoud.cz/Search/Search.aspx>

Kontaktní údaje na autora – email:

koukal@ochrance.cz, Pavel.Koukal@law.muni.cz

UST. §120 ODS.T.3 O.S.Ř. VE SVĚTLE NAVRHOVANÉ NOVELY OBČANSKÉHO SOUDNÍHO ŘÁDU (VYŠETŘOVACÍ DŮKAZ VE SPORNÉM ŘÍZENÍ?)

INGRID KOVÁŘOVÁ KOCHOVÁ

Právnická fakulta Masarykovy Univerzity; Okresní soud v Olomouci, Česká republika

Abstrakt v rodném jazyce

Článek se zabývá dokazováním. Dokazování je prostorem, kde se ve vzájemném vztahu ocitají normy práva procesního a hmotného. Článek pojednává o dokazování, důkazním břemenu, obrácení důkazního břemene, informační povinnosti stran sporu, vyšetřovacím důkazu. Podrobuje kritice vládní návrh novelizace ust. § 120 odst. 3 z.č. 99/1963.

Klíčová slova v rodném jazyce

Důkaz, důkazní břemeno, obrácení důkazního břemene, vyšetřovací důkaz.

Abstract

Abstract is dealing with validation procedure (evidence). Evidence is a place, where norms of civil law procedure and norms of substantive civil law are coming into a relationship. This article handles about the evidence, the weight of evidence, the turning of the weight of evidence, the discovery evidence. It criticizes the government's concept of the new text of § 120 sect. 3 l.n. 99/1963.

Key words

Evidence, the weight of evidence, the turning of the weight of evidence, discovery evidence.

Dokazování tvoří významný prostor, kdy se ve vzájemném vztahu ocitají normy práva procesního a práva hmotného. Teoretické zpracování problematiky dokazování tvoří významnou, ne-li stěžejní část díla prof. JUDr. Josefa Macura, DrSc., jehož nedožitým osmdesátým narozeninám je dedikována sekce občanskoprávní probíhající konference Dny práva. Proto volba tématu příspěvku v době přípravy velké novely občanského soudního řádu byla nasnadě.

Podle současného znění ust. §120 odst. 3 zákona č. 99/1963 Sb., občanský soudní řád ve znění pozdějších předpisů (dále jen o.s.ř.“), nejde-li o řízení uvedená v odstavci 2 téhož paragrafu, může soud provést jiné než účastníky navržené důkazy v případech, kdy potřeba jejich provedení ke zjištění skutkového stavu vyšla v řízení najevo. Neoznačí-li účastníci důkazy potřebné k provedení svých tvrzení, vychází soud při zjišťování skutkového stavu z důkazů, které byly provedeny.

Dne 3. 11. 2008 prošel třetím čtením vládní návrh novely občanského soudního řádu¹. V rámci této rozsáhlé novelizace je navrhována ke schválení i změna tohoto zákonného ustanovení, které má nově znít následovně: „Nejde-li o řízení uvedená v odstavci 2, může soud provést jiné než účastníky navržené důkazy v případech, kdy jsou potřebné ke zjištění skutkového stavu a vyplývají-li z obsahu spisu. Neoznačí-li účastníci důkazy potřebné k prokázání svých tvrzení, vychází soud při zjišťování skutkového stavu z důkazů, které byly

¹ Text je přístupný mimo jiné na www.psp.cz.

provedeny.“ Tedy nahrazuje se věta prvá druhá část věty, kdy namísto dosavadního textu „kdy potřeba jejich provedení ke zjištění skutkového stavu vyšla v řízení najevo“ textem „kdy jsou potřebné ke zjištění skutkového stavu a vyplývají-li z obsahu spisu.“

Důvodová zpráva pak vysvětluje tuto navrhovanou změnu zákonného ustanovení tak, že se zřetelně zdůrazňuje, že povinnost tvrzení a důkazní je ve sporném řízení věcí účastníků řízení. Soud nesmí ve sporném řízení „pátrat“ po důkazech. Právo soudu provádět důkazy účastníky nenavržené se omezuje pouze na situace, kdy by soud pro formální nedostatek důkazního návrhu účastníka nemohl provést důkaz potřebný ke zjištění sporné právně významné skutečnosti, která vyplývá z obsahu spisu.²

Soudní dokazování je nejdůležitější fází a těžištěm civilního procesu. Postup dokazování je upraven občanským soudním řádem tak, aby skutečnosti důležité pro rozhodnutí ve věci mohly být jednoznačně a přesvědčivě zjištěny. Plnění důkazní povinnosti je zcela v dispozici dokazující procesní strany. Procesní strana sama volí, zda a jakým způsobem bude dokazovat skutečnosti, které ve sporu tvrdí. Jde o projev zásady projednací. Vedle tohoto chápání důkazní povinnosti jako práva dotčené procesní strany je třeba současně toto právo vnímat i jako povinnost vůči druhé straně sporu a soudu. Hovoříme právě z tohoto důvodu o důkazní povinnosti. Důkazní povinnost je jednou ze základních povinností účastníka řízení v rámci sporného řízení před soudem prvního stupně. Důkazní povinnost je zakotvena v několika ustanoveních občanského soudního řádu: jako obecná povinnost označit důkazy v rámci sepsaného podání (ust. § 42 odst. 4 o.s.ř.), v podané žalobě (ust. § 79 odst. 1 o.s.ř.), v průběhu řízení pak v ust. § 101 odst. 1 písm. b) o.s.ř. Zvláště v průběhu řízení je specifikována v ust. § 120 odst. 1 o.s.ř. Při neplnění této povinnosti nastupuje poučovací povinnost soudu a povinnost důkazní v návaznosti na výzvu – poučení ze strany soudu (ust. § 118a odst. 3 o.s.ř., resp. i ust. § 118a odst. 2 o.s.ř.), konečně pak i poučení - upomenutí soudu na plnění této povinnosti (ust. § 119a odst. 1 o.s.ř.).

V rámci sporného řízení je plnění této povinnosti zcela v dispozici účastníka řízení, je na něm, zda svoji procesní povinnost splní, nebo ji plnit odmítá (projevem jeho vůle je neprokazovat svá tvrzení), nebo ji neplní, neboť ji opomíná plnit, případně si ji není vědom. Pro tyto tři poslední případy pak právě nastupuje poučovací povinnost soudu. Neboť cílem soudního procesu, potažmo činnosti soudu je projednání a rozhodnutí věci; soud musí rozhodnout a projednávat věc, i když jsou účastníci řízení nečinní (ust. § 101 odst. 3 o.s.ř.) Zde se uplatňuje zásada projednací.

Prof. Macur ve své práci Dělení důkazního břemene³ hovoří o objektivním důkazním břemenu, které dává návod jak má soud postupovat, jestliže veškeré vykonané dokazování neumožnilo zjistit podstatné skutkové okolnosti a skutkový stav zůstal neobjasněn. Výsledná nejistota „non liquet“ nemůže mít za následek nejistotu o právních vztazích, nemže vést k tomu, že soud odmítne ve věci rozhodnout.. Pravidla o důkazním břemenu umožňují, aby soud vydal rozhodnutí ve věci samé, i když se mu nepodařilo překonat vnitřní nejistotu o skutkovém stavu. Tato pravidla se netýkají hodnocení důkazů a nemají nahradit, případně vyvolat určité vnitřní přesvědčení soudu o existenci či neexistenci právně významných skutečností. Tomuto důkaznímu břemenu vždy odpovídá abstraktní subjektivní důkazní břemeno; jde o rozvržení důkazního břemene dle žalobních tvrzení v relaci na konkrétní

² Bod 44 důvodové zprávy dostupný rovněž na www.psp.cz.

³ Macur, J.: Dělení důkazního břemene v civilním soudním sporu, Brno: Masarykova univerzita, 1. vydání , 160 s. ISBN: 80-210-1403-2, str. 7

hmotněprávní normy, na kterých žalobce staví svůj žalobní nárok. Dále pak hovoří o subjektivním důkazním břemenu, které zatěžuje procesní stranu nepříznivými následky (neúspěchem ve sporu), pokud se jí nepodaří dokázat skutečnosti, ohledně kterých nese důkazní břemeno. Konkrétní subjektivní důkazní břemeno pak v průběhu sporu kyvadlovitě přechází z jedné strany na druhou a může zatěžovat i procesní stranu, která abstraktní subjektivní břemeno nenese; tedy v případě obrany žalovaného prezentované v rovině existence jiného závazkového vztahu než tvrzeného žalobcem, může právě v tomto rozsahu dokazovaných skutečností zatěžovat žalovaného.

Důkazní břemeno je současnou judikaturou definováno jako procesní odpovědnost účastníka řízení za to, že za řízení nebyla prokázána jeho tvrzení a že z tohoto důvodu muselo být rozhodnuto ve věci samé v jeho neprospěch.⁴

Prof. Macur uzavírá, že dokazování se uplatňuje a rozvíjí pouze v rámci procesu, teprve v rámci soudního řízení se ukáže, zda určité skutečnosti byly či nebyly dokázány a zda jsou tedy dokazatelné. Soud plní svou funkci „nalézání práva“ tím lépe, čím výrazněji a přesněji si uvedený rozpor uvědomuje a snaží se jej překonat. „Nalézání práva“ se tak nestává rutinní aplikací právních norem, ale vede k všestrannému iniciativnímu úsilí o pravdivé zjištění skutečnosti. Z obtížnosti dokazování pak nutně vyplývá, že musí nutně existovat i taková soudní rozhodnutí, která nejsou v souladu se skutečnými hmotněprávními poměry. K ideálnímu stavu a dokonalým výsledkům se může činnost soudu za předpokladu trvale vynakládaného úsilí pouze přiblížit. Tomuto cíli slouží i procesní teorie dokazování a důkazního břemena. Jde o institut výlučně procesní povahy.⁵

V rámci sporného řízení je pak důležité určit pravidla, podle kterých jsou strany sporu zatíženy důkazním břemenem, jak je mezi strany rozděleno. Těmito pravidly jsou pravidla teorie analýzy norem, jejíž základní pravidlo dělení důkazního břemene stanoví, že procesní strana, jejíž procesní cíle nelze dosáhnout bez použití určité právní normy, nese břemeno tvrzení i břemeno důkazní ohledně splnění skutkových předpokladů uplatnění této normy, která je této straně příznivá.⁶ Základní norma stanoví, zakládá žalobcům určitý právní nárok či právo. Proti normě základní pak může působit protinorma, a to dvojnásobným způsobem. Buď zabraňuje vzniku účinků základní normy, tyto její účinky nenastanou, nebo nastane situace, kdy protinorma uplatní své působení později, takže právo, které sice vzniklo, v důsledku působení protinormy zanikne. I vůči protinormám mohou působit protinormy, v případě tohoto zdvojeného záporu pak dochází k uplatnění kladného prvku, tedy základní normy. I teorie analýzy norem je podrobována kritice. Pro potřeby kontinentálního právního systému založenému pozitivisticky je však zcela vhodná a dosud nebyla překonána, resp. vyvrácena.

Vedle této teorie bych ráda zdůraznila i teorii na ni navazující teorii tzv. obrácení důkazního břemena „extra legem“ v případech zmaření důkazu. Zmařením důkazu se rozumí zaviněné jednání procesní strany, která způsobila zánik důkazního prostředku, popřípadě jeho

⁴ Usnesení NS ČR ze dne 8.8.2007 sp.zn. 30 Cdo 2675/2006. Tato definice koreluje s definicí subjektivního důkazního břemene uváděnou prof. Macurem. Mám za to, že nevystihuje podstatu věci, hovoří o odpovědnosti, tedy vztahu, který blíže neobjasňuje. Přitom neunesení důkazního břemene je následkem konkrétního stavu, definice tak nevystihuje přesně podstatu věci.

⁵ Macur, J: Právo procesní a právo hmotné, Brno: Masarykova univerzita, 1993, 1. vydání, 158 s., ISBN: 80-210-0740-0, str. 56.

⁶ Dílo citované sub 3), str. 66 a násl.

částečnou nebo úplnou nepoužitelnost pro účely procesního dokazování. Obrácení důkazního břemena pak znamená, že procesní strana, která by měla nést důkazní břemeno a jejíž tvrzení by mohlo být dokázáno zmařeným důkazním prostředkem, je důkazního břemena zbavena a toto břemeno přechází na odpůrce, který může být ve sporu úspěšný jen v případě, že tvrzení uvedené procesní strany vyvrátí. Uplatní se zvláštní obsahový princip dělení důkazního břemena, který nevyplývá ze zákonné úpravy, ale je konstituován nad rámec zákona soudcovskou tvorbou práva. Tato koncepce se na první pohled pro pozitivistické kontinentální právo může jevit jako nepřijatelná.

V současné době není výslovně zakotvena, a bude-li užitá soudem ad hoc v tom kterém sporu, dochází k porušení procesního práva. Nicméně mám za to, že procesní právo by mělo reagovat na takovéto případy.

V našem právním řádu se setkáváme s obrácením důkazního břemena pouze u typových sporů taxativně vymezených v ust. § 133a o.s.ř. u diskriminačních sporů. Projevuje se tak princip ochrany slabšího v procesním právu. Stále totiž musíme mít - i v dokazování - na mysli základní hodnotu práva, a tou je spravedlnost.⁷ Proto je zajímavé, že toto ustanovení bylo předmětem přezkumu Ústavního soudu ČR, a to z podnětu soudu.⁸

K obrácení důkazního břemene v rovině procesněprávní teorie dochází též při uplatňování nároku na náhradu škody, která byla způsobena hrubým porušením povinnosti povolání. Poškozený, nemusí prokazovat příčinnou souvislost mezi zářením a pozdějším poškozením. Bylo uznáno obrácení důkazního břemena v důsledku hrubého porušení povinnosti povolání, odpovědnosti za vadu výrobku. Škůdce by byl ve sporu procesně úspěšný, pokud by nade vše pochybnost prokázal nedostatek příčinné souvislosti mezi jeho jednáním a vzniklým škodným následkem. V této koncepci obrácení důkazního břemene se vychází z principu pravdy, neboť hrubé zanedbání povinností podstatně zvyšuje pravděpodobnost nežádoucího výsledku. Bývá zdůvodněno též spravedlností a slušností.⁹ Nelze však tyto závěry přesouvat do fáze hodnocení důkazů, uložení důkazního břemene nemůže mít sankční charakter.

Obrácení důkazního břemene v případě posuzování podmínek odpovědnosti za vzniklou škodu je zakotveno v našem právním řádu v ust. § 420 odst. 3 o.z.

V procesu dokazování však může nastat i situace, kdy strana sporu zatížená důkazním břemenem je v důkazní nouzi, kdy nemá povědomost o žádných konkrétních důkazních prostředcích, případně má mlhavou povědomost o existenci blíže neurčené skupiny, či alespoň jediného důkazního prostředku, dokonce v průběhu sporu v důsledku této situace nekonkretizuje dostatečně svá skutková tvrzení. V této situaci ještě nelze uzavřít bez dalšího, že nastává stav „non liquet“.

⁷ Šmehlíková, R.: Princip rovnosti a ochrany slabšího v současné právní úpravě českého civilního procesu. Právní fórum 3/2005 str. 113, zde je podrobně vysvětlen princip ochrany slabšího.

⁸ Rozhodnutí Pl ÚS 37/04 ze dne 26.4.2006 – 419/2006Sb. Krajský soud v Ústí nad Labem podal návrh na zrušení tohoto zákonného ustanovení pro rozpor se zásadou rovnosti procesních stran. Ústavní soud uzavřel, že citované zákonné ustanovení není v rozporu s ústavním pořádkem, že je prostředkem přiměřeným k dosažení sledovaného cíle, resp. že - bude-li aplikováno ústavně konformním způsobem – bude zachována spravedlivá rovnováha mezi požadavky veřejného zájmu společnosti a požadavky ochrany individuálních základních práv.

⁹ Dílo citované sub 3), str. 84 a násl.

Prof. Macur v této souvislosti hovoří o informačním deficitu procesní strany zatížené důkazním břemenem. Dále poukazuje na existenci vyšetřovacího důkazu. Vyšetřovací důkaz je důkaz, jehož provedení má procesní straně teprve umožnit, aby mohla konkretizovat svá skutková tvrzení a k jejich prokázání pak mohla následně podat další, přesnější důkazní návrhy. O vyšetřovací důkaz se jedná, jestliže důkazní prostředek, nebo důkazní návrh procesní strany neumožňuje podat důkaz o pravdivosti konkrétních skutkových tvrzení, ale mají poskytnout této procesní straně pouze možnost poznat průběh určitého skutkového děje důležitého pro posouzení sporných skutečností a teprve na základě těchto nových poznatků mohla přednést s potřebnou určitostí svá skutková tvrzení a dokázat jejich pravdivost.¹⁰ Vyšetřovací důkaz se uplatňuje v kontinentálním systému práva spíše výjimečně, ve sporech statusových, kdy jsou předmětem dokazování skutkové okolnosti z intimní sféry života dotčených osob – např. rozvod manželství, určení, či popření rodičovství. Má své místo i v řízeních o obchodních vztazích, ve sporech, v nichž vystupuje jako procesní strana ekonomicky velmi silný subjekt vůči ekonomicky slabému subjektu – svému zákazníkovi. Ekonomicky slabý subjekt – zákazník, obvykle totiž má omezený přístup k informacím ve vztahu ke skutečnostem, které souvisí podnikatelskou činností protistrany. Strana zatížená důkazním břemenem získává informace o sporných skutečnostech z jiných, třetích zdrojů. Mám za to, že bez dalšího nelze návrh na provedení důkazu majícího charakter vyšetřovacího důkazu zamítnout s odůvodněním, že nejde o důkaz prokazující konkrétní skutková tvrzení.

Připuštěním vyšetřovacího důkazu i v těchto sporech se pak realizuje opět princip ochrany slabšího a zásada rovnosti. Rovnost je nutno vykládat chápat jako rovnost zbraní procesních stran, nikoli tak jak ji vykládal např. navrhovatel v řízení, na něž je odkazováno v poznámce pod čarou č. 6.

Pro dokazování je též důležitá existence vysvětlovací povinnosti. S ohledem na zásadu rovnosti a spravedlnosti. Nelze totiž, ani ve sporném řízení vyloučit, že výlučně strana nezatížená důkazním břemenem má o sporné skutečnosti k dispozici informace. Vysvětlovací povinnost lze chápat jako jednu z možných forem vyšetřovacího důkazu. Vysvětlovací povinnost zde chápe jako povinnost procesní strany, která má dostatek informací k tomu, aby podrobně objasnila, vysvětlila, doplnila skutková tvrzení svého odpůrce, jenž v důsledku svého informačního deficitu nemůže své skutkové přednesy, na nichž staví svoji žalobu, či procesní obranu dostatečně konkretizovat.¹¹ Následky odepření splnění vysvětlovací povinnosti jsou v teoriích procesního práva stanovovány různě, nelze však uzavřít jinak, než že v systému kontinentálního práva chybí jakékoli zákonné ustanovení tuto sankci obsahujícího, je –li tomu tak, pak odepření splnění vysvětlovací povinnosti je bez procesního následku v rovině procesněprávní sankce. Není ovšem vyloučeno zhodnocení této okolnosti v rámci postupu hodnocení důkazů dle ust. § 132 o.s.ř., kdy soud vedle provedených důkazů hodnotí i přednesy účastníků řízení.¹²

Prof. Macur zdůrazňuje, že hodnocení důkazů je součástí zjišťování skutkového stavu, umožňuje soudci, aby nabyl plné vnitřní přesvědčení o tom, že určité skutečnosti jsou či

¹⁰ Macur, J.: Vyšetřovací důkaz v civilním soudním řízení., Právní rozhledy 2/2000, str. 46-51, C.H.Beck.

¹¹ Macur, J: Kompenzace informačního deficitu procesní strany v civilním soudním sporu, Brno: Masarykova univerzita, 2000, 1. vydání, 253 s., ISBN: 80-210-2276-0, str. 97.

¹² Dle ust. § 132 o.s.ř. důkazy hodnotí soud podle své úvahy, a to každý důkaz jednotlivě a všechny důkazy v jejich vzájemné souvislosti; přitom pečlivě přihlíží ke všemu, co vyšlo za řízení najevo, včetně toho, co uvedli účastníci.

nejsou objektivně dány. Soudní rozhodnutí na základě pravidel o dělení důkazního břemene je vyvozením právních následků z výsledné nejistoty o rozhodujících skutkových okolnostech a ze stavu „non liquet“. K uplatnění pravidel o důkazním břemenu soud přistupuje teprve tehdy, jestliže veškeré dokazování bylo skončeno a uzavřeno, avšak jeho výsledky neumožnily objasnění rozhodujících skutkových okolností.¹³

Ač se může výše uvedená navrhovaná změna jevit nepatrnou a nenápadnou, troufám si tvrdit, že její důsledky jsou zásadní.

Jde o zvýraznění zásady projednací pro civilní soudní řízení sporné. Tedy bude na účastnících řízení, aby svou procesní povinnost důkazní plnili pokud možno beze zbytku, nespolehajíce na aktivitu soudu, tedy, aby označili důkazy k prokázání všech svých sporných tvrzení. Soud provede pouze takový důkaz, který formálně nebyl účastníkem řízení navržen – účastník řízení nenavrhl provedení takového důkazu a důkaz již je součástí soudního spisu – zřejmě jde o reakci na poměrně častý jev, kdy účastník řízení neplní řádně svoji důkazní povinnost, tedy neoznačí důkazy k prokázání svých skutkových tvrzení, ale v některých případech doslova předhodí soudu svazek listin bez bližšího vysvětlení s tím, že žádá jejich založení do spisu, případně, že je předkládá soudu, aniž by odůvodnil proč tak činí. Naznačené zvýraznění je však provedeno na úkor ostatních zásad sporného soudního řízení.

V tomto směru je proto otazné, zda soud bude moci provést důkaz, který je pouze v soudním spise označen, stále při absenci konkrétního důkazního návrhu, ale není jeho fyzickou součástí. Mám za to, že i takovýto důkaz soud musí provést, pokud má být zjištěn účel dokazování, tj. zjištění sporné právně významné skutečnosti, která vyplývá z obsahu spisu.

Pokud by soud přesto provedl ve sporném řízení i důkazy jiné, porušil by pak toto zákonné ustanovení a byl by pak založen odvolací důvod dle ust. § 205 odst. 2 pís. c) o.s.ř. a následná kasace rozhodnutí dle ust. § 219a odst. 1 o.s.ř.? Domnívám se, že nelze takový následek vyloučit.

Navrhované zákonná úprava vylučuje zcela jakoukoli aktivitu soudu při zjišťování skutkového stavu ve sporném řízení, omezuje soud na subjekt, který provádí důkazy navrhované stranami sporu a na hodnotitele důkazů. Problematika dokazování je redukována, zcela opomíjí šíři možných variant naznačenou výše. K redukci dochází bez odpovídající kompenzace. Zákonodárce totiž zamýšlí vedle úpravy ust. § 120 odst. 3 o.s.ř. změnit pouze ust. § 126 o.s.ř., kdy upravuje pouze vlastní průběh výslechu svědka¹⁴ a zavádí nové ust. § 126a o.s.ř., které má řešit způsob výslechu osoby – statutárního orgánu právnické osoby.¹⁵

¹³ Dílo citované sub 3) str. 105.

14 návrh nového ust. § 126 odst. 3 o.s.ř.: Předseda senátu vyzve svědka, aby souvisle vylíčil vše, co ví o předmětu výslechu. Klást otázky mají právo postupně předseda senátu, členové senátu, účastníci a znalci. Otázku položenou účastníkem nebo znalcem předseda senátu nepřipustí, jen jestliže nesouvisí s předmětem výslechu nebo naznačuje-li odpověď anebo je-li zejména předstíráním neprokázaných nebo nepravdivých skutečností klamavá; nepožizuje-li se o výpovědi záznam, uvede předseda senátu vždy v protokolu důvody, pro které otázka nebyla připuštěna. Otázky mohou dávat i členové senátu a se souhlasem předsedy senátu i účastníci a znalci.

15 Návrh nového ust. § 126a o.s.ř.: odst. 1: Fyzická osoba, která má vypovídat o okolnostech, týkajících se právnické osoby a nastalých v době, kdy byla jejím statutárním orgánem nebo členem tohoto orgánu, je povinna dostavit se na předvolání k soudu v řízení, jehož účastníkem je tato právnická osoba; odst. 2: Výslech fyzické osoby uvedené v odstavci 1 se provede podle § 131 odst. 2 věty druhé a § 131 odst. 3.

V našem pozitivním procesním právu zůstanou bez odpovídající normativní odezvy instituty vysvětlovacího důkazu, který s ohledem na navrhovanou změnu je zcela vyloučen. Doposud je možné jej vyvodit z dosavadního znění ust. § 120 odst. 3 o.s.ř. V současné době v důsledku globalizace, vývoje ekonomických vztahů, se zvyšuje podíl právních vztahů a v důsledku toho i sporů, kde proti ekonomicky silnému subjektu stojí subjekt slabší. Na tento společenský vývoj reaguje právo hmotné, např. jde o ustanovení o ochraně spotřebitele. Nominální rovnost subjektů hmotněprávního vztahu je narušena prvky ochrany strany slabší – spotřebitele na úkor strany silnější – výrobce, dodavatele. Právo procesní tak zůstává opět i při této novelizaci bez odpovídající reakce v obecné rovině v rámci ustanovení občanského soudního řádu.

Na první pohled zřejmým důvodem navrhované změny ust. § 120 odst. 3 o.s.ř. je výlučně urychlení procesu dokazování. Téma „pomalosti“ soudního rozhodování přičítané soudům je vděčným tématem odborných i lidových diskusí, obvykle se uvádí příklady řízení, které trvají řadu let. Pozornosti se však nedostává řízením, která proběhnou v řádných lhůtách.¹⁶

Zákonodárcova snaha o urychlení je na úkor hlavního cíle sporného řízení – spravedlivého rozhodnutí pře účastníků řízení. Proto nelze navrhovanou změnu hodnotit kladně. Dosavadní znění ust. § 120 odst. 3 o.s.ř. lépe odráží teoretické aspekty dokazování předkládané v předchozí části tohoto článku.

Literatura:

- Macur, J.: Dělení důkazního břemena v civilním soudním sporu, Brno: Masarykova univerzita, 1.vydání, 160 s. ISBN: 80-210-1403-2.
- Macur, J: Kompenzace informačního deficitu procesní strany v civilním soudním sporu, 1.vydání, Brno: Masarykova univerzita, 2000, 1. vydání, 253 s., ISBN: 80-210-2276-0.
- Macur, J: Právo procesní a právo hmotné, 1. vydání, Brno: Masarykova univerzita, 1993, 1. vydání, 158 s., ISBN: 80-210-0740-0.
- Macur, J: Zásada projednací v civilním soudním řízení, 1.vydání, Brno, Masarykova univerzita, 1997, 233 s., ISBN: 80-210-1628-0.
- Macur, J.: Vyšetřovací důkaz v civilním soudním řízení, Právní rozhledy 2/2000, C.H.Beck, str. 46-51.
- Šmehlíková, R.: Princip rovnosti a ochrany slabšího v současné právní úpravě českého civilního procesu. Právní fórum 3/2005 str. 113.
- Návrh vládní velké novely občanského soudního řádu - č. 478 dostupný na www.psp.cz.
- Rozhodnutí Pl ÚS 37/04 ze dne 26.4.2006 – 419/2006Sb, dostupné na www.nalus.usoud.cz.
- Usnesení NS ČR ze dne 8.8.2007 sp.zn. 30 Cdo 2675/2006, dostupné na www.justice.cz.
- Z.č. 99/1963 Sb. – občanský soudní řád v platném a účinném znění.

¹⁶ Údaje jsou dostupné ve složce: statistika, hodnotící zprávy, podsložka: výkazy soudů na www.justice.cz.

Kontaktní údaje na autora – email:
ingrid.kovarovakochova@osoud.olc.justice.cz

(PŘEDBĚŽNÉ OPATŘENÍ O) VYKÁZÁNÍ ZE SPOLEČNÉHO OBYDLÍ

ZDENKA KRÁLÍČKOVÁ, RADOVAN DÁVID

Právnická fakulta Masarykovy univerzity, Česká republika

Abstrakt v rodném jazyce

Příspěvek se zabývá širokým spektrem problémů a úvah de lege ferenda ve vazbě na problematiku domácího násilí, zejména institutu policejního i soudního vykázání a nenavazování kontaktů, včetně výkonu rozhodnutí předběžných opatření a trestněprávních aspektů věci. V závěru autoři nastolují řadu otázek dotýkajících se nejasných ustanovení občanského soudního řádu ve smyslu přístupu nezletilých k soudu, resp. celkového vztahu úpravy domácího násilí k obecné právní úpravě předběžných opatření.

Klíčová slova v rodném jazyce

Rodina, rodinné bydlení, domácí násilí, předběžné opatření, spravedlivý proces, výkon rozhodnutí.

Abstract

The article deals with the problems of legal regulation of domestic violence mainly in relation with the institute of police and judicial expulsion, including enforcement of decision. It is focused on both private law and public law aspects of the problems of domestic violence. At the close it deals with the questions concerning civil procedure code regulation of minors' accession to court or more precisely overall relation of regulation of domestic violence to regulation of preliminary measures.

Key words

Family, family house, domestic violence, preliminary measure, fair justice, enforcement of law.

1. ÚVOD

Rodina bývá považována za oázu bezpečí.¹

Nicméně, je všeobecně známo, že mezi členy rodiny často dochází k násilí. Kde? Doma, za zavřenými dveřmi. *Rodinný byt, resp. dům tak přestává být bezpečný.*²

Při posuzování problematiky domácího násilí je třeba mít na paměti, že *obětí násilí v rodině se může stát kdokoli*. Nejčastěji se však obětmi domácího násilí stávají ženy a děti a rodina a

¹ Autoři vychází ze společného díla Králíčková, Z. Dávid, R.: Rodinné bydlení a domácí násilí. Právní fórum, 2008, č. 10, s. 429-436.

Autorka dále vychází ze svých předchozích prací k fenoménu domácího násilí, zejména z titulů Občanskoprávní aspekty domácího násilí de lege ferenda. Bulletin advokacie, 2003, č. 8, s. 84 – 89, Civilněprávní postih domácího násilí – utopie, nebo efektivní budoucí právní úprava? Právo a rodina, 2004, č. 12, s. 7 – 10, Civilněprávní postih domácího násilí – úvahy de lege ferenda (zejména nad sněmovním tiskem č. 828). Acta iuridica olomucensis. Vol. 1, 2005, s. 50 – 53.

² K obecným problémům srov. Radvanová, S.: Zdravé rodinné prostředí – jak pro koho. Acta iuridica olomucensis. Vol. 1, 2005, s. 47 – 49.

rodinné obydlí tak přestává plnit roli útočiště.³ Odborníci se většinou shodují na tvrzení, že agresivní chování jako způsob řešení osobních problémů a rodinných či partnerských konfliktů je mnohdy z velké části naučené v dětství a mládí a je dáno přejímáním vzorů z původní rodiny. Je tedy nasnadě, že život v rodině zasažené domácím násilím nejen ničí život právě postižených osob, ale že ovlivní i chování jejich potomků, tedy životní styl a způsob řešení konfliktů a problémů dalších generací. Jelikož bývá domácí násilí bagatelizované a zhusta nepotrestané, představuje mnohdy trauma na celý život, a to nejen pro přímé oběti násilí, ale i pro tzv. sekundární oběti – svědky násilí, mezi které často patří nezletilé děti.⁴

Velmi výstižné francouzské pořekadlo říká „*la vie privée droit être murée*“,⁵ nicméně je jisté, že domácí násilí se děje v uzavřeném kruhu a není reálné, že se vyřeší samo, bez pomoci odborníků, státních orgánů, nestátních organizací, nás všech. Fenomén domácího násilí je tak *věcí navýsost veřejnou*. Dodejme, že domácí násilí je *celosvětový fenomén*, který se nevyhýbá ani našemu prostředí. V literatuře bylo uvedeno, že domácího násilí v české společnosti souvisí se sklony české rodiny k autoritářství spíše než k toleranci. Lze plně souhlasit s tím, že demokratické myšlení, vlídnost a tolerance česká rodina zatím plně nevnímá⁶ a že stát se musí s brutalitou a agresí uvnitř rodiny a dalšími aspekty moderní společnosti *adekvátními prostředky* vyrovnávat tak, aby poskytl ochranu těm, kteří ji potřebují, a současně nenarušil, eventuelně dokonce zcela nepřetrhal mnohdy křehké vztahy v rodinném kolektivu.⁷ Nicméně, někdy nezbyvá než učinit radikální krok. Jde o velmi citlivou věc, protože se týká intimní sféry lidského života. Proto je třeba, aby *zákonodárství proti domácímu násilí bylo komplexní*. Nejde tedy jen o kriminalizaci pachatelů, ale zejména o úplnou, bezprostřední a důslednou ochranu obětí v osobnostní i majetkové sféře, včetně bydlení. Tedy i o ochranu soukromoprávní.

Žel, problematice domácího násilí není v právní literatuře publikované v České republice věnována taková pozornost, jakou jí ve svých odborných studiích věnují sociologové, psychologové, lékaři.⁸ Tato situace neodráží stav ve vyspělých zemích, zejména evropských,

³ Srov. dílo Giddens, A.: Sociologie. Argo, 1999, s. 177, kapitola „Násilí v rodině“.

⁴ K tomu srov. Melicharová, D.: Dítě jako svědek a oběť domácího násilí. Acta iuridica olomucensis. Vol. 1, 2005, s. 62 – 65, Vargová, B.: Svěřování dětí do výchovy jednoho z rodičů v případech domácího násilí. Právo a rodina, 2006, č. 2, s. 9 a násl., Čírtková, L.: Rodiče, děti, domácí násilí a traumatizující následky. Tamtéž, 2007, č. 9, s. 12 a násl., a Hovorka, D.: Úloha orgánů sociálně-právní ochrany dětí při řešení případů domácího násilí – úskalí praxe. Týž časopis, 2007, č. 8, s. 1 a násl.

⁵ Soukromý život má být obezděn.

⁶ Viz Radvanová, S.: Stav české rodiny a rodinného práva v současné době. In sborník materiálů z konference ISFL. Právní praxe, 1999, č. 2 - 3, s. 99.

⁷ K problematice tzv. rodinné terapie narušených intergeneračních vztahů srov. Kovařík, J.: Oidipus a pěstounská péče. Náhradní rodinná péče, 1999, č. 1, s. 4 - 6, a dále Dunovský, J.: Pěstounská péče: současnost a perspektivy. Sociální politika, 1993, č. 9, s. 9.

⁸ Výjimkou jsou díla zejména z pera Senty Radvanové.

Za významný počín aspirující na komplexní analýzu problematiky domácího násilí je třeba považovat monografii Voňková, J., Huňková, M.: Domácí násilí v českém právu z pohledu žen. Praha: Profem, 2004.

Z časopiseckých studií viz např. Huňková, M.: Domácí násilí z pohledu českého práva. Právo a rodina, 2000, č. 10, s. 1 - 6, č. 11, s. 17 - 20, dále Bednářová, Z.: Pomoc obětem domácího násilí a jejich dětem. Sociální politika, 2000, č. 5, s. 10 - 11, Fenyk, J.: Některé úvahy o postizitelnosti „domácího násilí“ z hlediska současného trestního práva i záměrů de lege ferenda. Právní rozhledy, 2002, č. 12, s. 631, Gilligan, J.: Jak porozumět a předcházet násilí. Náhradní rodinná péče, 2000, č. 2, s. 46 a násl.

kde se o dané věci mezi právníky nejen otevřeně hovoří a píše, ale přijímají se i zákony a další opatření proti domácímu násilí, což má nepochybně i silně *preventivní význam*.⁹ Úvodem předznamenejme, že český zákonodárce před problematikou domácího násilí oči zcela nezavírá, nicméně značně pokulhává, a to i před úpravou slovenskou, do které byla soukromoprávní ustanovení proti domácímu násilí zakotvena.¹⁰

Cílem tohoto příspěvku jsou, po vymezení základních pojmů, kritické úvahy nad platnou českou právní úpravou proti domácímu násilí a úvahy *de lege ferenda* nejvíce v procesní rovině.

2. K POJMU DOMÁCÍ NÁSILÍ, JEHO KLASIFIKACI, K OKRUHU OBĚTÍ A NÁSLEDKŮM

*Domácí násilí je velmi těžké definovat. Jedná se totiž o nejnebezpečnější z forem agrese, která je nejvíce podceňována, je nejméně viditelná, kontrolovatelná a postižitelná.*¹¹ Britská definice domácího násilí charakterizuje tento fenomén velmi široce jako *násilí fyzické, sexuální, mentální, emocionální, psychické nebo ekonomické zneužívání*. V materiálech Bílého kruhu bezpečí se lze setkat s názorem, že pod pojmem domácí násilí se mohou skrývat *nesčetné projevy nerovnováhy moci v určité malé sociální skupině, rodině, společné domácnosti*, mající příčiny v nezralosti partnera, touze prosadit moc, v neshodách, vlivu alkoholu, sexuálních požadavcích, citových vazbách nebo povahových rysech, obtížné ekonomické situaci, v problémech bydlení, tíživých životních podmínkách, chronickém nedostatku času, permanentním stresu, promiskuitě apod.¹²

K domácímu násilí dochází podle odborníků obvykle *z důvodu* přílišné intenzity emocí mezi blízkými členy rodiny, u nichž se mísí často láska a nenávisť. Averze, které propuknou v domácnosti, mohou vést k daleko většímu antagonismu než v kterémkoli jiném sociálním kontextu. Dalším problémem je, že domácí násilí bývá často do jisté míry *tolerováno* nebo dokonce *schvalováno*. Jeho sociálně přijatelná forma je sice poměrně omezená, nicméně tato forma může snadno přerůst v násilí daleko závažnější.¹³

Dále viz publikace Bílého Kruhu bezpečí, např. *Pomoc obětem domácího násilí*. Praha, Bílý kruh bezpečí, 1999, a *K problematice obětí trestných činů*. Praha, Bílý kruh bezpečí, 1995.

⁹ K vybraným zahraničním úpravám srov. také monotematické vydání časopisu *Acta iuridica olomucensis*. Vol. 1, 2005.

¹⁰ V obecné rovině např. viz Magurová, Z.: *Právní aspekty domácího násilí*. In Anonymus (ed.): *Lidská práva a právní status na prelome tisícročí*. Bratislava, Veda, SAV, 1999, s. 301 a násl.

Dále srov. zákon č. 526/2002 Z. z., kterým se mění a doplňuje občanský zákoník ve znění pozdějších předpisů a o změně a doplnění některých zákonů. Tento zákon v souvislosti s domácím násilím významně změnil §§ 142 a 146, zakotvil nový § 705a a doplnil § 712a zákona č. 40/1964 Zb., občanského zákoníka.

K tomu srov. Hřebíková, V.: *Problematika domácího násilí v súvislosti s rozhodovaním súdov o nariadení predbežného opatrenia*. *Justičná revue*, 2004, č. 8 – 9, s. 927 – 933, Gazarenková, L., Pavelková, B.: *Právne prostriedky ochrany pred domácim násilím v manželstve v slovenskom právnom poriadku*. *Acta iuridica olomucensis*. Vol. 1, 2005, s. 71 – 76, a Ficová, S., Smyčková, R.: *Predbežné opatrenie a domáce násilie v Občianskom súdnom poriadku Slovenskej republiky*. *Tamtéž*, s. 77 – 81.

¹¹ Viz Bednářová, Z.: *Op. cit.*, s. 10.

¹² Srov. webové stránky <http://www.bkb.cz/go/nasili> ze dne 1. září 2008.

¹³ Tak Giddens, A.: *Op. cit.*, s. 177.

Domácí násilí bývá obvykle záležitostí *dlouhodobou*. Začíná pozvolna a nenápadně, avšak v průběhu doby má tendenci eskalovat: stává se častějším a krutějším.

Jde-li pak o klasifikaci *forem útoků*, je třeba uvést sexuální násilí či obtěžování, fyzické násilí až po mrzačení či dokonce usmrcení, emocionální a psychické týrání, za které lze pak považovat používání emocionálních ran a úderů v podobě ponižování, vyhrožování, vzbuzování strachu, psychohry, nesmyslných příkazů či ostentativního přehlížení pocitů jiné osoby, její zatlačování do závislé a bezvýhodné pozice apod. Dále je třeba zmínit i celkově hrubé chování včetně nadávek, omezování osobní svobody, zamezování kontaktů s rodinou a přáteli, kontrolování a zadržování peněz, neposkytování peněz na domácnost a děti apod. *Pravidlem bývá kombinace více forem domácího násilí.*

Pokud jde o *okruh osob postižených* domácím násilím, je třeba říci, že mezi ně mohou patřit *různé fyzické osoby*, tedy současní nebo bývalí partneři, ať už různého nebo stejného pohlaví, rodiči a děti, kdy může jít o týrání dětí rodiči, o napadání rodičů dospívajícími dětmi, o útoky na osoby přestárlé, duševně nebo fyzicky postižené apod. K násilí může dojít také mezi sourozenci, ať už vlastními nebo tzv. nevlastními, zejména pak v tzv. rekonstruované rodině. Obecně lze říci, že k domácímu násilí dochází mezi osobami, které mají nebo měly mezi sebou někdy v minulosti intimní vztah, a to ve všech sociálních vrstvách, bez ohledu na vzdělání, životní styl, náboženské vyznání, věk, etnický původ apod.

Za možné *následky* domácího násilí jsou praxí označovány extrémní stres a trauma, strach, nejistota, ztráta sebevědomí, sebedestrukce, deprese a úzkost, nejistota a nevyrovnanost, závislost, pocity beznaděje a bezmocnosti a studu, poškození fyzického zdraví nebo i smrt.

Máme zato, že ačkoli definice fenoménu *domácí násilí* je problémem, musí *právní řád pojem domácí násilí používat*. Žel, letným pohledem do našeho právního řádu zjišťujeme, že tomu tak není.¹⁴

3. STRUČNÝ VÝVOJ PRÁVNÍ ÚPRAVY PROTI DOMÁCÍMU NÁSILÍ

Za první významný počín českého zákonodárce ve věci ochrany před domácím násilím je možné považovat přijetí zákona č. 91/2004 Sb. Tímto zákonem byl nedávno doplněn zákon č. 140/1961 Sb., trestní zákon (dále jen TZ), *o novou skutkovou podstatou trestného činu týrání osoby žijící ve společně obývaném bytě nebo domě* (viz § 215a TZ).¹⁵ Dle tohoto ustanovení může soud potrestat osobu, která týrá¹⁶ osobu blízkou nebo jinou osobu s ní žijící ve společně obývaném bytě nebo domě, odnětím svobody v délce až tří let, příp., bude-li tento trestný čin

¹⁴ V této souvislosti je třeba uvést, že ačkoli legislativně právní pojem domácí násilí není použit v trestním zákoně, byl výslovně užit v jiných pramenech českého práva, například v ustanovení § 2 odst. 1 písm. a) zákona č. 198/2002 Sb., o dobrovolnické službě a o změně některých zákonů (jedná se o pomoc osobám trpícím domácím násilím) a v ustanovení bodu 1. 5. 1. příl. zákona č. 469/2002 Sb., kterým se stanoví katalog prací a kvalifikační předpoklady a kterým se mění nařízení vlády o platových poměrech zaměstnanců ve veřejných službách a správě (jde o práci s rodinami ohroženými domácím násilím, řešení obzvláště složitých případů rodin ohrožených sociální patologií, domácím násilím).

¹⁵ K tomu viz např. Jelínek, J.: K trestněprávnímu postihu domácího násilí. Acta iuridica olomucensis. Vol. 1, 2005, s. 54 – 58, a Zezulová, J.: Trestněprávní a civilněprávní aspekty domácího násilí. Státní zastupitelství, 2005, č. 4, s. 7 a násl.

¹⁶ K definici týrání srov. např. Šámal, P. a kol.: Trestní zákon – komentář, II. díl. 6 vydání. Praha: C. H. Beck, 2004, s. 1273.

spáchán na více osobách, zvláště surovým způsobem anebo po delší dobu, dokonce v délce dvou až osmi let.

Již samotný název nové skutkové podstaty napovídá, že zákonodárce se vyhnul výstižnému pojmu domácí násilí, který právní řády celé řady zemí užívají. Termín domácí násilí však plně postihuje podstatu životního problému.

Žel, ani *poslanecký návrh* č. 828 ze IV. volebního období (2004) nebyl v této věci důsledný. Pojem domácí násilí užíval jen v názvu zákona, kterým se měl novelizovat mimo jiné zákon č. 40/1964 Sb., občanský zákoník (dále jen OZ) a zákon č. 99/1963 Sb., občanský soudní řád (dále jen OSŘ). Ačkoli by bylo možné poslaneckému návrhu mnohé vytýkat, jde-li o jednotlivosti, jako celek působil dojmem *jasné koncepce* stavějící na *komplexnosti*.¹⁷ *Důvodová zpráva výstižně hovořila o domácím násilí jako o alarmujícím celospolečenském problému, které je třeba právně uchopit, pojmenovat a navrhnout prostředky umožňující jeho řešení.* Jde-li o definici, domácí násilí je zde chápáno jako násilné jednání, kterým dochází k nebezpečnému útoku proti životu, zdraví, svobodě nebo lidské důstojnosti, a to v bytě nebo domě společně obývaném násilnou osobou i osobou, proti níž takový útok směřuje. Domácím násilím dále rozuměla opakované násilné jednání nebo opakované vyhrožování násilným jednáním, v důsledku kterého dochází nebo hrozí, že dojde, k nebezpečnému útoku proti životu, zdraví, svobodě nebo lidské důstojnosti, a to mezi osobami, které jsou či byli spolu v intimním, rodinném či jiném obdobném vztahu a žijí ve společně obývaném bytě nebo domě.¹⁸

Dodejme jen, že výsledkem legislativního procesu je *jen torzo návrhu – zákon č. 135/2006 Sb.*, kterým se mění některé zákony v oblasti ochrany před domácím násilím.¹⁹ Tímto zákonem byl do našeho právního řádu zakotven *institut policejního a soudního předběžného vykazání* (k tomu níže). Je na škodu věci, že navrhovaná – byť nikoli ideální, vpravdě soukromoprávní ustanovení proti domácímu násilí, která měla být vtělena do občanského zákoníku, přijata nebyla. Do právního řádu zejména nebyla zakotvena ustanovení, která by ve vazbě na domácí násilí a rodinné obydlí novelizovala institut podílového spoluvlastnictví, společného jmění manželů i společného nájmu bytu (manžely).²⁰

¹⁷ K dílčí kritice a námětům na rozšíření ochrany před domácím násilím srov. Králíčková, Z.: Civilněprávní postih domácího násilí – úvahy de lege ferenda (zejména nad sněmovním tiskem č. 828). Op. cit.

¹⁸ K tomu www.psp.cz/dokumenty.

¹⁹ V podrobnostech srov. Kočová, K.: Domácí násilí a tzv. vykazání – nový institutu právního řádu ČR. Bulletin advokacie, 2007, č. 10, s. 34 a násl.

²⁰ Pro informaci uvádíme text hmotněprávních ustanovení dle poslaneckého návrhu č. 828. Ustanovení § 142 odstavec 1 mělo znít: „(1) Nedojde-li k dohodě, zruší spoluvlastnictví a provede vypořádání na návrh některého spoluvlastníka soud. Přihlédne přitom k velikosti podílů, účelnému využití věci a k násilnému chování jednoho ze spoluvlastníků vůči druhému. Není-li rozdělení věci dobře možné, přikáže soud věc za přiměřenou náhradu jednomu nebo více spoluvlastníkům; přihlédne přitom k tomu, aby věc mohla být účelně využita, jakož i k násilnému chování jednoho ze spoluvlastníků vůči druhému. Nechce-li věc žádný ze spoluvlastníků, nařídí soud její prodej a výtěžek rozdělí podle podílů, přihlédne přitom k násilnému chování jednoho ze spoluvlastníků vůči druhému.“

Ustanovení § 149 odstavec 3 mělo znít: „(3) Při vypořádání se přihlédne především k potřebám nezletilých dětí, k tomu, jak se každý z manželů staral o rodinu, k násilnému chování jednoho z manželů vůči druhému, jakož i k tomu, jak se každý z manželů zasloužil o nabytí a udržení společného jmění. Při určení míry přičinění je třeba vzít též zřetel k péči o děti a k obstarávání společné domácnosti.“

Nicméně, jsme názoru, že *efektivní právní úprava musí chránit oběť domácího násilí nejen jako podílového spoluvlastníka společného obydlí, bezpodílového spoluvlastníka domu nebo bytu ve společném jmění manželů nebo společného nájemce společného obydlí, ale také jako osobu bydlící s násilníkem na základě jiných právních důvodů bydlení, např. společného věcného břemene či podnájmu nebo inominátu*, a také na základě tzv. odvozených právních důvodů bydlení a dokonce i s osobou užívající společné obydlí bez právního důvodu.²¹ Je třeba vzít na vědomí, že např. manželka může bydlet v bytě ve výlučném nájmu svého manžela - násilníka (např. ve služebním bytě, viz § 685 odst. 4 OZ), v domě v jeho tzv. obecném nájmu (§ 663 OZ) nebo v obydlí ve výlučném vlastnictví násilníka (§ 123 a násl. OZ) apod. Také je třeba zohlednit skutečnost, že oběťmi domácího násilí bývají často osoby nesezdané, tedy druh a družka, případně jejich děti a další příbuzní, a osoby žijící ve více generačním soužití.

Dílním závěrem budiž konstatování, že s ohledem na lidskoprávní rozměr problematiky musí být proti domácímu násilí *chráněny jakékoli osoby žijící ve společném obydlí*, bez ohledu na právní důvod bydlení, resp. jeho existenci vůbec. Máme za to, že i když se rodinné, resp. manželské bydlení realizuje fakticky, tzv. bez právního důvodu, požívá ochrany před domácím násilím. *Ve věci ochrany před domácím násilím jde v obecné rovině především o výkon práva ke společně užívanému obydlí v souladu s dobrými mravy, resp. zdržení se výkonu v rozporu s dobrými mravy* (srov. § 3 odst. 1 OZ).

Ačkoli se návrh nového občanského zákoníku hlásí k celé řadě hodnot, fenoménem soukromoprávní ochrany před domácím násilím se nezabývá komplexně.²² Ochrana před domácím násilím je garantována jen manželům a rozvedeným manželům, resp. osobám žijícím společně s manžely nebo rozvedenými manžely (srov. § 633 a 634 návrhu). Nicméně, tento nedostatek je odstranitelný v rámci diskuse.

V ustanovení § 702 se na konci odstavce 2 měla doplnit věta „Zruší-li soud právo společného nájmu, při určení, který ze společných nájemců bude byt dále užívat jako nájemce, přihlédne k tomu, který ze společných nájemců způsobil, že se jejich soužití stalo nesnesitelným.“.

V ustanovení § 705 odst. 3 mělo být slovo „a“ nahrazeno čárkou a na konci textu odstavce měla být doplněna slova „a na to, zda ze strany jednoho manžela nedocházelo k násilnému chování vůči druhému manželů“.

Měl být vložen nový § 705a, který zněl: „Stalo-li se další soužití manželů z důvodu násilného chování jednoho z manželů vůči druhému nesnesitelným, může soud na návrh jednoho z manželů omezit právo společného nájmu bytu u toho z manželů, který se násilně choval, anebo toto právo zrušit. Zruší-li soud právo společného nájmu, při určení, který z manželů bude byt dále užívat jako nájemce, přihlédne k tomu, který z manželů způsobil, že jejich soužití se stalo nesnesitelným.“.

Jde-li o problematiku bytových náhrad, v § 712 měl být doplněn odstavec 7, který zní: „(7) Jestliže se rozvedený manžel za trvání manželství nebo po rozvodu manželství vůči druhému manželovi nebo blízké osobě, která v bytě bydlí, dopouštěl nebo dopouští násilného chování, může soud rozhodnout, že nemá právo na bytovou náhradu.“.

²¹ K tomu srov. Veselý, O.: „Domácí násilí“ jako změna poměrů odůvodňující zrušení věcného břemene. Bulletin advokacie, 2008, č. 9, s. 41 – 42.

Se závěry autora ve věci zrušení věcného břemene se však nelze ztotožnit. Bylo by ovšem možné uvažovat o soudním omezení nebo vyloučení násilníka z výkonu práva odpovídajícího věcnému břemenu, a to z důvodu výkonu tohoto práva v rozporu s dobrými mravy (viz § 3 odst. 1 OZ).

²² K tomu srov. Eliáš, K., Zuklínová, M.: Principy a východiska nového kodexu soukromého práva. Praha: Linde, 2001, kde se o fenoménu domácího násilí, resp. soukromoprávní ochraně proti domácímu násilí, vůbec nehovoří. Dále viz konsolidovanou verzi dostupnou na www.justice.cz dne 1. srpna 2008.

4. DOMÁCÍ NÁSILÍ A PRÁVNÍ DŮVODY BYDLENÍ

Jak již bylo řečeno, komplexní úprava proti domácímu násilí u nás chybí. Za zásadní problém je třeba považovat skutečnost, že neexistují především soukromoprávní ustanovení proti domácímu násilí. Další problém lze spatřovat v problematičnosti úpravy rodinného, resp. manželského bydlení vůbec – její roztroušenosti, nepřehlednosti, nedůslednosti.

Analýza všech právních důvodů bydlení ve vazbě na domácí násilí by mohla být pro svoji rozsáhlost a komplikovanost námětem monografie, zejména pokud bychom se chtěli zabývat různými formami soužití a jejich fázemi.²³

5. DOČASNÉ VYKÁZÁNÍ ZE SPOLEČNĚ OBÝVANÉHO BYTU NEBO DOMU

Problematika vykázání ze společně obývaného obydlí byla, jak již bylo uvedeno výše, začleněna do našeho právního řádu teprve nedávno. Dodejme jen, že se *týká jakéhokoli právního důvodu bydlení, resp. bydlení bez právního důvodu*, a není omezena pouze na manželské soužití, nýbrž se *dotýká kohokoli ohroženého nebo postiženého domácím násilím*.

5.1 VYKÁZÁNÍ DLE ZÁKONA O POLICII ČESKÉ REPUBLIKY

Zákon č. 135/2006 Sb., kterým se mění některé zákony v oblasti ochrany před domácím násilím, zakotvil v zákoně č. 283/1991 Sb., o Policii České republiky, ve znění pozdějších předpisů, *oprávnění rozhodnout o vykázání ze společného obydlí a zákazu vstupu do něj*.

Na úvod je nutno podotknout, že *smyslem právní úpravy je skutečná okamžitá a flexibilní ochrana ohrožené osoby, nikoliv tedy potrestání určitého jednání*. Samozřejmostí je, že i v tomto bodě zákon, stejně jako trestní zákon hájí mimo jiné *obecný zájem na ochraně před domácím násilím*. Dle § 21a zákona o Policii České republiky tak může policista vykázat násilnou osobu,²⁴ která je *podezřelá z jednání proti životu, zdraví, svobodě nebo proti lidské důstojnosti, ze společného obydlí, se současným zákazem návratu do těchto prostor*. Není nutné, aby k tomuto jednání došlo ve společném obydlí či bezprostředním okolí.²⁵ Policista specifikuje prostory, do nichž nesmí násilná osoba vstupovat, a to dokonce i tehdy, není-li v době policejního zákroku přítomna. Vždy (s výjimkou případů nebezpečí z prodlení) je však nutno respektovat, že vykázání musí být přítomna nezúčastněná osoba. Odlišností od právní úpravy zakotvené v zákoně č. 200/1990 Sb., o přestupcích, ve znění pozdějších předpisů, je možnost rozhodnout o vykázání *i bez souhlasu ohrožené osoby*. Rozhodnutí se tak vydává *bez projednání věci* (mělo by být bezodkladné), písemně se vyhotoví do 24 hodin od jeho vydání a musí být *doručeno osobě vykázané i ohrožené, event. také orgánu sociálně-právní ochrany dětí*. Proti tomuto rozhodnutí je přípustný opravný prostředek (odvolání), nicméně z povahy věci není možné, aby měl odkladný účinek.

Při zákroku vyzve policista (obdobně jako soudní vykonavatel v případě výkonu rozhodnutí o předběžném opatření) vykázaného, aby vydal klíče od společného obydlí, se současným poučením o následcích neuposlechnutí této výzvy ve smyslu zákona o přestupcích. Vykázaná osoba má však právo vzít si ze společného obydlí osobní věci, dokumenty a cennosti, dále

²³ K tomu srov. Králíčková, Z. Dávid, R.: Rodinné bydlení a domácí násilí. Právní fórum, 2008, č. 10, s. 429-436.

²⁴ Srov. Kočová, K.: Domácí násilí a tzv. vykázání ... op. cit., s. 35.

²⁵ Tamtéž, s. 37.

také věci nutné pro výkon svého povolání či podnikatelské činnosti. Významnou vazbou na procesněprávní ochranu je povinnost zasahujícího policisty poučit ohroženou osobu o možnosti podání návrhu na vydání předběžného opatření dle OSŘ.

Vykázání trvá po dobu 10 dnů ode dne vydání rozhodnutí, přičemž tuto dobu nelze v žádném případě zkrátit. Dojde-li současně k podání návrhu na vydání předběžného opatření podle OSŘ, neskončí tato doba před (pravomocným) rozhodnutím soudu o tomto návrhu.

V případě vykázání násilné osoby je policista povinen do tří dnů od vydání rozhodnutí provést *kontrolu*, zda je rozhodnutí o vykázání dodrženo jak vykázanou, tak ohroženou osobou.

Zajímavou se na tomto místě jeví otázka, zda je takové *vykázání Policií České republiky přezkoumatelné soudem* (ve správním soudnictví). V první řadě je nutno zabývat se charakterem vykázání. S ohledem k výše uvedenému, a rovněž i k dikci zákona o Policii České republiky, lze vykázání charakterizovat jako rozhodnutí, proti němuž lze podat odvolání. Je však nutno také přihlídnout ke skutečnosti, že ani toto opravné řízení nemusí nutně zjednat nápravu případného protiprávního stavu založeného rozhodnutím o vykázání.

Dalším důležitým charakterem rozhodnutí je *otázka jeho dočasnosti*. Jak již stanoví samotný zákon o Policii České republiky, vykázání trvá deset dnů. Je však možné, že tato doba bude prodloužena do doby, než (obecný) soud rozhodne o předběžném opatření, resp. do okamžiku, kdy rozhodnutí o opravném prostředku nabude právní moci. Nicméně s ohledem na ustanovení § 75c odst. 2 a § 76b OSŘ je nutné, aby soud o předběžném opatření rozhodl do 48 hodin od okamžiku dojití návrhu. Lze však aspoň hypoteticky uvažovat situaci, kdy soud v této lhůtě nerozhodne. V tomto případě pak již nelze naplnit podmínky pro označení rozhodnutí o vykázání za dočasné.

S ohledem na příslušná ustanovení Zákona č. 150/2002 Sb., soudního řádu správního (dále jen „SŘS“) je tak možno napadnout správní rozhodnutí pouze tehdy, vyčerpá-li žalobce všechny opravné prostředky.

Dle našeho názoru lze tak uvažovat o podání žaloby dle § 65 SŘS, kdy se žalobce může domáhat především zrušení tohoto rozhodnutí. Ani v tomto případě však nemá žaloba odkladný účinek, lze jej však přiznat na základě návrhu žalobce.

Mnohem zajímavější, i s ohledem na dopad na případné následky, je uvažovat o podání žaloby dle § 82 SŘS - o ochraně před nezákonným zásahem, kdy se žalobce může domáhat ochrany před zásahem správního orgánu, trvají-li následky zásahu či hrozí jeho opakování. Dospěl-li by správní soud k závěru, že rozhodnutí o vykázání je nezákonné, bylo by možné se dále např. domáhat náhrady škody (po státu) způsobené nezákonným rozhodnutím ve smyslu zákona č. 82/1998 Sb., o odpovědnosti za škodu způsobenou při výkonu veřejné moci rozhodnutím nebo nesprávným úředním postupem.

V obou případech se však jedná o čistě hypotetické příklady, nicméně právě ve vztahu k nedodržení 48hodinové lhůty pro vydání předběžného opatření (obecným) soudem, je nelze vyloučit.

Nový zákon č. 273/2008 Sb., o Policii České republiky (dále jen „nový zákon o Policii české republiky“) s účinností od 1. ledna 2009 *staví vykázání na jiné koncepci než současná právní úprava*. Důvodová zpráva klade důraz na to, aby vykázání bylo chápáno jako faktický úkon, nikoliv jako správní rozhodnutí. Na základě toho pak také upravuje opravné prostředky proti

rozhodnutí o vykázání, kdy se bude jednat o tzv. námitky, o nichž bude rozhodovat nadřízené *krajské ředitelství*. Tento postup, dle důvodové zprávy, tak má zajistit, aby přezkum rozhodnutí o vykázání byl skutečně flexibilní a o námitkách bylo rozhodnuto ještě v rámci uvedené desetidenní doby trvání vykázání. Proti současnému stavu lze však namítnout, že vykázání bude mít povahu rozhodnutí vždy, navzdory jeho (výslovnému) označení za faktický úkon.

5.2 VYKÁZÁNÍ DLE OBČANSKÉHO SOUDNÍHO ŘÁDU

Skutečné efektivnosti hmotněprávní úpravy ochrany před domácím násilím může být dosaženo jedině zajištěním komplexního a rychlého řešení problémů. Toto zajištění je tak předmětem procesněprávní úpravy, neboť civilní proces je moderní právní vědou rovněž považován za prostředek ochrany subjektivních práv a zájmů.

Na objektivní potřebu speciální procesněprávní úpravy zareagovala výše citovaná novela OSŘ provedená zákonem č. 135/2006 Sb., kterým se mění některé zákony v oblasti ochrany před domácím násilím. Tato novela tak v OSŘ *zakotvila speciální právní úpravu předběžných opatření ve vztahu k domácímu násilí a v přímé souvislosti s ním také nový zvláštní způsob výkonu rozhodnutí*. Bohužel, ze shora analyzovaného poslaneckého návrhu č. 828 bylo realizováno jen torzo.

5.2.1 PŘEDBĚŽNÉ OPATŘENÍ

Jak již uvádí samotný OSŘ v ustanovení § 74, může být před zahájením řízení nařízeno předběžné opatření, jestliže je to *zapotřebí k zatímnímu upravení poměrů mezi účastníky*.²⁶ Toto obecné ustanovení je pak blíže specifikováno v § 76b, který se již zabývá předběžnými opatřeními v případech domácího násilí. Je tedy konkrétnější než ustanovení § 76 odst. 1 písm. f), které stanoví, že předběžným opatřením může být účastníku uloženo, aby něco vykonal, něčeho se zdržel či něco strpěl (snášel). Předseda senátu tak může *nařídit předběžné opatření v případech, kdy jednáním násilné osoby dochází k ohrožení života, zdraví, svobody či lidské důstojnosti osoby ohrožené*. Věcně příslušným je okresní soud, místně je příslušný obecný soud navrhovatele, tedy osoby ohrožené. Je nutno podotknout, že návrhu na vydání předběžného opatření nemusí předcházet vykázání dle § 21a zákona o Policii České republiky.

OSŘ *demonstrativně stanovuje možnost uložit násilné osobě, aby dočasně opustila byt nebo dům společně obývaný s osobou ohroženou a stejně tak i jeho bezprostřední okolí, dále pak aby se zdržela setkávání a navazování kontaktů s ohroženou osobou*. Není však vyloučeno (právě vzhledem k demonstrativní povaze výčtu), aby soud uložil i *jinou povinnost*.

Efektivnost ochrany proti domácímu násilí předběžným opatřením je zajišťována mimo jiné ustanovením § 75c odst. 2, resp. povinností soudu rozhodnout o návrhu na předběžné opatření bezodkladně, nejpozději však do 48 hodin od okamžiku podání návrhu. Usnesení o předběžném opatření se *vyhlašuje až při provedení jeho výkonu*. Podle § 76d písm. a) je rozhodnutí o předběžném opatření vykonatelné, jakmile bylo vydáno.

²⁶ K problematice obecně viz dílo Stavinochová, J., Hlavsa, P.: *Civilní proces a organizace soudnictví*. Brno: Masarykova univerzita a nakladatelství Doplněk, 2003, s. 254.

Předběžné opatření *trvá jeden měsíc* od jeho vykonatelnosti, předcházelo-li však rozhodnutí o předběžném opatření rozhodnutí Policie České republiky (podle § 21a zákona o Policii České republiky), počíná tato lhůta až dnem následujícím po dni, v němž uplynula lhůta stanovena podle zákona o Policii České republiky. Tato jednoměsíční lhůta může být soudem *prodloužena*,²⁷ bylo-li před jejím uplynutím *zahájeno řízení ve věci samé*.²⁸ Toto předběžné opatření může trvat nejdéle jeden rok od jeho nařízení.

V této souvislosti si dovoluujeme nastolit otázku, zda je možné, aby o předběžném opatření dle § 76b OSŘ rozhodl soud *i bez návrhu*. Z dikce zákona, resp. jeho konkrétních ustanovení, typicky „je-li jednáním účastníka, proti kterému *návrh* směřuje“ anebo že „o *návrhu* podle § 76b OSŘ rozhodne soud do 48 hodin“, lze vyvodit, že návrh je nutný. Naproti tomu však stojí výslovné ustanovení § 75 odst. 1 OSŘ, který stanoví, že „*návrhu* není třeba, jde-li o předběžné opatření pro řízení, které může soud zahájit i bez návrhu.“ V této souvislosti se opět dostáváme k problému, tedy co zákonodárce označuje termínem „řízení vlastní“. Bylo-li by tedy možné rozhodovat v souvislosti s domácím násilím ve věci samé i bez návrhu, mohli bychom uvažovat rovněž o *možnosti rozhodnout o předběžném opatření i bez návrhu*. Spornou se však jeví otázka, zda v přímé souvislosti např. s ustanovením § 176 OSŘ lze uvažovat i o předběžném opatření o vykázání.

Tento problém se bude jevit jako vážný zejména v situacích, kdy bude obětí domácího násilí např. *nezletilé dítě*. Jestliže bychom uvažovali o situaci, kdy je obětí osoba zletilá, nebude zajisté existovat žádný problém v případě jejího přístupu k soudu či její procesní způsobilosti. Avšak v případě nezletilců je situace výrazně odlišná.

Jde zejména o faktický problém *zastoupení dítěte*. Jestliže je dítě obětí domácího násilí, typicky jednoho z rodičů, není nikdy vyloučeno, aby jménem dítěte podal návrh na vydání předběžného opatření rodič druhý.²⁹ Avšak právní úprava už opomíná případy, kdy druhý rodič z jakéhokoliv důvodu (strachu, obav z ostudy, citového vztahu) tento postup odmítne. Dítěti by prakticky neměl kdo pomoci. Tento závěr lze zmírnit s ohledem na ustanovení § 8 zákona č. 359/1999 Sb., o sociálně-právní ochraně dětí, který stanoví, že dítě má právo požádat orgány sociálně-právní ochrany o pomoc při ochraně svého života a dalších svých práv. Situaci ulehčuje, že operativní ochranu těchto zájmů může v každém případě zajistit také Policie České republiky, a to bez výslovného návrhu. Nicméně, přístup nezletilého dítěte k soudu by tak mohl být ohrožen. Jedinou cestou by pak tak byla pouze možnost adresovat soudu podnět, na základě něhož by soud zahájil řízení bez návrhu, anebo přiznat nezletilému dítěti procesní způsobilost ve vztahu k těmto řízením.

V této souvislosti je užíván také protiargument, že v těchto situacích se může uplatnit ustanovení § 76a OSŘ. Podstatou tohoto ustanovení však je, že *dítě bude umístěno do vhodného výchovného prostředí*, tedy, že ve společném obydlí *přestane pobývat dítě, nikoliv násilník*. V tomto bodě tak lze spatřit zásadní rozdíl v konstrukci ustanovení § 76a a § 76b OSŘ, jehož podstatou je vykázání násilníka.

²⁷ K tomu srov. Winterová, A.: Občanský soudní řád s vysvětlivkami a judikaturou. Praha: Linde, 2007, s. 142.

²⁸ Žel, interpretace termínu řízení ve věci samé je značně problematická, neboť z výše citovaného poslaneckého návrhu č. 828 byla realizována do podoby zákona jen část procesněprávní, tedy zejména novela občanského soudního řádu, nikoli část navrhuující podstatné změny v občanském zákoníku (srov. poznámku č. 19 shora).

²⁹ K tomu srov. také Čuhelová, K. Zákaz setkávání otce s nezletilým dítětem a ustanovení § 76b OSŘ. Bulletin advokacie, 2008, č. 10.

Posledním bodem pro podporu nutnosti zabývat se povinností existence návrhu na vydání předběžného opatření o vykázání je již citovaný *nový zákon o Policii České republiky*, který nabývá účinnosti od 1. ledna 2009. Tento zákon prakticky přebírá současnou podobu právní úpravy o vykázání ze společného obydlí. Policii České republiky je zde uložena významná povinnost, a to s ohledem na ustanovení § 47 odst. 3 nového zákona o Policii České republiky *do 24 hodin od vstupu policisty do společného obydlí zaslat kopii úředního záznamu o vykázání příslušnému soudu*, který je příslušný k rozhodnutí o návrhu na vydání předběžného opatření podle OSŘ. Lze uvažovat o otázce, zda toto oznámení lze považovat současně za podnět adresovaný soudu. Jestliže by šlo o podnět, mohl by pak soud na základě tohoto oznámení zahájit řízení bez návrhu, avšak pouze v přísné souvislosti s řízeními, jež lze zahájit i bez návrhu.

Výkon rozhodnutí v uvedených případech je pak zajištěn zvláštním způsobem v rámci vykonávacího řízení.

5.2.2 VÝKON ROZHODNUTÍ O PŘEDBĚŽNÉM OPATŘENÍ

Výkon rozhodnutí o předběžném opatření dle § 76b je upraven ustanovením § 273b OSŘ, tedy *výkonem vykázání ze společného obydlí a nenavazování kontaktů s oprávněným*. Zákon zde soudu přímo ukládá povinnost zajistit výkon tohoto rozhodnutí bezodkladně. Jde tedy o jednu ze dvou výjimek, kdy vykonávací řízení může být zahájeno *i bez návrhu*. Důležitou poznámkou je, že výkon tohoto rozhodnutí může být proveden pouze soudem, nikoliv tedy soudním exekutorem (dle exekučního řádu).

Soud v součinnosti s příslušnými státními orgány vykáže povinného (násilnou osobu) ze společného obydlí a mimo jiné této osobě odebere klíče. Je však nutné, aby povinnému bylo umožněno vzít si ze společného obydlí své osobní věci, dokumenty či cennosti, a to buď přímo při výkonu rozhodnutí, nebo (nebyl-li výkonu přítomen) na jeho žádost v průběhu trvání předběžného opatření. Dále musí být povinnému umožněno si vyzvednout věci potřebné pro výkon svého povolání či podnikatelské činnosti. Soud může povinnému zakázat setkávat se s oprávněným či s ním navazovat kontakty. Právě k tomuto bodu je nutno poznamenat, že zákon již nestanovuje žádné možnosti byť jen nepřímého donucení povinného (např. opakovanými pokutami) k plnění povinnosti, resp. dodržování zákazu nenavazování kontaktů s oprávněným, neboť ten je možný nejen kontaktem osobním, ale také písemným, telefonickým či jiným (sms, e-mail apod.). Nerespektování rozhodnutí soudu je však stíhatelné v trestním řízení.

5.2.3 MAŘENÍ VÝKONU ROZHODNUTÍ O PŘEDBĚŽNÉM OPATŘENÍ

Zákonem č. 135/2006 Sb., kterým se mění některé zákony v oblasti ochrany před domácím násilím, došlo rovněž k novelizaci trestního zákona. V přímé souvislosti s § 76b, resp. 273b OSŘ a § 21a zákona o Policii České republiky je ustanovení § 171 odst. 1 písm. e) TZ, který po novele stanoví, že *trestného činu se mimo jiné dopustí ten, kdo závažně či opakovaně jedná tak, aby zmařil rozhodnutí o vykázání* vydané podle zvláštního předpisu (např. právě dle zákona o Policii České republiky) nebo na základě výše analyzovaného předběžného opatření

soudu. V případě maření tak může být povinný potrestán odnětím svobody v délce až šest měsíců nebo peněžitým trestem.³⁰

6. ZÁVĚR

Lidský život, tělesné i duševní zdraví, lidská důstojnost a svoboda, zejména však spokojené dětství a všestranný zdravý vývoj dítěte, jsou nepochybně hodnoty, které musí právní řád komplexně chránit, a to i proti takovým hodnotám, jako je právo spoluvlastníka nebo dokonce i výlučného vlastníka či nájemce na užívání domu nebo bytu, pokud se v něm odvíjí rodinný život a je-li ohrožen domácím násilím. Před domácím násilím je třeba chránit ohrožované členy rodinné domácnosti bez ohledu na případné trestní stíhání násilníka, tak jak činí právní úprava řady evropských zemí.

Fenomén domácího násilí vyžaduje rázný a především komplexní přístup zákonodárce. Nepostačuje pouze vytváření prostoru pro *kriminalizaci* pachatelů, ale je nutné zejména přijetí norem pro řešení osobní, osobnostní, majetkové a především bytové situace členů rodiny nebo společné domácnosti násilníka. Jde totiž jak o *efektivní řešení konkrétní dané svízelné situace osob postižených domácím násilím*, tak hlavně o budoucnost těchto osob. Mezi oběti často patří děti. Musí jít tedy o zajištění blaha nezletilých dětí, ať už přímých obětí domácího násilí nebo obětí nepřímých, tj. dětí přihlížejících násilí páchaných na svých matkách apod.

Prostor pro zakotvení občanskoprávních ustanovení proti domácímu násilí poskytuje platný občanský zákoník a občanský soudní řád.

Nová, resp. novelizovaná právní úprava by měla *vystihovat podstatu problému, měla by jej pojmenovat, vzít do úvahy všechny formy soužití a právní důvody bydlení*. Měla by zejména plnit i funkci preventivní. To znamená, že by měla umožnit násilníkovi přehodnocení svého chování a případnou nápravu.

Nabízí se otázka, zda má procesní norma *de lege ferenda* umožnit soudu, aby v jednom řízení společně s vykázáním násilníka ze společné domácnosti a limitací jeho užívacího práva k bytu nebo domu upravil také např. výživné apod. *Stejně tak by měla být jednoznačně vyřešena otázka přístupu nezletilých k soudu, resp. otázka nutnosti podání návrhu aspoň v zastoupení, či celkový vztah ustanovení § 76b OSŘ k obecné právní úpravě předběžných opatření.*

Literatura:

- Králíčková, Z., Dávid, R.: Rodinné bydlení a domácí násilí. Právní fórum, 2008, č. 10, s. 429-436
- Radvanová, S.: Zdravé rodinné prostředí – jak pro koho. Acta iuridica olomucensis. Vol. 1, 2005, s. 47 – 49
- Giddens, A.: Sociologie. Argo, 1999, kapitola „Násilí v rodině“.
- Melicharová, D.: Dítě jako svědek a oběť domácího násilí. Acta iuridica olomucensis. Vol. 1, 2005, s. 62 – 65

³⁰ V této věci nelze opomenout jiné skutkové podstaty, zejména pak násilí proti skupině obyvatel a proti jednotlivci, týrání světené osoby, týrání osoby žijící ve společně obývaném bytě nebo domě, ublížení na zdraví, omezování osobní svobody, zbavení osobní svobody, útisk nebo vydírání.

- Vargová, B.: Svěřování dětí do výchovy jednoho z rodičů v případech domácího násilí. *Právo a rodina*, 2006, č. 2, s. 9 a násl.
- Čírtková, L.: Rodiče, děti, domácí násilí a traumatizující následky. *Právo a rodina*, 2007, č. 9, s. 12 a násl.
- Hovorka, D.: Úloha orgánů sociálně-právní ochrany dětí při řešení případů domácího násilí – úskalí praxe. *Právo a rodina*, 2007, č. 8, s. 1 a násl.
- Radvanová, S.: Stav české rodiny a rodinného práva v současné době. In sborník materiálů z konference ISFL. *Právní praxe*, 1999, č. 2 - 3, s. 99
- Kovařík, J.: Oidipus a pěstounská péče. *Náhradní rodinná péče*, 1999, č. 1, s. 4 – 6
- Dunovský, J.: Pěstounská péče: současnost a perspektivy. *Sociální politika*, 1993, č. 9, s. 9
- Voňková, J., Huňková, M.: *Domácí násilí v českém právu z pohledu žen*. Praha: Profem, 2004
- Hrebíková, V.: Problematika domácího násilí v súvislosti s rozhodovaním súdov o nariadení predbežného opatrenia. *Justičná revue*, 2004, č. 8 – 9, s. 927 – 933
- Gazarenková, L., Pavelková, B.: Právne prostriedky ochrany pred domácim násilím v manželstve v slovenskom právnom poriadku. *Acta iuridica olomucensis*. Vol. 1, 2005, s. 71 – 76
- Šámal, P. a kol.: *Trestní zákon – komentář, II. díl. 6 vydání*. Praha: C. H. Beck, 2004
- Jelínek, J.: K trestněprávnímu postihu domácího násilí. *Acta iuridica olomucensis*. Vol. 1, 2005, s. 54 – 58
- Zezulová, J.: Trestněprávní a civilněprávní aspekty domácího násilí. *Státní zastupitelství*, 2005, č. 4, s. 7 a násl.
- Kočová, K.: Domácí násilí a tzv. vykazání – nový institut právního řádu ČR. *Bulletin advokacie*, 2007, č. 10, s. 34 a násl.
- Winterová, A.: *Občanský soudní řád s vysvětlivkami a judikaturou*. Praha: Linde, 2007
- Stavínohová, J., Hlavsa, P.: *Civilní proces a organizace soudnictví*. Brno: Masarykova univerzita a nakladatelství Doplněk, 2003
- Čuhelová, K.: Zákaz setkávání otce s nezletilým dítětem a ustanovení § 76b OSŘ. *Bulletin advokacie*, 2008, č. 10

Kontaktní údaje na autora – email:

zdenka.kralickova@law.muni.cz, radovan.david@law.muni.cz

VZÁJEMNÉ VZTAHY PRÁVA PROCESNÍHO A PRÁVA HMOTNÉHO V DÍLE PANA PROFESORA MACURA

PETR LAVICKÝ

Právnická fakulta Masarykovy univerzity, Česká republika

Abstrakt v rodném jazyce

Příspěvek se zabývá vzájemnými vztahy práva hmotného a procesního v díle prof. Macura.

Klíčová slova v rodném jazyce

Právo procesní, právo hmotné.

Abstract

The article deals with mutual connections between material and procedural law in the life-work of prof. Macur.

Key words

Procedural law, substantive law.

1. ÚVOD

Pan profesor Macur se ve svých pracích¹ věnoval celé řadě základních teoretických otázek civilního práva procesního, jakož i jednotlivým procesním institutům; namátkou lze připomenout díla věnovaná dispoziční a projednacím zásadě, předmětu sporu, dokazování či správnímu soudnictví. Zvláštní místo v tomto kontextu zauímají jeho monografie zabývající se problematikou vzájemného vztahu práva procesního a práva hmotného,² neboť právě vědecky vysoce fundované řešení této otázky se stalo východiskem, promítajícím se též do prací, jež se týkají jednotlivých zásad či institutů civilního práva procesního. Z tohoto důvodu se následující řádky snaží přiblížit pojetí práva hmotného a procesního, jejich vzájemného vztahu a místa práva procesního v systému práva tak, jak je ve svých monografiích popsal profesor Macur. V této souvislosti je nutno upozornit, že – vyjma závěrečné pasáže, ukazující na praktický význam předestřených teoretických závěrů – je následující text kompilací myšlenek profesora Macura. S ohledem rozsah celého díla a především jeho ideovou bohatost jde toliko o výběr těch nejzákladnějších závěrů, které autor tohoto příspěvku považoval za stěžejní. Následující řádky jsou tedy snahou o připomenutí a další rozšíření závěrů, k nimž při bádání nad uvedeným tématem dospěl prof. Macur.

2. METODOLOGICKÉ VÝCHODISKO: SYSTÉMOVĚ-STRUKTURNÍ PŘÍSTUP

Pro všechny monografie prof. Macura je charakteristické uplatnění systémově strukturního přístupu. Tato metodologie se samozřejmě nejvýrazněji projevuje v dílech věnovaných občanskému právu procesnímu v systému práva, právu procesnímu a právu hmotnému, jakož i vzájemným vztahům hmotného a procesního práva; promítá se ale též do dílčích procesních institutů, jimiž se prof. Macur zabýval.

¹ Srov. seznam literatury citovaný na konci tohoto článku.

² Občanské právo procesní v systému práva. Brno: UJEP, 1975. Právo procesní a právo hmotné. Brno: MU, 1993. Problémy vzájemného vztahu práva procesního a hmotného. Brno: MU, 1993.

Systémově-strukturní přístup vychází z přesvědčení, že objektivní realita má strukturní povahu, a proto je přístupná lidskému poznání. Každý jev vnějšího světa je tak v zásadě poznatelný; to platí i pro právo.

Klíčový pojem struktury vymezuje prof. Macur tak, že se jedná o specifickou jednotu zákonitých vztahů, funkcí, kauzálních a dialektických souvislostí předmětu, o jednotu jeho vnitřní diference. Struktura přitom není prostý souhrnem (součtem) vzájemně nesouvisajících elementů: souhrn elementů a funkčních vazeb ve vzájemné integraci vytváří kvalitativně nový útvar. Struktura a její elementy na sebe vzájemně působí a ovlivňují se: povaha a vlastnosti celku jsou závislé na jeho elementech a jejich funkčních vazbách, stejně jako prvky určité struktury jsou ve svých charakteristických rysech určovány svou příslušností k určité struktuře.

Poznávaná realita má různé strukturní úrovně, jež jsou hierarchicky uspořádány. Celou strukturu, vnímanou ze synchronního (statického) hlediska, ovládá princip subordinace, spočívající v tom, že všechny funkční vazby a vzájemné vztahy jsou projevem určitého základního principu, který proniká celou strukturou a je výrazem její podstaty.

Systémově-strukturní přístup se přitom nesnaží pouze o statický popis zkoumané struktury, ale též o zachycení jejího historicko-genetického aspektu. Tato skutečnost má pro další bádání podstatný význam, neboť umožňuje analyzovat, jak právo působí jako systém řízení na společenské vztahy.

3. PRÁVNÍ VZTAHY JAKO FUNKČNÍ VAZBY MEZI OBJEKTIVNÍMI ZÁJMY

Povahu celostního útvaru má rovněž právo. Tato skutečnost umožňuje jeho hlubší poznání za pomoci systémově-strukturní metody. Rozbor systému práva ovšem nutně musí vycházet z konkrétních společenských podmínek, v nichž právo působí. Tyto společenské podmínky jsou vyjádřeny především v pojmu zájmu. Zájem chápe prof. Macur jako objektivní, na lidském vědomí nezávislý vztah společenského subjektu ke společenským předpokladům a podmínkám jeho zachování, ochrany a rozvoje. Jde o sociální kategorii, která vytváří složitou strukturu o mnoha vrstvách, jejíž jednotlivé prvky jsou spjaty funkčními vazbami.

Zkoumání vazeb mezi zájmy a právem může být úspěšné pouze tehdy, přistupuje-li se k oběma jako ke složitým celostním systémům. V tomto směru právo slouží k tomu, aby zprostředkovalo vazby mezi objektivními zájmy, tj. aby je spojovalo a sjednocovalo. Tuto funkci systému práva lze však postihnout jenom z hlediska historicko-genetického: ke spojování a sjednocování zájmů slouží z tohoto pohledu právní vztahy. Právní vztahy je proto třeba považovat za funkční vazby mezi zájmy. Právní vztahy vymezují a utvářejí společenské podmínky, za kterých dochází k vzájemnému působení zájmů, a regulují tak lidské chování při realizaci těchto zájmů.³

³ Normy procesního práva působí na společenskou realitu obdobně jako normy hmotného práva, tj. prostřednictvím právních vztahů. Procesněprávní vztahy vyjadřují funkční vazby v oblasti zájmů zvláštního druhu, jež lze označit jako zájmy procesní. Jelikož právní vztahy působí jako regulátor lidské činnosti, je tato činnost regulovaným předmětem a nestává se obsahem právního vztahu. Občanské právo procesní tedy upravuje procesní vztahy, jež jsou vzhledem k procesní činnosti složkou regulující, kdežto procesní činnost složkou regulovanou. K regulaci této činnosti dochází právě vymezením subjektivních práv a povinností v rámci procesně právních vztahů.

Takto pojaté právní vztahy potom mají klíčový význam rovněž pro vymezení systému práva. Ten lze totiž chápat jako model specifických funkčních vazeb mezi objektivními zájmy ve struktuře zájmů. Uvedené funkční vazby přitom vznikají, rozvíjejí se a zanikají jako právní vztahy na základě objektivního práva.⁴

4. PRAVIDLA SPRÁVNÉHO CHOVÁNÍ SPONTÁNNÍHO ŘÁDU

U závěru o objektivní povaze poznávané reality setrval prof. Macur i ve svých pozdějších dílech.⁵ Je však zřejmý určitý argumentační posun, vyplývající především ze snahy eliminovat voluntaristický přístup zákonodárce k úpravě civilního řízení soudního, jež je typický pro pozitivistický konstruktivismus. Prof. Macur vychází z Hayekovy teorie správných pravidel chování spontánního řádu, podle níž právo není ve své podstatě projevem obecných zákonitostí lidského myšlení, ale je výrazem objektivních vztahů a vazeb, ovládajících lidské chování. Východiskem jsou empirické poznatky o pravidlech správného chování, která jsou součástí spontánního řádu a nemohou být uměle vytvářena, ale mohou být jen poznávána. Je proto úlohou zákonodárce, aby se svými normativními akty co nejvíce přiblížil objektivně daným pravidlům spontánního řádu; čím více se mu to podaří, tím bude právní úprava efektivnější.

⁴ Právní vztahy mají svůj obsah a formu; obě tyto kategorie se vyznačují svou vlastní vnitřní a vnější strukturou. Vnější struktura obsahové stránky právního vztahu označuje, co právní vztah spojuje (v jaké oblasti zájmů působí, kdo je nositelem těchto zájmů, popř. jaká je jejich časová působnost, tj. jde o povahu zájmů); vnitřní struktura vypovídá o tom, jak právní vztah tyto zájmy spojuje (způsob, jakým dochází ke spojování zájmů). Vnější struktura formy právních vztahů je tvořena elementy (prvky) právních vztahů, tj. subjekty, obsahem a předmětem. Klíčovou roli pro diferenciaci v systému práva však hraje vnitřní struktura formy právních vztahů, jíž je metoda právního regulování, tedy specifický způsob právního regulování, vyjadřující povahu a míru působení jednotlivých účastníků právního vztahu na vznik a rozvíjení tohoto vztahu, resp. vyjadřující povahu a míru účasti subjektů na formování jeho obsahu.

Povaha a míra účasti účastníků právního vztahu na jeho vzniku, utváření obsahu a rozvíjení bývá v různých životních oblastech rozdílná. V této souvislosti však prof. Macur upozorňuje, že rozlišování horizontálních a vertikálních vztahů je krajně zjednodušující, neboť si představuje povahu a míru účasti subjektů na formování právního vztahu buď jako stejné, nebo jako maximálně rozdílné (buď účastníci vystupují ve vztazích rovnosti se stejnou mírou dispoziční autonomie, nebo se naopak v maximální míře uplatní převaha působení jednoho ze subjektů právního vztahu). Horizontální a vertikální vztahy mohou představovat jenom myšlenou osu, mezi nimiž se v celé své složitosti rozprostírá společenská realita.

Metoda regulování má původ v předmětu úpravy a je jím determinována. Určitá oblast chování lidí ve společenských vztazích si žádá použití konkrétní metody právní úpravy těchto vztahů. To se plně projevují i ve specifické metodě právního regulování. Jejím základním rysem je vznik „trojúhelníkových“ právních vztahů, zahrnujících jak horizontální vztah mezi účastníky řízení, tak vertikální vztah mezi každým z účastníků a soudem, případně jiným orgánem. Toto regulování nelze vykládat tak, jako by občanskoprávní procesní vztahy byly pouhým konglomerátem horizontálních a vertikálních vztahů. Občanskoprávní procesní vztahy, vznikající navzájem mezi účastníky a mezi účastníky a rozhodujícím orgánem, vytvářejí organickou jednotu, v níž jakákoliv změna v horizontální složce se projeví ve vertikální složce a naopak; nejde proto o samostatné horizontální a vertikální vztahy, ale o dva aspekty každého z procesněprávních vztahů, které tvoří základ civilního procesu.

⁵ Např. v práci o postmodernismu a zjišťování skutkového stavu v civilním sporu prof. Macur konstatuje: „Bez uznání existence vnější, objektivní skutečnosti, která je v podstatě nezávislá na subjektu, je jakékoliv poznání neuskutečnitelné. Mnozí představitelé postmodernismu to otevřeně přiznávají a jednoduše tvrdí, že „poznání není možné“. Přísně logicky vzato není v tom případě možný ani objektivní poznatek o tom, že jakékoliv lidské poznání není možné, takže jedinou bezprostřední zkušeností člověka může být jen neurčitý existencionální pocit naprosté nejistoty, absurdity, úzkosti apod., jak konstatovala již filozofie existencialismu.“ Macur, J. Postmodernismus a zjišťování skutkového stavu v civilním soudním řízení. Brno: MU, 2001, s. 53.

V souladu s tím prof. Macur v protikladu k pozitivistickému konstruktivismu zdůrazňuje, že civilní proces nevznikl záměrným vytvářením jako umělá konstrukce, ale vznikl a rozvíjel se spontánně jako složitá, účelná a důmyslná kybernetická soustava s řízením na druhé úrovni ještě v době, kdy lidé nemohli mít ani ponětí o této jeho povaze a vnitřním mechanismu. Spontánně se tak utvořily určité charakteristické rysy civilního procesu, které jsou patrné při rozboru předprocesního stádia sporu.

Každý civilní proces má svůj původ v právním sporu, jenž vznikl před procesem a v němž se také utváří jeho základní struktura; ta tedy není do civilního řízení soudního vnášena z vnějšku, ale vyplývá právě z této předprocesní fáze. Mezi charakteristické rysy předprocesního stádia v první řadě patří uplatnění systému dvou stran a principu kontradiktornosti: proti sobě stojí jako vzájemní odpůrci dvě strany, jež mají protichůdné zájmy; z uplatňování protikladných zájmů vyplývá, že subjektivní odchylka jedné procesní strany bude korigována subjektivní odchylkou procesní strany druhé. Tím se stimuluje procesní aktivita stran, jež je základní hybnou silou procesu; spontánně se přitom uplatňuje zásada dispoziční, projednací a rovnosti stran, a rovněž se spontánně uplatňují pravidla o důkazním břemenu.

Projednání sporu v civilním řízení představuje další fázi eskalace sporu. Předprocesní vztahy jsou podstatně modifikovány přistoupením mocenského prvku, tedy soudu, který má v procesu řídicí a rozhodující roli. Podstatné rysy předprocesní fáze právního sporu však zůstávají zachovány.⁶

Tento spontánně se vyvinuvší vnitřní mechanismus fungování civilního procesu umožňuje, aby soud jednání řídil na druhé úrovni, tj. spíše vytvářením podmínek, resp. předpokladů účelné procesní činnosti stran, ovlivňováním a usměřováním této činnosti v zájmu dosažení cíle procesu. Ze sociologického hlediska tedy civilní proces vytváří takové společenské podmínky, v nichž se výrazně uplatňují protikladné procesní zájmy účastníků.

5. POSTUPNÁ DIFERENCIACE PRÁVA HMOTNÉHO A PROCESNÍHO

Právní regulace procesní činnosti se však vyvíjela pozvolna a postupně; poznání objektivních pravidel spontánního řádu, jimiž se řídí civilní proces, a jejich promítnutí do pravidel platného práva, jakož i vůbec samotný vznik civilního práva procesního, bylo záležitostí dlouhodobého vývoje. Civilní právo procesní a civilní proces se vyvíjely v poměrně dlouhém časovém období a vznik samostatného odvětví procesního práva nebyl důsledkem jednorázového rozhodnutí. Na postupné diferenciaci práva hmotného a procesního se podílela právní praxe, legislativa i věda. Hlubší příčiny této diferenciaci spočívaly v obecném společenském rozvoji životních oblastí, upravovaných právním řádem.

V dřívějších dobách civilní právo procesní zcela splývalo s právem hmotným a bylo jím pohlceno. Kupř. Savigny chápal žalobní právo jenom jako porušené nebo ohrožené subjektivní hmotné právo, jako jeho další vývojovou fázi, jako „metamorfózu“ subjektivního

⁶ Další fázi eskalace právního sporu, spojenou s fyzickým donucením dlužníka, představuje exekuční řízení. Také v něm se uplatňují horizontální procesněprávní vztahy mezi věřitelem a dlužníkem, a to právě s ohledem na fakt, že exekuční řízení neztrácí charakter právního sporu mezi stranami, byť ve vyšší fázi eskalace. Výkon rozhodnutí slouží nucené realizaci exekučního titulu a jeho bezprostředním cílem je splnění povinnosti, která byla žalovanému uložena pravomocným a vykonatelným soudním rozhodnutím. Tím je realizován procesněprávní vztah, založený mezi žalobcem a žalovaným pravomocným soudním rozhodnutím, odsuzujícím žalovaného k určitému plnění.

hmotného práva. Přestože vývoj byl pozvolný, lze v něm zcela jednoznačně vysledovat objektivní trend, spočívající v postupné diferenciaci hmotného a procesního práva, ústící v jejich relativní osamostatnění ve zvláštní právní odvětví.

V původním nediferencovaném stavu se uplatňovaly přímé vazby subjektivních hmotných práv na poskytování právní ochrany (v římském právu tvořilo oprávnění k uplatnění porušeného nebo ohroženého práva na soudě součást subjektivního práva; u Savignyho šlo o kauzální vztah, u Windscheida o vztah funkcionální atd.). Starší právní řády spojovaly ochranu subjektivního hmotného práva a postup, jímž je této ochrany dosahováno, se subjektivním právem samotným. Na podstatně vyšším stupni vývoje právního řádu nabývá činnost spojená s poskytováním ochrany subjektivním právům relativní samostatnost a soubor procesních norem, jež tuto činnost upravují, začíná vytvářet samostatné odvětví se zvláštními specifickými pojmy, principy a instituty, které tvoří organický celek, odlišný od jiných právních odvětví. Ochrana práva pak současně přestává být součástí nebo funkcí subjektivního hmotného práva samotného. Dovršení diferenciaci hmotného a procesního práva tedy vyloučilo všechny přímé a bezprostřední vazby hmotného a procesního práva na nižší úrovni právních vztahů, subjektivních práv a povinností hmotné i procesní povahy (viz kupř. Savignyho škola), a na jejich místo nastoupily vazby na úrovni vyšších strukturních celků – právních odvětví. Tato geneze odpovídá vývoji všech samoregulujících systémů, u nichž dochází k přenesení původních funkcí, příslušejících jednotlivým prvkům, na vyšší strukturní útvary; v případě vývoje práva hmotného a procesního došlo k tomu, že funkce prvku (subjektivního práva) přešla na strukturu procesního práva. Vazby na úrovni právních vztahů tedy byly vystřídány vazbami na úrovni právních odvětví, tj. na kvalitativně vyšší úrovni. Poskytování veškeré právní ochrany je důsledně zprostředkováno civilním právem procesním v jeho celku a pouze procesní právo stanoví, za jakých předpokladů může dojít k soudnímu řízení a rozhodování a jaký procesní postup je nutno uplatnit a dodržet za účelem věcného posouzení důvodnosti žaloby.

Hmotné právo již nemůže zahrnovat vztahy procesní, ani naopak být obsahem subjektivních procesních práv. Může být pouze předmětem civilního procesu, který existuje nezávisle na soudním řízení a lze jej v rámci procesní činnosti poznávat, nikoliv vytvářet nebo měnit (smysl ochrany – realizované prostřednictvím procesní činnosti – spočívá právě v tom, že její předmět – subjektivní hmotné právo – zůstává nedotčen a nezměněn).⁷

Současný stav diferenciaci hmotného a procesního práva tedy dospěl do stadia, kdy procesněprávní normy, instituty, pojmy a zásady již ani nepřímou neobsahují žádné hmotněprávní prvky a jejich vymezení má výlučně procesní povahu; smíšené pojetí bylo překonáno.⁸ Z hlediska systémově-strukturního je nepřijatelná rovněž představa existence jakýchkoliv přechodných či spojovacích článků mezi právem hmotným a právem procesním.

6. VZÁJEMNÉ FUNKČNÍ VAZBY OBČANSKÉHO PRÁVA HMOTNÉHO A PROCESNÍHO

Jak hmotné, tak procesní právo jsou v současnosti chápány jako zvláštní struktury právních norem. Je uznávána existence dvou relativně samostatných právních odvětví, z nichž každé se

⁷ Tento poznatek má klíčový význam kupř. pro pochopení koncepční nesprávnosti tzv. štěpení práva.

⁸ Uvedený závěr lze nejlépe demonstrovat na jednotlivých procesních institutech a na postupné změně názorů na jejich podstatu, např. na žalobním právu, procesních podmínkách, předmětu sporu, důkazním břemenu nebo právní moci civilních soudních rozhodnutí.

vztahuje na zvláštní „životní oblast“. Rozdíl mezi oběma těmito odvětvími je dán zvláštní povahou lidského chování, které upravují, tedy předmětem právního regulování.

Jednotlivá právní odvětví však nemohou být zcela nezávislá, samostatná a oddělená, ale vznikají mezi nimi slabší nebo silnější, užší nebo širší vazby. Občanské právo hmotné a procesní spojují vzájemné funkční vazby, které jsou velmi silné i přesto, že občanské právo hmotné je soukromým právem a civilní právo procesní je veřejným právem.⁹ Existence silných a úzkých funkčních vazeb je projevem integračních procesů, které vždy doprovázejí procesy diferenciací. Integrační procesy se projevují jednak v tom, že procesní právo slouží ochraně práva hmotného (tj. jako celek plní ochrannou funkci) a dále že struktura a funkce procesního práva je hluboce ovlivněna povahou hmotného práva, jež je předmětem ochrany; procesní právo se tedy přizpůsobuje hmotnému právu, jemuž poskytuje ochranu a je ovlivněno hodnotami, na nichž spočívá. V procesním právu coby veřejnoprávním odvětví se tak v organické jednotě uplatňují soukromoprávní a veřejnoprávní hodnoty. Soukromé právo a jeho hodnoty se v civilním řízení soudním neuplatňují bezprostředně a neomezeně. Vliv hmotného práva na civilní proces je hluboký a určující, avšak je to vliv zprostředkovaný a nepřímý.¹⁰

Funkcionální vazby mezi občanským právem hmotným a procesním vyplývají z jejich vzájemné podmíněnosti. Existence procesního práva je odůvodněna poskytováním ochrany subjektivním materiálním právům a oprávněným zájmům a existence hmotného práva v jeho celku není zase možná bez mocenského donucujícího působení práva procesního. Toto mocenské donucující působení procesního práva je předurčováno obsahem práva hmotného a naopak zase uplatňování a prosazování hmotného práva do značné míry závisí na právu procesním, jímž je zpětně ovlivňováno. Místo otázky, které odvětví je nadřazeno druhému, je tedy podle prof. Macura nutno klást otázku, jaké funkční vazby se uplatňují mezi právem hmotným a procesním.

Na hmotněprávní poměry však reaguje procesní právo jako celek, v souladu se svými vnitřními imanentními zákonitostmi. Vnější hmotněprávní podněty nevstupují do procesu přímo, ale zprostředkovaně. Celý systém civilního procesu odpovídá na tyto podněty jednotně a na všech úrovních své struktury, v souladu s principy ovládajícími procesní právo.

⁹ Je nutno opětovně zdůraznit, že jde o funkční vazby na úrovni právních odvětví, nikoli na úrovni právních vztahů. Individuální hmotněprávní a procesní vztahy se mohou realizovat samostatně, nezávisle na sobě; o tom jednoznačně svědčí nepopíratelný poznatek, že většina hmotněprávních vztahů se realizuje bezporuchově, a postrádá proto procesní protějšek. Absolutní vzájemná podmíněnost se projevuje až na úrovni právních odvětví, neboť občanské právo hmotné jako celek (a jemu příbuzná odvětví) nemůže existovat bez procesního práva jako celku a naopak.

¹⁰ Výrazným uplatněním soukromoprávních hodnot v civilním procesu je kupř. dispoziční zásada. Nelze ale jednoduše usuzovat, že dispoziční zásada se prosadí všude tam, kde procesní strana je nadána autonomií vůle podle hmotného práva. Jde totiž o uplatnění soukromoprávních hodnot v podmínkách civilního procesu, jehož veřejnoprávní povaha tím není a nemůže být dotčena. Proto dispozitivní volnost v procesním právu zdaleka nedosahuje šíře uplatnění dispoziční autonomie v soukromém právu, a dále se uplatňuje jenom tam, kde ji zákon výslovně připouští (nikoliv tam, kde ji nevyklučuje). Proto se strany např. nemohou vzdát právní moci, pravidel o důkazním břemenu apod. V určitých případech je však dispoziční zásada projevem daleko širší a obecnější ideje ochrany lidských práv a svobod – viz např. její uplatnění ve správním soudnictví.

Obdobnou integraci soukromoprávních a veřejnoprávních hodnot je možno sledovat i v jiných institutech, např. v zásadě projednací, v procesním jednání stran, v právní moci atd. Kupř. zásada projednací využívá svobody stran k co nejefektivnějšímu zjištění skutkového stavu; jejímu zneužití brání povinnost pravdivosti a povinnost vysvětlovací, k zajištění rovných možností (především u práva neznalých účastníků) slouží poučovací povinnost soudu.

Funkcionální závislost a vzájemná podmíněnost, která se plně projevuje na úrovni práva hmotného a procesního jako celku, nemusí se nutně a vždy promítat do jejich nižších složek (např. v případě rozhodování na základě pravidel o důkazním břemenu nemusí být soudní rozhodnutí v souladu se skutečnými hmotněprávními poměry, přesto nejde o rozhodnutí vadné).

Funkcionální vazby se tedy uskutečňují na vyšší strukturní úrovni právních odvětví a spočívají v tom, že procesní právo jako právní odvětví obecně vytváří předpoklady k tomu, aby civilní řízení v každém konkrétním případě účinně, rychle a bez zbytečných průtahů poskytlo ochranu porušenému či ohroženému soukromému právu. Uplatňování obecných pravidel procesního práva ovšem nevyklučuje, že v některých konkrétních případech nebude účelu civilního procesu dosaženo; to však, jak připomíná prof. Macur, není důvodem k hrubě účelovému výkladu, ale leda podnětem k tomu, aby na rozpor zákonného pravomocného rozhodnutí se skutečnými hmotněprávními poměry reagovala struktura procesního práva ve svém celku, tedy na vyšší kvalitativní úrovni, a to změnou právního předpisu nebo změnou ustálené judikatury.

Z hlediska právně historického a právně teoretického je celkový trend ke konstituování procesního práva jako samostatného právního odvětví, jakož i k ryze procesnímu pojetí jeho jednotlivých institutů a zásad, zřetelný a jasný. Tento poznatek má velký význam především pro současnost, neboť umožňuje hlubší a fundovanější přístup k posuzování praktických otázek legislativy, interpretace a aplikace v oblastech, jichž se přímo nebo nepřímo dotýká problematika vztahu práva hmotného a práva procesního.

7. HMOTNĚPRÁVNÍ A PROCESNĚPRÁVNÍ VZTAHY

Sporné subjektivní hmotné právo neprochází civilním řízením jako jeho obsah, jímž by mohlo být různým způsobem nakládáno a manipulováno za účelem jeho „očistění“, ale zůstává předmětem procesní činnosti, který je nezávislý na průběhu řízení a nemůže být procesní činností soudu ani stran nijak dotčen. Ve vztahu k subjektivnímu hmotnému právu a hmotněprávnímu vztahu se může uplatnit výlučně poznávací činnost soudu. Soud si na základě skutkových zjištění činí úsudek o existenci či neexistenci sporného subjektivního práva nebo zákonem chráněného zájmu a svůj konečný úsudek promítá do meritorního rozhodnutí tak, aby zjištěný hmotněprávní vztah byl v souladu s procesněprávním vztahem zakládaným právní mocí soudního rozhodnutí. Věcná správnost předpokládá odpovídající vztahy izomorfismu mezi skutečnými hmotněprávními poměry a procesním vztahem, založeným konkrétní rozsudečnou normou.

Nejdůležitější účinky pravomocného soudního rozhodnutí spočívají v tom, že soudní rozhodnutí sporné materiální vztahy překlene vztahy procesními, které do budoucna upravují procesní vztah mezi stranami zcela jasně a jednoznačně, stanovením jejich konkrétních subjektivních procesních práv a povinností. Funkční vazby mezi právem procesním a hmotným jsou pak vyjádřeny vztahy izomorfismu mezi poznávanými hmotněprávními vztahy a procesněprávními vztahy, konstituovanými pravomocným soudním rozhodnutím.

Je-li pravomocné soudní rozhodnutí v rozporu se skutečnými hmotněprávními poměry, nemohou se hmotněprávní vztahy prosadit v důsledku mocenskoprávní povahy

veřejnoprávních vztahů.¹¹ Nejde však o nadřazenost procesního práva, chápanou jako důsledek nedokonalosti, neúplnosti nebo neurčitosti hmotného práva, ani o nadřazenost procesního práva právu hmotnému na úrovni právních odvětví, ale pouze na úrovni právních vztahů a jen za předpokladu zvláštní situace, kdy pravomocné soudní rozhodnutí není věcně správné, resp. dokud nebude za pomoci mimořádných opravných prostředků odstraněno. Zrušením pravomocného soudního rozhodnutí v mimořádném opravném řízení nezanikají pouze procesněprávní vztahy mezi stranami do budoucna, ale zaniká samotný právní důvod těchto vztahů. Zrušení pravomocného rozhodnutí tedy působí ex tunc, nikoliv ex nunc.

8. MÍSTO ZÁVĚRU: VÝZNAM PRO PRÁVNÍ PRAXI

Přestože shora podané závěry profesora Macura o vzájemném vztahu hmotného a procesního práva mají stěžejní význam, ukazuje se, že zejména v právní praxi nejsou stále natolik rozšířeny, jak by bylo žádoucí. To platí nejen pro interpretaci a aplikaci práva, ale i pro legislativu.

Příklady uvedeného stavu jenom z poslední doby lze nalézt vícero; velmi instruktivním je v této souvislosti § 65 odst. 1 soudního řádu správního, který zní: „Kdo tvrdí, že byl na svých právech zkrácen přímo nebo v důsledku porušení svých práv v předcházejícím řízení úkonem správního orgánu, jímž se zakládají, mění, ruší nebo závazně určují jeho práva nebo povinnosti, (dále jen „rozhodnutí“), může se žalobou domáhat zrušení takového rozhodnutí, popřípadě vyslovení jeho nicotnosti, nestanoví-li tento nebo zvláštní zákon jinak.“ Znění tohoto ustanovení vede v praxi k závěru, že soud jednající a rozhodující ve správním soudnictví se musí nejprve zabývat tím, zda (1) existuje nějaké subjektivní veřejné právo, na němž mohl být žalobce zkrácen, a (2) zda úkon, jímž měl správní orgán do tohoto práva zasáhnout, měl povahu rozhodnutí.¹² Pouze kladná odpověď na obě otázky znamená, že žaloba je přípustná a že se jí soud – pokud zde není jiná překážka – může zabývat věcně. Soud tedy uvedené otázky zkoumá nikoliv v rámci meritorního posuzování žaloby, ale již ve fázi zvažování, zda je žaloba vůbec přípustná.

Nastíněný stav však naprosto neodpovídá současné úrovni teoretických názorů na vzájemný vztah hmotného a procesního práva, a nezachycuje ani vývoj diferenciací hmotného a procesního práva, k němuž za posledních více než sto let došlo. To je způsobeno faktem, že zákonodárce nekriticky přebíral koncepci uplatňující se v devatenáctém století, a to v podstatě tak, jak vyplývala z čl. 15 tzv. Prosincové ústavy (základní zákon státní č. 117/1867 ř. z., o moci soudcovské) a z § 2 zákona č. 36/1876 ř. z., o zřízení správního soudu („Správnímu

¹¹ I plnění (dobrovolné či v rámci exekuce) na základě věcně nesprávného rozhodnutí je právní skutečností podle hmotného práva. K zániku dlužníkovy závazku splněním dochází však jenom tehdy, jestliže procesněprávní vztah, založený pravomocným soudním rozhodnutím, je v souladu se skutečnými hmotněprávními poměry. Není-li s nimi v souladu, nedojde k zániku závazku, ale vzniká nový hmotněprávní vztah (z bezdůvodného obohacení či k náhradě škody). Tento vztah se však neprosadí, dokud bude vykonáván rozsudek v právní moci. Bude-li v mimořádném opravném řízení zrušen, hmotněprávní vztah, založený výkonem rozhodnutí, se plně projeví.

¹² Srov. např. rozhodnutí rozšířeného senátu Nejvyššího správního soudu, publikované pod č. 1259/2007, v jehož odůvodnění se praví: „Při posouzení předložené sporné právní otázky vycházel rozšířený senát z úvahy o významu soudního přezkumu správních rozhodnutí, který byl institucionalizován k ochraně subjektů před veřejnou mocí. Soud zde mj. poskytuje ochranu veřejným subjektivním právům fyzických a právnických osob (§ 2 s. ř. s.), tedy právům plynoucím z předpisů veřejného práva. Existence takového práva je pak předpokladem soudního přezkumu. Úkon, který soud k návrhu zkoumá, musí zakládat, měnit, rušit nebo závazně určovat práva a povinnosti - jen v tom případě se jedná o rozhodnutí přezkoumání podléhající (§ 65 odst. 1 s. ř. s.).“

soudu přísluší nalézáti v každém případě, když kdo praví, že mu bylo protizákonným rozhodnutím nebo opatřením některého úřadu správního v právích jeho ublíženo.“). Pro pojetí vzájemného vztahu procesního a hmotného práva v devatenáctém století bylo přitom charakteristické, že procesní právo bylo chápáno jako integrální součást práva hmotného, což se také projevovalo v konstrukci jednotlivých procesních institutů, jimž se přiznávala hmotněprávní povaha (např. žalobní právo, procesní podmínky, důkazní břemeno, předmět sporu atd.). V souladu s tím se i procesní podmínky chápaly ryze hmotněprávně a řadila se mezi ně jednak existence subjektivního hmotného práva a jednak skutečnost, že se jeví dostatečně pravděpodobným fakt jeho porušení nebo ohrožení. Soud tedy v rámci přípravného řízení zkoumal uvedené dvě hmotněprávní otázky, které z hlediska dnešního pojetí civilního procesu jsou zodpovězeny až na jeho konci, a to jako otázky důvodnosti žaloby, a nikoliv její přípustnosti. Krom toho je pro současný stav názorů příznačné, že se klade velký důraz na rozlišení důvodnosti žaloby a její přípustnosti, přičemž se vyžaduje, aby předpoklady, za nichž se soud může zabývat věcí samou, byly vázány na relativně malý okruh snadno zjištělných předpokladů, jež jsou výlučně procesní povahy.

Z citovaného znění § 65 odst. 1 soudního řádu správního je však zřejmé, že tyto požadavky nerespektuje a že naopak vychází z koncepce vztahu hmotného a procesního práva, která odpovídá století devatenáctému a jež byla vývojem dávno překonána. Nejedná se přitom o pouhý teoretický problém: naopak skutečnost, že se výkladem tohoto ustanovení opětovně musel zabývat rozšířený senát Nejvyššího správního soudu, dokládá, že se jedná o jedno z nejproblematictějších ustanovení soudního řádu správního. Nesprávnost tohoto ustanovení se plně projevuje zejména v těch případech, kdy lze jenom velmi obtížně najít nějaké subjektivní hmotné právo, které mělo být porušeno, a to především proto, že takové právo ve skutečnosti mnohdy vůbec neexistuje (nikdo nemá např. právo na udělení státního občanství, přesto je zřejmé, že rozhodnutím o neudělení státního občanství může být do právní sféry žadatele výrazně zasaženo; viz č. 906/2006 Sb. NSS). Judikatura se snaží tento nedostatek někdy překlenout tím, že vytváří subjektivní práva, která však nemají vůbec žádnou oporu v platném právním řádu (např. právo na zvolení místa trvalého pobytu; viz č. 1259/2007 Sb. NSS). Účelovým výkladem lze však jenom sotva zakrýt základní koncepční nedostatek § 65 odst. 1 soudního řádu správního.

Poznatek, podle něhož v některých případech subjektivní hmotné právo neexistuje, a přesto by mělo řízení před soudem proběhnout, přitom není žádnou zvláštností správního soudnictví. V civilním řízení soudním se obecně uplatňuje názor, že předmětem řízení nemůže být subjektivní hmotné právo. Materiální koncepce předmětu sporu byla dávno překonána, neboť vůbec nedokázala odpovědět na otázku, co je předmětem řízení v případě, kdy soud zamítá žalobu z důvodu, že žalobce není nositelem subjektivního hmotného práva, jehož ochrany se domáhá, případně že uplatňuje „právo“, které platný právní řád nezná, stejně jako otázku, co je předmětem sporu o negativní určovací žalobě (sám žalobce tvrdí, že subjektivní právo neexistuje).

Účelem těchto úvah však není vyčerpávající rozbor § 65 odst. 1 soudního řádu správního, ale pouze vyzdvižení vysoce praktického významu teoretických poznatků o vzájemném vztahu práva hmotného a procesního a poukaz na negativní důsledky, které jejich neznalost může přinést právní praxi. Možnost poučit se v těchto otázkách je přitom na dosah ruky, ve vysoce fundovaném díle pana profesora Macura.

Literatura:

- Macur, J.: Zásada dispoziční v občianskom súdnom konaní. Bratislava: Ústav štátu a práva akadémie vied, 1968 (nepublikovaná kandidátská práca).
- Macur, J.: Základní otázky právní moci civilních soudních rozhodnutí. Brno: UJEP, 1972.
- Macur, J.: Občanské právo procesní v systému práva. Brno: UJEP, 1975.
- Macur, J.: Odpovědnost a zavinění v občanském právu. Brno: UJEP, 1980.
- Macur, J.: Dokazování a procesní odpovědnost v občanském soudním řízení. Brno: UJEP, 1984.
- Macur, J.: Správní soudnictví. Brno: UJEP, 1986. Soudnictví a soudní právo. Brno: UJEP, 1988.
- Macur, J.: Úvod do teorie občanského práva procesního. Brno, MU, 1990 (spolu s J. Stavínohovou).
- Macur, J.: Povinnost a odpovědnost v občanském právu procesním. Brno: MU, 1991.
- Macur, J.: Správní soudnictví a jeho uplatnění v současné době. Brno: MU, 1992.
- Macur, J.: Právo procesní a právo hmotné. Brno: MU, 1993.
- Macur, J.: Problémy vzájemného vztahu práva procesního a hmotného. Brno: MU, 1993.
- Macur, J.: Důkazní břemeno v civilním soudním řízení. Brno: MU, 1995.
- Macur, J.: Dělení důkazního břemena v civilním soudním sporu. Brno: MU, 1996.
- Macur, J.: Zásada projednací v civilním soudním řízení. Brno: MU, 1997.
- Macur, J.: Kurs občanského práva procesního. Exekuční právo. Praha: C. H. Beck, 1998.
- Macur, J.: Kompenzace informačního deficitu procesní strany v civilním soudním sporu. Brno: MU, 2000.
- Macur, J.: Postmodernismus a zjišťování skutkového stavu v civilním soudním řízení. Brno: MU, 2001.
- Macur, J.: Předmět sporu v civilním soudním řízení. Brno: MU, 2002.

Kontaktní údaje na autora – email:

petr.lavicky@law.muni.cz

ZAMYŠLENÍ NAD PROCESNÍMI OTÁZKAMI VZNIKU SPOLKU JAKO PRÁVNICKÉ OSOBY

KATEŘINA RONOVSÁ

Právnická fakulta Masarykovy Univerzity, Česká Republika

Abstrakt v rodném jazyce

Příspěvek je zamyšlením nad procesem registrace spolku v kontextu aktuální judikatury Nejvyššího správního soudu a souvisejících dokumentů Rady Evropy, především pak Doporučení Výboru ministrů členským státům k právnímu postavení nevládních neziskových organizací v Evropě CM/Rec (2007) 14. I když je z judikatury i souvisejících mezinárodních dokumentů jasně plyne, jakým způsobem by měla být ustanovení o vzniku spolku, obsažená v zákoně č. 83/1990 Sb., v aktuálním znění, vykládána, praxe Ministerstva vnitra, které má danou agendu v kompetenci, je bohužel jiná.

Klíčová slova v rodném jazyce

Spolek, registrace, právo na svobodu sdružování, spolková autonomie.

Abstract

This Contribution is dealing with the problems related with the process of registration of an association in the context of current practice of Czech courts and the related documents of Council of Europe (f. e. Recommendation of the Committee of Ministers to member states on the legal status of non-governmental organisations in Europe CM/Rec (2007) 14). The right to be free to establish an association is one most important parts of the freedom of association.

Key words

Association, registration, right to freedom of association.

1. ÚVODEM

Právní úprava spolkového práva vyplývá z politických poměrů a úrovně právní kultury v daném státě. V jednotlivých evropských zemích existují značné rozdíly historického vývoje občanské společnosti i vztahů mezi ní a státem, resp. jeho organizačními složkami.

Úprava právních aspektů spolku, jako specifické právní formy, jež tvoří páteř občanské společnosti, by měla brát v úvahu principy vyplývající z práva na svobodu sdružování, tzn. že by právem mělo být regulováno pouze to, co je nezbytné pro efektivní páochranu zájmů ostatních účastníků právních vztahů, čímž by měla být co nejvíce šetřena spolková autonomie.

Spolkovou autonomií můžeme nazvat svobodu vůle subjektů, které se rozhodují, zda vytvoří či nevytvoří spolek, jaký obsah bude mít jeho základní dokument, jakým způsobem bude koncipována vnitřní organizace apod. Se spolkovou autonomií souvisí i svoboda členství ve spolku. Tato svobodná vůle může být omezena pouze zákonnými kogentními normami spolkového práva, jak obecnými tak zvláštními, a individuálními ustanoveními základního dokumentu spolku (stanov).

V současné době je pro právní zakotvení postavení spolku určující zákon č. 83/1990 Sb., o sdružování občanů, ve znění pozdějších předpisů. Jeho úprava je velmi stručná a v mnohých ohledech ne zcela dostačující. Za jeden z nejzásadnějších problémů považuji úpravu

registrace spolku, která působí v praxi celou řadu problémů. Specifický rysem české právní úpravy je neexistence veřejného rejstříku spolků, neboť zákon jej ani nezřizuje, ani nestanovuje údaje, které by do takového rejstříku měly být zapisovány. To je zřejmě v rozporu především se zásadou ochrany práv třetích osob a právní jistoty vůbec.

2. SVOBODA SDRUŽOVÁNÍ V DOKUMENTECH RADY EVROPY

V současné době je právo svobodně se sdružovat zakotveno nejen v ústavách a zákonech jednotlivých demokratických států, ale i v celé řadě mezinárodních dokumentů o lidských právech, které nezachycují pouze svobodu sdružování obecně, ale obsahují i výslovné vyjádření svobody odborového sdružování¹.

Všechny tyto právní dokumenty svobodu sdružování prohlašují a povolují její omezení pouze z důvodů ochrana národní a veřejné bezpečnosti a veřejného pořádku, prevence zločinnosti, zdraví a veřejné mravnosti či ochrany práv a svobod druhých. Omezení se pak promítají do vnitrostátních právních předpisů soukromého i veřejného práva.

Od počátku nového tisíciletí bylo možno zaznamenat na úrovni Rady Evropy i ve strukturách Evropské Unie, zvýšený zájem o stabilizaci právního rámce pro občanskou společnost a o zakotvení právního postavení nevládních neziskových organizací² v Evropě.

Na květnovém summitu hlav států a vlád členských států Rady Evropy, který se konal v roce 2005 ve Varšavě, uznali jednotliví delegáti nezbytnost a nutnost existence dobře fungující občanské společnosti. Zároveň byla zdůrazněna úloha nevládních neziskových organizací, jež jsou její neodmyslitelnou součástí a přispívají k rozvoji transparentnosti a odpovědnosti v demokratickém společenském zřízení. In so doing, they decided to enhance the participation of NGOs in Council of Europe a

V říjnu 2007 pak přijal Výbor ministrů Rady Evropy Doporučení Výboru ministrů členskými státy k právnímu postavení nevládních neziskových organizací v Evropě CM/Rec (2007) 14 (Recommendation of the Committee of Ministers to member states on the legal status of non-governmental organisations in Europe)³.

¹ Právo na svobodu sdružování je garantováno rovněž v Článku 11 Evropské úmluvy o ochraně lidských práv a základních svobod (v České Republice vyhl. č. 209/1992 Sb.) Článek 11 Evropské úmluvy zní:

„1. Každý má právo na svobodu pokojného shromažďování a na svobodu sdružovat se s ostatními, včetně práva zakládat na obranu svých zájmů odbory nebo vstupovat do nich.

2. Na výkon těchto práv nemohou být uvalena žádná omezení, kromě těch, která stanoví zákon a jsou nezbytná v demokratické společnosti v zájmu národní bezpečnosti, veřejné bezpečnosti, předcházení nepokojům a zločinnosti, ochrany zdraví nebo morálky nebo ochrany práv a svobod jiných. Tento článek nebrání uvalení zákonných omezení na výkon těchto práv příslušníky ozbrojených sil, policie a státní správy.“

² Ve svém příspěvku budu používat pojem nevládní nezisková organizace, resp. nezisková organizace, jako ekvivalent anglického termínu „non governmental organisation“, resp. „non profit organization“, neboť je tímto způsobem nejčastěji překládána; takové označování však není vhodné, zejména vzhledem k dvěma záporům, které toto sousloví obsahuje. Ani pojem „nezisková“ není přesný, neboť ani u neziskových organizací není tvorba zisku vyloučena; ten však může být pouze prostředkem nikoli cílem takové právnické osoby. Ke kritice pojmu „nezisková“ též Telec, I.: Spolkové právo, C.H. Beck, 1998, str. 30 an.

³ Recommendation CM/Rec(2007)14 of the Committee of Ministers to member states on the legal status of non-governmental organisations in Europe, dostupné na www.coe.int, citováno 14. 10. 2008

Jedná se o vůbec první mezinárodní právní instrument (i když pouze doporučující povahy) v této oblasti, který směřuje jednak k zákonodárcům a orgánům veřejné správy, a jednak k nevládním neziskovým organizacím samým.

The Recommendation defines the minimum standards to be respected concerning the creation, management and the general activities of NGOs in member states of the organisation. Doporučení určuje minimální normy, které musejí být dodrženy, pokud jde o vytváření, řízení i činnosti nevládních neziskových organizací v členských státech Rady Evropy.

Základním pravidlem pro vztah státu a nevládních neziskových organizací je povinnost státu vytvářet takové právní prostředí, které má napomáhat vzniku a rozvoji neziskových organizací. V této souvislosti je zdůrazněno, že jakékoli jednání veřejných autorit, které má vliv na existenci a fungování nevládních neziskových organizací, musí být přezkoumatelná nezávislým a nestanným soudem.

Doporučení Rady Evropy je poměrně obsáhlý dokument, proto pro z něj pro potřeby tohoto pojednání vyberu jen ty pasáže, které jsou významné v souvislosti se vznikem jedné z typických právních forem neziskových organizací – spolků.

Kterákoli fyzická nebo právnická osoba nebo skupina těchto osob má právo založit nevládní neziskovou organizaci (korporaci či nadaci). Dvě nebo více osob mohou založit korporaci, přičemž vnitrostátní právní řád může požadovat i větší počet osob pro ustavení takové osoby nadané právní subjektivitou.

Co se týče nabytí samostatné právní subjektivity, doporučení obsahuje zejména obecný princip oddělení vzniknuvší organizace od svých členů nebo zřizovatelů a princip univerzální sukcese, v případě rozdělení organizace na dva a více subjektů.

Pokud není nabytí samostatné právní subjektivity automaticky spojeno již se založením organizace, podmínky pro její nabytí musí být objektivně stanoveny a není přípustné subjektivní posuzování příslušnou veřejnou autoritou⁴.

Doporučení dále stanovuje, že pravidla pro nabytí právní subjektivity musí být řádně publikována a proces by měl být co nejjednodušší a pochopitelný pro širokou veřejnost. Příslušné úřady, které se účastní procesu vzniku právnické osoby musí jednat nestranně a nezávisle a musí být mít pro provádění takových úkonů řádnou kvalifikaci. Veškerá rozhodnutí v souvislosti s procesem vzniku musí být přezkoumatelná nezávislým a nestranným soudem.⁵ Rejstřík nevládních neziskových organizací by měl být veden jako veřejně přístupný registr.⁶

Nevládní neziskové organizace mají mít volnost při volbě svého předmětu činnosti, a to i v případě, že se jedná o účel, který je není v souladu s politikou státu či je veden snahou o změnu právní úpravy.

⁴ Viz bod 29 Doporučení CM/Rec (2007)14

⁵ Viz bod 38 Doporučení CM/Rec (2007)14

⁶ Viz bod 40 Doporučení CM/Rec /2007)14

Následující text je zamyšlením nad souladností platné české právní úpravy vzniku spolku s výše uvedenými principy, které byly definovány jako výsledek komparativní analýzy právních úprav jednotlivých členských států Rady Evropy.

3. PROCES REGISTRACE SPOLKU V ČESKÉ REPUBLICCE

Jedním ze základních projevů práva na svobodu sdružování i spolkové autonomie je možnost sdružit se spolu s jinými za účelem, který není v rozporu se zákonem.

V jednotlivých evropských zemích se vyskytují různá pojetí vzniku spolku a následné povinnosti zápisu spolku do zákonem stanoveného rejstříku. Rozdíl je dán odlišnou mírou uznání a uplatnění práva na svobodu sdružování.

Pokud registrační orgán prověřuje podklady pro zápis, jejich zákonnost, přičemž při splnění podmínek existuje právní nárok na zápis, jedná se o tzv. registrační (neboli normativní) princip, který je určující pro spolky v platném českém právu.⁷

Naopak méně přísný než registrační je princip volnosti vzniku (liberty), kde není potřeba k nabytí právní subjektivity veřejnoprávní registrace a postačuje dodržení zákonem stanovených požadavků pro obsah a formu základního dokumentu. Modifikací tohoto přístupu je princip evidenční, který se v současné době uplatňuje v České republice u evidence odborových organizací a organizací zaměstnavatelů.

Ve výjimečných případech⁸ je stanoven i přísnější, koncesní (povolovací) princip, kdy je ponecháno na uvážení příslušného orgánu, zda se daná osoba stane subjektem práva nebo nikoli. V takovém případě se však jedná zcela jistě o rozpor s právem na svobodu sdružování.

Vznik spolku jako subjektu práva je v současné době regulován především ustanoveních § 6 až § 9a zákona č. 83/1990 Sb., o sdružování občanů, v aktuálním znění.

Zákon obsahuje poměrně jasnou regulaci procesu vzniku spolku, avšak v praxi vzniká v této souvislosti celá řada problémů, především, co se týče postupu příslušného orgánu státní správy, kterému je tato agenda svěřena.

Podle ustanovení § 6 odst. 1 zákona č. 83/1990 Sb., v aktuálním znění, dochází ke vzniku spolku (občanského sdružení) jeho registrací, která má pro vznik spolku konstitutivní účinky. Výjimku tvoří pouze zápis (evidenci) odborů a organizací zaměstnavatelů, pro které je dána speciální úprava (§9a odst. 1).

Zákon o sdružování občanů zakotvuje pořádkový registrační princip. Registračním orgánem je pro spolky, jež vznikají v režimu zákona o sdružování občanů, Ministerstvo vnitra. Osvědčení o registraci nemá povahu rozhodnutí ve správním řízení (§ 9), nicméně použitelnost zákona č. 500/2004 Sb., správního řádu, v aktuálním znění, pro dané správní řízení vyloučeno není.

⁷ Je nutno poznamenat, že na poli právní teorie není dosaženo shody, zda registrační princip, který je v České republice uplatňován není, v kolizi s právem na svobodu sdružování.

⁸ např. zákon č. 116/1986 Sb., o podmínkách činnosti organizací s mezinárodním prvkem v Československé socialistické republice, v aktuálním znění, který je ve zjevném rozporu s českým ústavním pořádkem i mezinárodními úmluvami o lidských právech, nicméně stále platný.

Provedení registrace a sním spojený vznik spolku, jako právnické osoby, je možný, pokud jsou kumulativně splněny následující zákonem stanovené předpoklady:

- 1) hmotně právní negativně formulovaný předpoklad, že se nejedná se o spolek zakázaný,
- 2) procesně právní předpoklad formulovaný pozitivně, že jsou splněny zákonem stanovené formální a obsahové náležitosti procesního návrhu na registraci.

Pro návrh na registraci není stanovena žádná zvláštní forma a obsahovat musí pouze:

- a) jména a příjmení, rodná čísla a bydliště;
- b) uvedení společného zmocněnce staršího 18 let, který je oprávněn jednat jménem přípravného výboru (jedná se o přímé zastoupení); prostřednictvím této osoby je pak zajištěna komunikace mezi registračním orgánem a přípravným výborem, např. doručování písemností apod. Předložení písemné plné moci se nevyžaduje, dohodu o plné moci však zákon předpokládá;
- c) podpisy členů přípravného výboru, jejichž pravost nemusí být ověřena, neboť to zákon nevyžaduje.

Obligatořně je stanovena povinnost přiložit k návrhu na registraci spolku stanovy ve dvojnásobném písemném vyhotovení. Mělo by se jednat o dva originály, o dva vzájemně souhlasné prvopisy, přípouští se i úředně ověřená kopie originálu.

V ustanovení § 7 odst. 3 je objektivně stanoveno, že řízení je zahájeno dnem, kdy došel návrh, který nemá vady v ustanovení § 7 odst. 2 uvedené. Subjektivní posouzení registračního orgánu, zda má návrh vady či nikoli, je možné pouze v intencích řízení již zahájeného. Opačný výklad by byl zcela jistě v rozporu s základními principy fungování právního státu a umožněním možné libovůle ze strany registračního orgánu, což je v demokratickém státě zcela nepřijatelné.

Ostatně v tomto smyslu se vyjádřil Nejvyšší správní soud v několika svých rozhodnutích z poslední doby.

V rozhodnutí ze dne 13. 11. 2003, sp. zn. 7 A 13/2002-46⁹ mimo jiné uvedl, že „při posuzování naplnění podmínek nezbytných k registraci občanského sdružení podle zákona č. 83/1990 Sb., o sdružování občanů, vychází správní orgán v souladu se zásadou zákonnosti z ustanovení tohoto zákona, nikoli z vlastního úsudku nebo domněnek,....“

Obdobně argumentoval i v jiném, dosud nejaktuálnějším rozhodnutí,¹⁰ kdy naplno vyjadřuje názor, že „...jakékoli věcné posuzování stanov ministerstvem v této předprocesní fázi je nepřijatelné; zahájení registračního řízení nesmí být oddalováno nesplněním podmínek - náležitostí návrhu, jež nejsou v § 6 odst. 2 a 4 citovaného zákona vypočteny, a zakládají se tak pouze na úsudku správního orgánu“... V citovaném rozhodnutí je rovněž uvedeno, že ministerstvo musí upozornit nejpozději do pěti dnů od doručení návrhu přípravný výbor na jeho vady; jedná se zjevně o projev obecných zásad činnosti správních úřadů, směřující

⁹ Viz právní věta rozhodnutí NSS ze dne 13. 11. 2003, sp.zn. 7 A 13/2002 -46

¹⁰ Rohodnutí NS 1 Ans 3/2007- 235

k provádění úkonů bez neodůvodněných průtahů. „...Registrační řízení je tak zahájeno i v případě, že ministerstvo, přestože doručený návrh shledá vadným, přípravný výbor na vady v zákonem stanovené lhůtě neupozorní“.

Z ustanovení § 8 odst. 4 zákona o sdružování občanů plyne, že „nebylo-li doručeno zmocněnci přípravného výboru do 40 dnů od zahájení řízení doručeno rozhodnutí o odmítnutí registrace, sdružení vznikne dnem následujícím po uplynutí této doby“. Nejvyšší správní soud se rovněž vyjádřil k otázce, související s nečinností ministerstva, které odmítá vydat osvědčení o registraci spolku, jež vznikl uplynutím výše uvedené lhůty. Vyslovil, mimo jiné, i názor, že „...Ministerstvo vnitra není oprávněno rozhodovat o tom, zda registrační řízení zahájí či nezahájí: řízení je zahájeno již tím, že mu dojde návrh, který nemá vady, případně tím, že přípravný výbor odstraní vady návrhu. Řízení je tedy zahájeno dnem doručení bezvadného návrhu na registraci a stanov, případně doručení podání, jímž přípravný výbor odstranil jejich vady, neúplnosti a nepřesnosti. Oproti většině zahajovaných řízení na návrh je tu tedy rozdíl spočívající v tom, že řízení není zahájeno dnem doručení, byť vadného návrhu na zahájení řízení, přičemž v rámci již zahájeného a probíhajícího řízení se posléze odstraňují vady návrhu; úprava je nelogická v tom, že nejprve se mimo řízení odstraňují vady a teprve potom je řízení zahájeno. Důležité ovšem je, že stále jde o řízení zahajované na návrh, byť by Ministerstvo vnitra bylo subjektivně přesvědčeno o opak a přípravnému výboru přípisem sdělovalo, že řízení zahájeno nebylo“.¹¹

Z výše shrnuté rozhodovací praxe lze vyzorovat jasnou tendenci k odstranění jakýchkoli pochybností, co se týče zákonnosti postupu ministerstva v rámci řízení o registraci.

Nicméně výklad ministerstva v této souvislosti směřuje zcela jiným směrem. Ač je ze zákona zřejmé, že velmi krátká pětidenní lhůta má směřovat především k odstranění zjevných vad návrhu, praxe ministerstva se vyvinula v tom smyslu, že se řízení registračního orgánu fakticky stalo řízením schvalovacím¹², což je v příkrém rozporu nejen s Listinou základních práv a svobod, ale i mezinárodními dokumenty zakotveným právem na svobodu sdružování.

V dosavadní praxi, pokud shledá ministerstvo (subjektivně), že má návrh na registraci vady, upozorní na ně přípravný výbor v zákonné lhůtě 5 dnů od doručení návrhu; shrne zjištěné nedostatky a vyzve jej k jejich odstranění, přičemž sdělí, že dokud tyto vady nebudou odstraněny, řízení o registraci nebude zahájeno (§ 7 odst. 2). I v případě, že registrační orgán vůbec nekoná, nepočíná (podle tohoto zjevně vadného výkladu) ani v ustanovení § 8 odst. 5 uvedená čtyřicetidenní lhůta, která má být ochranou proti nečinnosti ministerstva.

Tento postup by však de facto znamenal, že se proti postupu ministerstva nelze použít opravný prostředek, neboť de jure řízení neexistuje, což je zřejmě v rozporu se zásadou práva na přezkum nezávislým orgánem.

Nemá-li návrh vady, řízení je zahájeno dnem dojití bezvadného návrhu registračnímu orgánu. Odmítnout může registraci ministerstvo z důvodů taxativně stanovených v ustanovení § 8 zákona o sdružování občanů. Pro takové rozhodnutí je zákonem stanovena desetidenní lhůta a jedná o vadu neodstranitelnou. Jedná se o následující důvody:

¹¹ Viz odůvodnění NSS v rozhodnutí ze dne 29.3. 2006, sp. zn.1 Ans 8/2005-165

¹² blíže k tématu registrace občanských sdružení např. www.net.aid.cz, citováno 14. 10. 2008

a) pokud by šlo o sdružení v politické straně nebo hnutí, k výtěžné činnosti nebo zajištění řádného výkonu určitých povolání nebo v církvích a náboženských společnostech (§ 1 odst. 3),

b) stanovy spolku jsou v rozporu se zásadou, že nikdo nesmí být nucen ke spolčování, členství ve spolku ani k účasti na jejich činnosti; každý může svobodně ze spolku vystoupit a nikomu nesmí být občansky na újmu to, že se spolčuje (§ 3 odst. 1,2),

c) jde o nepovolený spolek, jež je citovaným zákonem zakázán (§ 4):

- jehož cílem je popírat nebo omezovat osobní, politická nebo jiná práva občanů pro jejich národnost, pohlaví, rasu, původ, politické nebo jiné smýšlení, náboženské vyznání a sociální postavení, rozněcovat nenávisť a nesnášenlivost z těchto důvodů, podporovat násilí, anebo jinak porušovat Ústavu České republiky a její zákony;

- sleduje dosahování svých cílů způsoby, které jsou v rozporu s ústavou a zákony;

- ozbrojený nebo s ozbrojenými složkami; za takový se nepovažují sdružení, jejichž členové drží nebo užívají střelné zbraně pro sportovní účely nebo k výkonu práva myslivosti.

d) spolek vykonává funkce státních orgánů nebo jakkoli se snaží je ovládat a ukládat povinnosti občanům, kteří nejsou jejich členy, pokud zvláštní zákon nestanoví jinak (§5).

Jestliže není zjištěn důvod pro odmítnutí, ministerstvo provede registraci v zákonné lhůtě 10 dnů od zahájení řízení. V této lhůtě zašle společnému zmocněnci přípravného výboru osvědčení o registraci a jedno vyhotovení stanov na němž vyznačí den registrace, Spolek vzniklý v souladu se zákonem stává právní osobou se všemi důsledky. Ministerstvo oznamuje vznik spolku Českému statistickému úřadu do 7 dnů po registraci.

Proti rozhodnutí o odmítnutí registrace Ministerstvem vnitra je možný opravný prostředek. Věcně příslušným k rozhodování je Nejvyšší soud, který zruší napadené rozhodnutí Ministerstva vnitra, jestliže nejsou dány důvody pro odmítnutí registrace. Den nabytím právní moci rozhodnutí o zrušení napadeného rozhodnutí je pak dnem registrace (tedy vzniku) spolku.

4. VZNIK SPOLKU JAKO PRÁVNICKÉ OSOBY - SHRUTÍ

Podle platné právní úpravy spolky vznikají, souladu s obecným občanskoprávní principem dvoufázovosti založení – vznik právnických osob, na základě těchto právních skutečností:

a) registrací Ministerstvem vnitra,

b) dnem právní moci rozhodnutí Nejvyššího soudu České republiky o zrušení rozhodnutí ministerstva o odmítnutí registrace,

c) 41.dnem, tedy dnem následujícím po dni, kdy dojde k marnému uplynutí zákonem stanovené lhůty 40 dnů, jejíž běh počíná od zahájení řízení dle § 8 odst. 5 zákona č. 83/1990 Sb., o sdružování občanů, v aktuálním znění.

Zvláštní úprava je dána pro vznik odborů a svazů zaměstnavatelů v § 9a odst. 1 ZSO, v souladu s mezinárodními úmluvami Mezinárodní organizace práce, kterými je Česká

republika vázána. Právníckými osobami se stávají dnem následujícím po doručení návrhu na jejich evidenci Ministerstvu vnitra.

5. POZNÁMKA K VHODNOSTI SVĚŘENÍ SPOLKOVÉ AGENDY MINISTERSTVU VNITRA A VEŘEJNOSTI SPOLKOVÉHO REJSTŘÍKU

V širším mezinárodním srovnání se jeví jako raritní, že je sdružovací agenda svěřena do pravomoci ústředního orgánu státní správy, který má ve své působnosti mimo jiné policejní složky, tajné služby apod. I důvodová zpráva k návrhu nového občanského zákoníku označuje registraci spolku ministerstvem vnitra za pozůstatek praxe policejního státu, která byla zavedena v někdejší habsburské monarchii v období bachovského absolutismu¹³.

Když byl v roce 1990 narychlo přijímán zákon o sdružování občanů, jako zdroj inspirace zjevně posloužil zákon č.134/1867 ř. z., o právě spolčovacím, který byl recepční normou přejet do předválečného československého právního řádu, několikrát novelizována, a platil až do roku 1951. Vzhledem k době, ve které tento právní předpis vznikl není překvapující, že jeho účelem byla snaha dostat jakékoli soukromé aktivity spolků pod policejní kontrolu, nikoli snaha o vymezení prostoru pro spolkovou autonomii či právo na svobodu sdružování.

V kontextu tradičních evropských demokracií takové řešení dále neudržitelné a je v zjevném rozporu nejen s výše uvedeným Doporučením Rady Evropy, ale i principy zakotvenými v mezinárodních dokumentech o lidských právech.

Do budoucna je rovněž zcela nezbytné, aby došlo k obnovení veřejně přístupného rejstříku spolků. V současné době totiž takový rejstřík neexistuje což je v přímém rozporu s zásadou ochrany práv třetích osob a právní jistoty vůbec.

Příkladem toho, že vedení rejstříku spolků má v naší zemi svou tradici, je tzv. spolkový katastr, který byl veden již v letech 1895 – 1945 např. pražským policejním ředitelstvím, v letech 1945 – 1949 Ředitelstvím národní bezpečnosti v Praze a po roce 1949 referátem (později odborem) pro vnitřní věci Ústředního národního výboru hlavního města Prahy. Byl zřízen velmi liberálním zákonem č. 134/1867 ř. z., o právě spolčovacím. Tento zákon poprvé sjednotil úpravu na území celého Československa (nahradil i staré uherské spolkové zákonodárství, jež byl určující na Slovenku), ale ke škodě věci zavedl též zcela jiný způsob evidence subjektů vznikajících podle tohoto zákona. Po roce 1951 již spolky nevznikaly, do katastru byly vpisovány pouze zániky spolků a v roce 1966 byla celá agenda uzavřena¹⁴.

6. VZNIK SPOLKU V NÁVRHU NOVÉHO OBČANSKÉHO ZÁKONÍKU

Návrh nového občanského zákoníku, ve znění publikovaném v květnu 2008,¹⁵ nahrazuje současný ne zcela vhodný registrační princip vzniku spolku mezinárodněprávně konformnějším principem volnosti vzniku. Bylo dosaženo obecné shody, že spolek by měl napříště vznikat již přijetím stanov (dle § 191 odst. 1 návrhu).

¹³ Viz důvodová zpráva k ustanovení § 183 - 191 návrhu nového občanského zákoníku, dostupné na www.justice.cz, citováno dne 17. 10. 2008

¹⁴ Blíže Lašťovka, M. a kol.: Pražské spolky, Scriptorium, Praha, 1998, str. 9 a násl.

¹⁵ Dostupné na www.justice.cz, citováno dne 14. 10. 2008

Na návrh statutárního orgánu spolku by pak měl být, podle ustanovení § 191 odst. 2 návrhu nového občanského zákoníku, proveden zápis spolku, na základě ohlášky, do nově zřízeného Spolkového rejstříku, který by měl být veden jako veřejný registr. Takový zápis by však měl jen deklaratorní účinky a význam především pro ochranu práv třetích osob.

Pro podání ohlášky je v návrhu stanovena pořádková lhůta šedesáti dnů. Pro motivaci členů přípravného výboru a případně statutárního orgánu k urychlenému ohlášení vzniku spolku bylo v návrhu konstruhováno¹⁶ jejich společné a nerozdílné ručení za závazky spolku vzniklé do jeho zápisu ve spolkovém rejstříku¹⁷.

7. ZÁVĚR

Závěrem lze shrnout, že proces registrace spolku v režimu zákona č. 83/1990 Sb., v aktuálním znění, o sdružování občanů, není optimální, neboť je s ním spojena celá řada problémů a nejasností. Vzhledem k výše uvedenému je patrné, že platná právní úprava není zcela v souladu s principy, které byly vytvořeny na základě rozsáhlého komparativního materiálu, a doporučeny Radou Evropy pro postoj státní správy k nevládním neziskovým organizacím, jejich existenci a fungování.

V souvislosti se vznikem spolku lze vyzorovat tendence, které se odrazily, mimo jiné, v návrhu nového občanského zákoníku, co se týče posunu od registračního k principu volnosti vzniku, čímž se naše právní úprava vzniku spolku přibližuje evropským standardům.

Domnívám se však, že by se nevyhovující stav měl změnit s okamžitou platností, nejlépe novelizací stávajícího zákona o sdružování občanů, zejména, co se týče zřízení veřejně přístupného rejstříku spolků (občanských sdružení), a dále pak změnou metodiky ministerstva vnitra v souladu s výše uvedenými principy.

Literatura:

- Lašťovka, M. a kol.: Pražské spolky 1895 -1990, Praha, Scriptorium, 1998, ISBN 80-902151-9-X
- Telec, I.: Spolkové právo, Praha, C.H. Beck, 1998, 254 s., ISBN 80-7179-194-6
- Ronovská, K.: Soukromoprávní aspekty nadačního a spolkového práva v Čechách, ve Švýcarsku a v Nizozemí, Brno, Masarykova Univerzita, 2004, 255 s. ISBN 80-210-3453-X

Kontaktní údaje na autora – email:

Katerina.Ronovska@law.muni.cz

¹⁶ Podobně jako např. v nizozemském občanském zákoníku § 30 odst. 2 Knihy 2 BW

¹⁷ Viz § 191 odst. 3 návrhu, viz www.justice.cz, citováno dne 14. 10. 2008

PROHLÁŠENÍ ZMOCNĚNCE O AKCEPTACI PLNÉ MOCI?

LENKA ŘEHULOVÁ

Právnická fakulta Masarykovy univerzity, Česká republika

Abstrakt v rodném jazyce

Níže uvedený příspěvek se zabývá problematickou otázkou, zda je správná praxe českých soudů, které vyžadují, aby plná moc k zastupování v civilním soudním řízení zahrnovala i prohlášení zmocněnce o její akceptaci. Za tímto účelem je provedena detailní analýza právní úpravy institutu plné moci z pohledu občanského práva hmotného a procesního, a to po stránce teoretické i praktické s využitím soudní judikatury.

Klíčová slova v rodném jazyce

Zmocnitel, zmocněnec, plná moc, dohoda o plné moci, prohlášení zmocněnce o akceptaci plné moci, jednostranný a dvoustranný právní úkon, zastupování v civilním soudním řízení, občanské právo hmotné, občanské právo procesní.

Abstract

The under-mentioned paper is dealing with the debatable question whether it is proper procedure of the Czech courts to require the mandatory's statement of acceptance of full powers as its obligatory part for representation in a civil proceeding. For this purpose the detailed analysis of legal regulation of full powers is made in terms of civil substantive law and law of civil procedure. Both the theory of civil law and the civil judicature are purposefully researched.

Key words

A mandator, a mandatory, full powers, the contract of mandate, the mandatory's statement of acceptance of full powers, unilateral and bilateral legal act, representation in a civil proceeding, civil substantive law, law of civil procedure.

1. ÚVODEM

Nepoužívá-li zmocněnec tradičně upravené a po dlouhá léta nedotčené formuláře plných mocí, které obsahují i prohlášení zmocněnce o přijetí plné moci, je dosti pravděpodobné, že se bude u případného občanskoprávního soudního řízení potýkat s požadavkem soudu, aby plná moc rovněž zahrnovala podepsané prohlášení zmocněnce o tom, že plnou moc přijímá. Jde o povinnou náležitost plné moci jako předpoklad její bezvadnosti a má takovýto postup soudů oporu v hmotněprávní či procesně právní úpravě problematiky plné moci? Soudní úředníci i mnozí soudci soudů všech stupňů Vám odpoví zcela určitě kladně. Existuje však druhá skupina respondentů, mezi něž patří především advokáti, kteří se s daným názorem vůbec neztotožňují.

2. PROCESNĚPRÁVNÍ ÚPRAVA PLNÉ MOCI K ZASTUPOVÁNÍ V CIVILNÍM SOUDNÍM ŘÍZENÍ

Zastupování účastníků civilního řízení na základě plné moci jsou věnována ustanovení §24 až §28a zákona č. 99/1963 Sb., občanský soudní řád ve znění pozdějších předpisů (dále jen jako „OSŘ“). Plná moc k zastupování v civilním soudním řízení je chápána jako procesní úkon

účastníka řízení adresovaný soudu a představující účastníkův projev vůle být v daném řízení zastoupen od něj odlišnou osobou¹. Dané procesní zastoupení pak předpokládá dohodu mezi zastoupeným a jeho zástupcem a plnou moc jako takovou, na podkladě nichž vzniká vztah mezi zmocněncem a zmocnitelem na jedné straně a procesní vztah mezi nimi a soudem na straně druhé.

Dle ustanovení §28 OSŘ může účastník zmocněnci udělit plnou moc pro celé řízení – procesní plnou moc anebo plnou moc pouze pro určité procesní úkony - prostou plnou moc². Takovou plnou moc lze udělit zástupci písemně nebo ústně do protokolu u příslušného soudu. Občanský soudní řád jako procesněprávní předpis neupravuje nikterak podstatné náležitosti plné moci, pouze v ustanovení §28 odst. 4 hovoří o tom, že podpisy na písemné plné moci musí být úředně ověřeny, stanoví-li tak zákon nebo rozhodne-li tak předseda senátu. Jeden z hlavních komentářů k občanskému soudnímu řádu však přesto jakoby navíc ve výkladu k ustanovení §28 uvádí, že *z listiny (z protokolu) musí být rovněž zřejmé, že zmocněnec plnou moc přijal*³, ač pro dané tvrzení nenajdeme odpovídající ustanovení v zákoně. Tuto skutečnost více předmětný komentář neobjasňuje, pouze konstatuje, že při posuzování, zda písemná plná moc nebo ústní prohlášení účastníka o udělení plné moci, mají potřebné náležitosti, je třeba vzít především v úvahu, zda spolehlivě prokazují oprávnění označeného zástupce – zmocněnce jednat za účastníka řízení. Smyslem těchto procesních úkonů je nikoliv založit právní vztah zastoupení, ale prokázat soudu již udělenou plnou moc⁴. Z výše uvedeného je možno dovozovat, že soudy v otázce požadavku přijetí plné moci zmocněncem mohou vycházet z doslovného znění ustanovení §28 odst. 4, kde slovem „podpisy“ lze chápat nejen podpis zmocnitele, ale i zmocněnce a současně také mohou aplikovat interpretaci obsaženou ve shora uvedeném komentáři k OSŘ. Tyto případné argumenty soudu(ů) při dalším výkladu a analýze povahy plné moci jako právního úkonu z hmotněprávního hlediska neobstojí.

Vzhledem k tomu, že procesněprávní úprava institutu plné moci vykazuje neúplnost, je nezbytným pomocníkem při dalším rozboru z důvodu odvětvové blízkosti hmotněprávní úprava (občanskoprávní) plné moci zakotvená v zákoně č. 40/1964 Sb., občanský zákoník, ve znění pozdějších předpisů (dále jen jako „ObčZ“).

3. HMOTNĚPRÁVNÍ ÚPRAVA PLNÉ MOCI A DOHODY O PLNÉ MOCI

3.1 DOHODA O PLNÉ MOCI

Jak již bylo shora uvedeno, vznik procesního zastoupení na základě plné moci předpokládá dohodu o zastoupení mezi zastoupeným a jeho zástupcem (tzv. dohodu o plné moci – v praxi např. smlouva o právní pomoci, smlouva příkazní, mandátní, o obstarání věci, nebo smlouva zprostředkovatelská). Jde o dvoustranný právní úkon, který nemá zákonem stanovené podstatné náležitosti; vymezuje práva a povinnosti stran při zastupování zmocnitele zmocněncem. Obsah tohoto úkonu nemá v zásadě vliv na jednání zmocněnce jménem

¹ K pojmu procesní úkon více viz Winterová, A. a kolektiv: Civilní právo procesní. Praha: Linde Praha, a.s., 2004, s. 188 a násl.

² K charakteristice procesní a prosté plné moci srov. např. Winterová, A. a kolektiv: Civilní právo procesní. Praha: Linde Praha, a.s., 2004, s.156-157 anebo Stavínková, J., Hlavsa P.: Civilní proces a organizace soudnictví. Brno: Masarykova univerzita, 2003, s. 242-243.

³ Bureš, J., Drápal, L., Krčmář, Z., Mazanec, M.: Občanský soudní řád. Komentář. I. díl. 7. vydání. Praha: C.H.Beck,2006, s. 116.

⁴ Tamtéž.

zmocnitele vůči třetím osobám. Rozsah oprávnění zmocněnce k jednání jménem zmocnitele ve vztahu k třetím osobám je závislý výlučně jen na obsahu plné moci, ostatně jak stanoveno v ustanovení §31 a následujících ObčZ. Na základě dohody o plné moci by pak měla být plná moc udělena, ale zároveň jako samostatný právní úkon je na ní nezávislá. V rámci civilního soudního řízení není soud bez dalšího povinen ani oprávněn zkoumat obsah dohody o plné moci a jediným relevantním dokladem prokazujícím zastoupení účastníka jinou osobou by měla být plná moc.

3.2 OBČANSKOPRÁVNÍ PLNÁ MOC

Hmotněprávní úpravu zastoupení na základě plné moci najdeme v ustanovení §31 až §33b ObčZ. Ustanovení §31 ObčZ hovoří o možnosti nechat se při právním úkonu zastoupit fyzickou nebo právnickou osobou. Za tímto účelem zmocnitel udělí plnou moc zmocněnci, v níž musí být uveden rozsah zmocněncova oprávnění⁵. Občanskoprávní plná moc je tedy právním úkonem, jímž zmocnitel vůči třetí osobě prohlašuje, že zmocněnec je oprávněn jej v určitém rozsahu zastupovat^{6,7}. Plná moc nezakládá, nýbrž osvědčuje existenci právního zastoupení. Vnitřní vztahy mezi zmocněncem a zmocnitelem upravuje již zmíněná dohoda o plné moci. Ke vzniku řádného zastoupení tedy občanský zákoník vyžaduje existenci dvou právních skutečností, a to dohodu o plné moci a plnou moc samotnou.

Rozlišujeme plnou moc obecnou (generální) a zvláštní (speciální). Generální plná moc opravňuje zástupce k zastupování při všech právních úkonech s výjimkou těch, které vyžadují zvláštní plnou moc⁸. Speciální plná moc naopak opravňuje zástupce pouze k jednotlivému právnímu úkonu nebo k některým právním úkonům určitého druhu uvedeným v plné moci. Obecně řečeno plná moc je právním úkonem neformálním a její forma není předepsána. Plná moc může být proto udělena jak písemně, tak ústně, případně i jiným způsobem, který nevzbuzuje pochybnosti o tom, že byla plná moc udělena. To však platí pouze tehdy, jestliže se plná moc týká pouze určitého úkonu a pro tento úkon není předepsána písemná forma. Pokud však je třeba, aby byl právní úkon, který je předmětem zastoupení učiněn v písemné formě, tj. písemná forma právního úkonu je předepsána zákonem nebo je stanovena dohodou účastníků, musí být také plná moc udělena písemně. Písemně musí být plná moc udělena i tehdy, netýká-li se jen určitého právního úkonu⁹. Jde-li o obsahové náležitosti plné moci, zákon výslovně zmiňuje pouze jedinou, a to vymezení rozsahu zmocněncova oprávnění, což byť jinými slovy je uvedeno i v ustanovení §28 odst. 1 OSŘ. Ohledně ostatních podstatných náležitostí občanskoprávní plné moci je nutné vycházet z obecných náležitostí právního úkonu. Plná moc by tak měla být určitá a srozumitelná a měla by být učiněna svobodně a

⁵ Rozsudek Vrchního soudu v Praze ze dne 7. 11. 1997, sp. zn. 11Cmo 245/97: „Pro vymezení rozsahu oprávnění zmocněnce jednat za zmocnitele je rozhodující rozsah uvedený v plné moci, neboť tím se třetím osobám dává tento rozsah najevo; proto není rozhodující rozsah zmocnění uvedený v dohodě o plné moci ...“

⁶ Jehlička, O., Švestka, J., Škárová, M. a kol.: Občanský zákoník. Komentář. 10. vydání, Praha: C.H. Beck, 2006, s. 208.

⁷ Případné omezení rozsahu zástupce (zmocněnce) jednat za zastoupeného (zmocnitele) musí být v plné moci výslovně uvedeno, jinak nemá vůči třetím osobám žádné právní účinky (princip ochrany dobré víry třetích osob).

⁸ Např. §463 odst. 2 ObčZ (odmítnutí dědictví) nebo §9 odst. 1 zákona č. 94/1963 Sb., o rodině v platném znění (prohlášení jednoho ze snoubenců, že vstupuje do manželství, učiněné prostřednictvím zástupce).

⁹ §31 odst. 4 ObčZ.

vážně¹⁰. V plné moci musí být jednoznačně identifikována osoba zmocnitele a zmocněnce, vymezen rozsah zmocněncova oprávnění a uveden podpis zmocnitele. Plná moc se stává účinnou předáním zmocněnci. Na tomto místě nelze než konstatovat, že výše uvedené poznatky platí bez rozdílu i pro plnou moc pro zastupování v civilním soudním řízení. Pokud se jedná o svobodu a vážnost jako náležitosti vůle zmocnitele, pak v civilním soudním řízení patrně nehrají ve vztahu k uplatnění teorie projevu podstatnou roli.

3.2.1 OBČANSKOPRÁVNÍ PLNÁ MOC – JEDNOSTRANNÝ NEBO DVOUSTRANNÝ PRÁVNÍ ÚKON?

Jak již bylo výše uvedeno plná moc je projev vůle zmocnitele učiněný navenek a adresovaný třetím osobám, kterým zmocnitel dává na vědomí, že určitá osoba jako zástupce (zmocněnec) je oprávněna jej v uvedeném rozsahu zastupovat. Jedná se tedy pouze o právní úkon zmocnitele nikoliv i zmocněnce, tj. právní úkon jednostranný. Tentýž právní názor v několika rozhodnutích zastává i soudní praxe¹¹. Usnesení Nejvyššího soudu ČR, sp. zn. **26 Cdo 643/2002** ze dne 12. června 2003 přímo v odůvodnění uvádí: „*Pokud odvolatelé namítají, že v plné moci udělené prvním žalovaným není obsažen projev vůle obecného zmocněnce v tom smyslu, že uvedené zmocnění přijímá, je třeba poukázat na to, že plná moc je jednostranným právním úkonem, a je nutno ji odlišovat od dohody o zastoupení jakožto úkonu dvoustranného, pro který není předepsána písemná forma*“. Rovněž i Ústavní soud ČR ve svých nálezech¹² konstatuje, že plná moc je na rozdíl od dohody o plné moci jednostranným právním úkonem a navenek již jen osvědčuje, že dohoda o plné moci byla uzavřena. Česká občanskoprávní teorie¹³ taktéž považuje za nesporné, že jde o jednostranný právní úkon zmocnitele. Jestliže plnou moc chápeme jako jednostranný právní úkon zmocnitele je pak požadavek prohlášení o přijetí plné moci zmocněncem zcela nelogický a iracionální.

4. ZÁVĚREČNÉ SHRNUÍ

Na základě shora uvedeného neexistuje žádný pádný důvod k tomu, abychom činili rozdíl mezi povahou plné moci pro zastupování v civilním soudním řízení a povahou plné moci občanskoprávní. Skutečnosti popsané v kapitole věnované občanskoprávní plné moci jsou nepochybně aplikovatelné i pro plnou moc určenou k zastupování v civilním soudním řízení.

Ačkoliv o tom zákon nehovoří, je obecně k zastupování dle plné moci třeba tzv. dohody o plné moci, na podkladě níž vzniká vztah zmocnění mezi zmocněncem a zmocnitelem. Tento vztah může mít různou podobu závazkové smlouvy. Teprve následně v návaznosti na existenci dohody o plné moci, uděluje zmocnitel zmocněnci onu plnou moc. Plná moc k zastupování v civilním soudním řízení pak je jednostranný právní úkon zmocnitele jako účastníka řízení určený soudem, který je průkazem existence zastoupení účastníka jinou fyzickou osobou. Plná moc bývá někdy obsažena v téže listině jako dohoda o zmocnění, jde

¹⁰ Rozsudek Nejvyššího soudu ČR ze dne 20. 12. 1995, sp. zn. Odon 28/95: „Písemná plná moc má předepsané náležitosti, je-li v ní obsažen projev vůle zmocnitele splňující požadavky § 37 občanského zákoníku a je-li zmocnitel vlastoručně podepsán.“

¹¹ Kromě v textu uvedených rozhodnutí, se dále jedná např. o usnesení Nejvyššího soudu ČR ze dne 21. 11. 2002, sp. zn. **7 Tdo 927/2002** anebo také usnesení totožného soudu ze dne 7. 4. 2005. sp. zn. **26 Cdo 1766/2004**.

¹² Nález Ústavního soudu ČR ze dne 4. 9. 1994, sp. zn. **IV. ÚS 43/94** a nález Ústavního soudu ČR ze dne 30. 1. 2003. sp. zn. **I. ÚS 433/01**.

¹³ Např. **Knappová, M., Švestka, J. a kol.:** Občanské právo hmotné. Svazek 1., 3. vydání. Praha: ASPI, 2002, s. 200 nebo také op. cit. sub. 6, s. 208.

však o úkon, který má jiný cíl – prokázat existenci vztahu zastoupení. Udělení plné moci je jen jednostranným úkonem, k němuž není třeba součinnosti zmocněnce. Zmocněnci udělením plné moci vzniká jen právo jednat za zmocnitele, nikoliv povinnost jednat¹⁴.

Velmi často však dochází ke směřování obou pojmů – tedy dohody o plné moci a plné moci jako nesamostatného právního úkonu, což pak může vyvolávat dojem, že plná moc je dvoustranným právním úkonem, ač tomu tak ve skutečnosti není. Dalším důvodem vzniku pochybností může být snaha soudu o doslovný výklad ustanovení §28 odst. 4 OSŘ („podpisy“ na písemné plné moci) a rovněž úsilí soudu o získání jistoty, že zmocněnec je s udělenou plnou mocí skutečně srozuměn¹⁵. Od těchto úvah, které by vedly zpět k již dávno překonaným názorům ztotožňujícím plnou moc s dohodou o plné moci¹⁶, je třeba se oprostit a vycházet ze skutečností stanovených zákonem a občanskoprávní teorií.

Závěrem nutno konstatovat, že požadavek soudů na to, aby plná moc k zastupování v civilním soudním řízení zahrnovala i prohlášení zmocněnce o přijetí plné moci, je racionálně neopodstatněný, nemající oporu v platné právní úpravě ani v logice.

Literatura:

Monografie

- Bureš, J., Drápal, L., Krčmář, Z., Mazanec, M.: Občanský soudní řád. Komentář. I. díl. 7. vydání. Praha: C.H.Beck, 2006, s. 1042, ISBN 80-7179-378-7
- Knappová, M., Švestka, J. a kol.: Občanské právo hmotné. Svazek 1., 3. vydání. Praha: ASPI, 2002 s. 471, ISBN 80-86395-28-6
- Stavinohová, J., Hlavsa P.: Civilní proces a organizace soudnictví. Brno: Masarykova univerzita, 2003, s. 660, ISBN 80-210-3271-5
- Švestka, J., Jehlička, O., Škárová, M., Spáčil, J. a kol.: Občanský zákoník. Komentář. 10. vydání, Praha: C.H. Beck, 2006, s. 1465, ISBN 80-7179-486-4
- Winterová, A. a kolektiv: Civilní právo procesní. Praha: Linde Praha, a.s., 2004, s. 691, ISBN 80-7201-464-1

Odborné články

- Kvasnica, M., Hrbek, J.: Ohlasy k otázce přijetí plné moci zmocněncem. Bulletin advokacie, 2005, č. 7-8, s. 62-63, ISSN 1210-6348

¹⁴ **Spáčil, J.:** Poznámky k problematice zastoupení na základě plné moci. Právo a podnikání, 1996, č. 1, s. 9.

¹⁵ Nelze totiž na druhou stranu vyloučit případ, kdy účastník civilního soudního řízení udělí plnou moc zmocněnci, aniž by o tom zmocněnce informoval. Daný stav však lze zhojit procesním prostředkem v ustanovení §43 OSŘ.

¹⁶ Názor, že akceptace plné moci zmocněncem je povinnou náležitostí plné moci lze do jisté míry patrně dovozovat z právní úpravy obsažené v **Císařském patentu č. 946/1811 Sb. z. s.**, obecný zákoník občanský z hlavy dvacáté druhé, ustanovení §1002 a násl.

- Nedělka, M., Říha, P.: Prohlášení zmocněnce o přijetí plné moci – její povinná náležitost? Právní rozhledy, 2005, č. 4, s. 139-141, ISSN 1210-6410
- Spáčil, J.: Poznámky k problematice zastoupení na základě plné moci. Právo a podnikání, 1996, č. 1, s. 7-11, ISSN 1211-1120

Soudní rozhodnutí

- Nález Ústavního soudu ČR ze dne 4. 9. 1994, sp. zn. IV. ÚS 43/94
- Rozsudek Nejvyššího soudu ČR ze dne 20. 12. 1995, sp. zn. Odon 28/95
- Rozsudek Vrchního soudu v Praze ze dne 7. 11. 1997, sp. zn. 11Cmo 245/97
- Usnesení Nejvyššího soudu ČR ze dne 21. 11. 2002, sp. zn. 7 Tdo 927/2002
- Nález Ústavního soudu ČR ze dne 30. 1. 2003, sp. zn. I. ÚS 433/01
- Usnesení Nejvyššího soudu ČR ze dne 12. 6. 2003, sp. zn. 26 Cdo 643/2002
- Usnesení Nejvyššího soudu ČR ze dne 7. 4. 2005. sp. zn. 26 Cdo 1766/2004

Právní předpisy

- Císařský patent č. 946/1811 Sb. z. s., obecný zákoník občanský
- Zákon č. 40/1964 Sb., občanský zákoník, ve znění pozdějších předpisů
- Zákon č. 99/1963 Sb., občanský soudní řád, ve znění pozdějších předpisů

Online zdroje

- Ústavní soud České republiky [online]: Dostupný z WWW <http://www.concourt.cz>
- Nejvyšší soud České Republiky [online]: Dostupný z WWW <http://www.nsoud.cz>
- SALVIA: Informační systém pro advokátní kanceláře [online]: Dostupný z WWW <http://www.salvia.gurkol.net>
- NALUS: Vyhledávání rozhodnutí Ústavního soudu [online]: Dostupný z WWW <http://nalus.usoud.cz>

Kontaktní údaje na autora – email:

mgr.lenka.rehulova@seznam.cz

PŘÍSLUŠNOST SOUDU VE VĚCI SAMÉ PO ZAMÍTNUTÍ NÁVRHU NA NÁVRAT DÍTĚTE VE VĚCI MEZINÁRODNÍCH ÚNOSŮ DĚTÍ

PETR SEDLÁK

Právnická fakulta Masarykovy univerzity, Česká republika

Abstrakt v rodném jazyce

V souvislosti s řízením ve věci nařízení návratu nezl. A.S. byl ke styčnému soudci ČR vznesen dotaz na příslušnost soudu ve věci výchovy po zamítnutí žaloby na návrat nezletilého do místa obvyklého pobytu. Vzhledem k novele občanského soudního řádu a zvýšení zájmu o spory ve věcech mezinárodních únosů dětí je vhodné se touto otázkou zabývat v širších souvislostech a nikoli jen ve vztahu ke konkrétní kauze a zejména odpovědět otázku aplikace nařízení ES 2201/2003.

Klíčová slova v rodném jazyce

Návrat dítěte, příslušnost soudu, mezinárodní únosy dětí.

Abstract

Within the context of proceeding in case of ordering the return of minor A.S. was raised a query to the Czech liaison judge related to jurisdiction of court in custody case after the dismissal of an action to the return of minor child to the place of habitual residence. With regard to amendment of Civil Procedure Act and increasing of interest about the international child abduction cases is it useful to deal with this question in wider context and not only relating to the specific case and especially answer the question of application of Council Regulation No 2201/2003.

Key words

Return of child, jurisdiction of court, international child abduction.

Text příspěvku

V souvislosti s již českými soudy opakovaně řešeným případem nezl. A.S. vyvstala otázka, který soud má být příslušný pro řízení ve věci výchovy po té, co nebyl soudem dožádaného státu nařízen návrat dítěte do místa obvyklého bydliště před protiprávním přemístěním, zadržením, dítěte.

Právní úprava této problematiky je velmi komplikovaně řešena řadou právních předpisů, z nichž na národní úrovni je třeba uvést jednak úpravu obsaženou v zákoně č. 99/1963 Sb. občanském soudním řádu (dále jen o.s.ř.) a dále kolizní úpravu obsaženou v zákoně č. 97/1963 Sb., o mezinárodním právu soukromém a procesním (dále jen ZMPS). Na úrovni mezinárodních předpisů je nutné jmenovat dvě haagské úmluvy, a to úmluvu o občanskoprávních aspektech mezinárodních únosů dětí, která byla pro ČR vyhlášena sdělením č. 34/1998 Sb. (dále jen HU28) a úmluvu o pravomoci orgánů, použitelném právu, uznávání a výkonu rozhodnutí a spolupráci ve věcech rodičovské zodpovědnosti a opatření k ochraně dětí, která byla pro ČR vyhlášena sdělením č. 141/2001 Sb.m.s. (dále jen HU34). Nelze ani opomenout možnost stanovení pravomoci soudů ve dvoustranných smlouvách o právní pomoci v civilních věcech. Třetí úroveň je úprava Evropských společenství, která je v dané oblasti reprezentována nařízením Rady ES č. 2203/2001, o příslušnosti a uznávání a výkonu rozhodnutí ve věcech manželských a ve věcech rodičovské zodpovědnosti a o zrušení nařízení (ES) č. 1347/2000 (dále jen Brusel II. bis).

Ač není rozhodnutí soudu ve věci nařízení návratu protiprávně přemístěného, zadržného, dítěte do státu původního obvyklého pobytu hlavním předmětem tohoto textu, je nutné vymezit možnosti, jak může v takovém řízení civilní soud rozhodnout. V zásadě přichází do úvahy tři varianty meritorního rozhodnutí v řízení o návratu dítěte.

V situaci, kdy soud dospěje k závěru, že přemístění dítěte/zadržení dítěte nebylo protiprávní, návrh na návrat dítěte zamítne jako nedůvodný. V dalším případě může nastat situace, kdy soud dospěje k závěru, že přemístění dítěte/zadržení dítěte bylo protiprávní a soud nařídí návrat. Poslední možností je, že soud dospěje k závěru, že přemístění/zadržení dítěte bylo protiprávní, avšak soud návrat s ohledem na okolnosti případu návrat dítěte nenařídí.

Ještě před shrnutím pravidel pro určení příslušnosti soudu pro řízení o výchově je třeba konstatovat, že jako nutnou podmínku řízení bude zkoumat soud svoji příslušnost v řízení o výchově. Nejsou tedy na místě závěry soudu o příslušnosti soudu ve věci výchovy v rozsudku, kterým je rozhodována otázka navrácení dítěte do místa obvyklého pobytu.

Zásadně je třeba k důslednému rozlišování řízení ve věci návratu dítěte a řízení ve věci výchovy přistoupit nyní v situaci, kdy řízení o návrat je koncipováno jako samostatně upravené řízení dle o.s.ř. (ust. § 193a an.). Navíc soud takovým vyjádřením by zcela zásadním způsobem zasahoval do dispozičního oprávnění účastníka, neboť místo podání žaloby, resp. úvaha o sudišti je plně v dispozici účastníka a úkolem soudu je teprve v rámci řízení splnění procesní podmínky přezkoumat a rozhodnout o ní zákonem předepsaným způsobem.

Určení pravomoci dle ustanovení ZMPS

Pokud budeme vycházet při určování pravomoci soudu z českého ZMPS, dojdeme k použití ust. § 39 odst. 1 ZMPS¹, ve kterém je zakotvena pravomoc českých soudů ve vztahu k českým státním občanům. Tato úprava by neměla činit žádné aplikační problémy.

Ust. § 39 odst. 3 ZMPS² zakotvuje pravomoc českých soudů ve vztahu k cizím státním příslušníkům. V případech, kdy je dítě přemístováno do ČR, je pravděpodobné, že bude českým státním občanem, tudíž lze očekávat, že pravomoc dle ust. odst. 3 nebude obvykle využívána. Pro ostatní případy může toto ustanovení být problematické, neboť pravomoc českých soudů je založena pouze jako subsidiární.

Navrhovaná rekodifikace zákona o mezinárodním právu soukromém a procesním, která následuje návrh rekodifikace občanského zákoníku, již jako základní kritérium pro určení příslušnosti soudu používá kritérium „obvyklého pobytu“.

Určení pravomoci dle Haagských úmluv

Ač samotná HU28 se určením pravomoci nezabývá, je nutné akcentovat ust. čl. 16 této úmluvy³. Z daného ustanovení vyplývá, že řízení o návrat dle HU28 je možno definovat jako

¹ Ust. § 39 odst. 1 věta první ZMPS: Ve věcech výchovy a výživy nezletilých a v jiných věcech jich se týkajících, jsou-li československými občany, je dána pravomoc československých soudů i tehdy, žijí-li v cizině.

² Ve věcech nezletilých cizinců žijících na území Československé socialistické republiky učiní československý soud jen opatření nutná k ochraně jejich osob a majetku a vyrozumí o tom orgán jejich domovského státu. Kdyby orgán domovského státu poměry nezletilého v přiměřené době neupravil, učiní tak československý soud

³ srov. - po obdržení oznámení o protiprávním přemístění nebo zadržení dítěte podle článku 3 soudní nebo správní orgány smluvního státu, do něhož bylo dítě přemístěno nebo v němž bylo zadrženo, nemohou věcně

předběžnou otázku *sui generis*, když tento závěr dovozují z důsledků návrhu na navrácení dítěte dle čl. 16 HU28. Rozhodování o výchově je vyloučeno, resp. vedené řízení musí být přerušeno, po dobu od oznámení protiprávního přemístění do rozhodnutí dle HU28, resp. do uplynutí přiměřené doby od doručení oznámení⁴. Z takto formulovaného ustanovení (rozuměj z díkce: ...soudní nebo správní orgány smluvního státu, do něhož bylo dítě přemístěno nebo v němž bylo zadrženo, nemohou věcně rozhodovat o právu péče o dítě, dokud...), sice nikoliv výslovně, nicméně dostatečně určitě vyplývá, že soudy státu, kam bylo dítě přemístěno o výchově rozhodnout mohou, a to za podmínky, že:

- 1) bylo rozhodnuto příslušným orgánem, že dítě nemá být navraceno
- 2) nebyl podán návrh na navrácení dítěte v přiměřené lhůtě.

Pro ČR je platná a účinná i HU34, která je však v současnosti účinná pouze ve 14 zemích⁵. Dle ust. čl. 7 odst. 1 zůstávají v případě protiprávního přemístění nebo zadržení dítěte zachovány pravomoci orgánů smluvního státu, ve kterém dítě mělo obvyklé bydliště bezprostředně před přemístěním nebo zadržením, až do té doby, než dojde ke společnému splnění následující podmínky pod bodem 1 a alespoň jedné z podmínek pod bodem 2:

1) dítě získá obvyklé bydliště v jiném státě, a

2a) osoba, instituce nebo jiný orgán mající právo péče souhlasily s přemístěním nebo zadržením, nebo

2b) bydlelo-li dítě v jiném státě nejméně po dobu jednoho roku poté co osoba, instituce nebo jiný orgán, které mají právo péče, znaly nebo musely znát místo pobytu dítěte, nevznesly požadavek na navrácení během tohoto období a dítě se sžilo se svým novým prostředím.

Podle odst. 3 téhož ustanovení, pokud dojde k situaci, že si orgány uvedené v odstavci 1 zachovávají své pravomoci, orgány smluvního státu, do kterého bylo dítě přemístěno anebo ve kterém bylo zadrženo, mohou přijímat pouze taková naléhavá opatření, která jsou nutná pro ochranu osoby nebo majetku dítěte.

Pro své účely uvedená úmluva v odst. 2 citovaného ustanovení definuje protiprávní přemístění a zadržení. Nicméně v případě této úmluvy může dojít dle následujících článků k přesunutí pravomoci na soudní orgány druhého státu.⁶

rozhodovat o právu péče o dítě, dokud nebude rozhodnuto, že dítě nemá být podle této úmluvy vráceno, nebo nebude-li podán návrh podle této úmluvy v přiměřené lhůtě po obdržení oznámení.

⁴ srov. důvodovou zprávu prof. Elise Pérez-Vera k čl.16 úmluvy, bod 121, první odstavec (publikováno na: http://www.hcch.net/index_en.php?act=conventions.publications&dtid=3&cid=24)

⁵ http://www.hcch.net/index_en.php?act=conventions.status&cid=70

⁶ Z důvodové zprávy Paula Lagarda z roku 1998 k čl. 7 úmluvy (publikované na http://www.hcch.net/index_en.php?act=publications.details&pid=2943&dtid=3) str. 557, bod 46, druhý odstavec lze citovat: „Výchozí myšlenkou je, že osoba, která se dopustí protiprávního přemístění, by neměla být schopna získat jako výhodu tohoto činu to, že změní ve svůj prospěch pravomoc orgánu oprávněného přijmout opatření k ochraně osoby nebo majetku dítěte. Ale, na druhou stranu, protiprávní přemístění, jestliže přetrvá, je skutečností, která nemůže být ignorována do takové míry, že zbaví orgány nového státu, který se stal novým obvyklým bydlištěm dítěte, pravomoci ve věcech ochrany.“

Určení pravomoci dle Brusel II. bis

Brusel II. bis je v otázkách souvisejících s mezinárodními únosy stěžejním dokumentem Evropských společenství. Svým záběrem se dotýká jak samotných mezinárodních únosů, tak zejména určení příslušnosti soudů ve věcech výchovy a výživy (pokud v rámci tohoto textu záměrně pomíjím uznání a výkon rozhodnutí).

Samotná pravidla pro určení příslušnosti dle Bruselu II. bis ve věcech rodičovské zodpovědnosti v situaci mezinárodního únosu dle nařízení lze rozdělit do tří kategorií. Jednak obecné pravidlo dle čl. 8 odst. 1, vycházející z příslušnosti soudů státu obvyklého bydliště dítěte v době podání žaloby.

Dále pak speciální pravidlo pro zachování příslušnosti dle ust. čl. 10. Příslušnost soudu státu původního obvyklého bydliště dle nařízení zůstává zachována po dobu, kterou nařízení váže na splnění následujících podmínek.

První podmínkou, která musí být splněna vždy, je získání obvyklého bydliště v jiném členském státě.

Vedle toho musí být splněna i jedna z dalších podmínek, a to buď podmínka souhlasu nositele práva péče nebo podmínka marného uplynutí doby jednoho roku od okamžiku, kdy se osoba, které svědčí právo péče, o místě bydliště dítěte dozvěděla nebo měla dozvědět. Podmínka marného uplynutí doby je však dále navázána na skutečnost, že si dítě v novém prostředí zvyklo a došlo k naplnění alespoň jedné z násl. podmínek:

- a) nositel práva péče nepodal žádost o navrácení dítěte u příslušných orgánů členského státu, kam bylo dítě odebráno nebo kde je zadržováno v dotčené lhůtě jednoho roku;
- b) žádost o navrácení dítěte podaná nositelem práva péče o dítě byla vzata zpět a ve lhůtě stanovené v bodě a) nebyla podána nová žádost;
- c) věc projednávaná u soudu v členském státě, ve kterém mělo dítě obvyklé bydliště bezprostředně před svým neoprávněným odebráním nebo zadržením, byla uzavřena podle čl. 11 odst. 7;
- d) soudy členského státu, ve kterém mělo dítě obvyklé bydliště bezprostředně před neoprávněným odebráním nebo zadržením, vydaly rozhodnutí o právu péče o dítě, které neobsahuje navrácení dítěte.

Závěrem se ve věci únosů dotýká příslušnosti soudu k rozhodnutí o výchově i ust. čl. 11 odst. 7, dle kterého v případě, že před soudy v členském státě původního obvyklého bydliště, nebylo řízení jednou ze stran zahájeno, musí soud nebo ústřední orgán, který obdrží hlášení o rozhodnutí o nenavrácení na základě článku 13 Haagské úmluvy z roku 1980, informace takto získané oznámit stranám a vyzvat je, aby v souladu s vnitrostátním právem do tří měsíců od tohoto oznámení doručily svá podání soudu, aby soud mohl prošetřit otázku práva péče o dítě. Aniž jsou dotčena pravidla pro soudní příslušnost uvedená v tomto nařízení, soud věc uzavře, pokud v dané lhůtě neobdrží žádné podání.

Závěrem

Ve věci příslušnosti je vždy třeba zkoumat účast dotčených států na mezinárodních dokumentech. Zjednodušeně řečeno je tedy třeba na otázku příslušnosti sestupně aplikovat test, který bude postupně v případě negativních odpovědí odpovídat na otázky:

- a) jsou dotčené státy členskými státy ES? – ano (aplikujeme Brusel II. bis) x ne
- b) jsou dotčené státy smluvními státy haagské úmluvy o pravomoci orgánů, použitelném právu, uznávání a výkonu rozhodnutí a spolupráci ve věcech rodičovské zodpovědnosti a opatření k ochraně dětí? – ano (aplikujeme úmluvu) x ne
- c) aplikujeme národní právní řád fóra, tedy přednostně dvou nebo vícestranné smlouvy mezi dotčenými státy, ev. postupujeme dle sjednané reciprocity, pokud taková pravidla sjednána nejsou, aplikujeme příslušné kolizní normy.

Zásadní problémová úvaha je spojena s již první kladenou otázkou, tedy možností aplikace Bruselu II. bis. Diskuse kolem rozsahu použití nařízení Brusel II bis. je otázkou, jejíž výklad není nesporný a to zejména vzhledem ke stanovisku Veřejného ochránce práv k případu Fiordalisi⁷, ve kterém uvedl, že: „*ačkoliv se jeví na první pohled velice sporným aplikovat komunitární právo na vztahy ČR s Argentinou, domnívám se, že se lze přiklonit k závěru, že nařízení Evropských společenství bude možné obecně použít, a to tzv. jednostranně pro ČR.*“ V tomto stanovisku dále VOP uvádí, že „*předmětné nařízení Společenství již není pravidlem, jež by se dalo považovat za tzv. evropské ústavní právo, ale je toliko primárním právem. Nařízení Společenství mají aplikační přednost před vnitrostátním právem a jsou přímo použitelná. Primární komunitární právo lze ve vztahu k použití mezinárodních smluv s nečlenskými státy Společenství považovat za „vnitrostátní“ právo, přičemž před vnitrostátními předpisy vydanými orgány ČR má nařízení přednost, a proto po mezinárodních smlouvách se bude aplikovat nařízení Společenství, a poté ostatní české právní předpisy.*“

S uvedeným názorem VOP lze, s přihlédnutím k teritoriální působnosti Bruselu II. bis⁸, polemizovat ve více bodech. Nejdříve je třeba vymezit vzájemný vztah nařízení k haagským úmluvám, tedy VOP zmiňovanou přednost mezinárodních smluv pře Bruselem II. bis. Z bodu 17 úvodních ustanovení a čl. 60 nařízení lze dovodit vztah lex specialis nařízení k obecné HU28, ale pouze ve vztazích mezi členskými státy ES.

Článek 61 se následně speciálně zabývá vztahem k HU34, ve kterém stanoví (pokud opět odhlédnu od pravidel pro uznávání a výkon rozhodnutí), ve kterém stanoví přednost použití nařízení, pokud má dotčené dítě obvyklé bydliště na území členského státu.

K samotné příslušnosti, tak jak je upravena dle čl. 11 odst. 6 a 7 Bruselu II. bis se pak váže i bod 18 úvodních ustanovení, z něhož taktéž vyplývá, že se jedná o aplikaci nařízení ve vztahu mezi členskými státy. Zde je třeba dojít k závěru, že v rámci teritoriální působnosti Bruselu II. bis, bude nejprve aplikován Brusel II. bis.

Judikatorně zatím jasně neřešenou otázkou je možnost aplikace ust. čl. 8 Bruselu II. Bis. Výše uvedená myšlenka VOP, tedy že nařízení lze považovat za vnitrostátní právo, je spornou. Obdobně k tomu uvádí i Týč v Základech práva Evropské unie pro ekonomy⁹ Jestliže čl. 8 odst. 1 stanovuje obecnou příslušnost soudu dle kritéria obvyklého bydliště dítěte, je třeba vykládat toto ustanovení ve smyslu bodu 12 úvodních ustanovení.

⁷ Zpráva o šetření ve věci únosu dětí ze zahraničí ze dne 20. června 2006, Sp. zn.: 2840/2006/VOP/ON

⁸ Kapitán Zdeněk: Evropský justiční prostor ve věcech civilních část VII. – Příslušnost, uznávání a výkon rozhodnutí ve věcech manželských a ve věcech rodičovské zodpovědnosti, Právní fórum 8, Praha: ASPI a.s., 2005, str. 281-290

⁹ Týč Vladimír: Základy práva pro ekonomy, Praha: Linde Praha a.s., 2006, str. 89

Na rozdíl od jiných instrumentů komunitárního práva (např. Brusel I., Řím I. a Řím II.) neupravuje ve věci příslušnosti soudu k rozhodnutí o výchově výslovně možnost aplikace nařízení na třetí země, to za prvé. Nejzřejmější je tato skutečnost v porovnání s nařízením Brusel I. a v jeho čl. 22 stanovenou výlučnou příslušností. Dále je třeba zhodnotit fakt, že bezbřehou aplikací komunitárního práva vůči třetím státům bychom se dostali do rozporu s nejlepšími zájmy dítěte, které jsou kategorickým imperativem veškerých řízení vedených ohledně dětí. Tím, že vůči českým občanům, příp. residentům budeme uplatňovat přísnější komunitární právní úpravu, aniž bychom k tomu byli vázáni výslovně nařízením nebo dvoustrannými smlouvami mezi ČR a třetími státy, budeme jednostranně aplikovat přísnější režim vůči našim občanům, ev. residentům, a to bez možnosti ekvivalentní protireakce druhé strany. Konečně je třeba též upozornit i na fakt, že uplatnění pravidel Bruselu II. bis je vždy vázáno na velkou míru důvěry mezi státy. Ust. čl. 8 je pouze jedním z ustanovení, které je součástí celého systému Bruselu II. bis. a jeho izolovaný výklad jako výlučné příslušnosti nemá, dle mého názoru, oporu v nařízení jako takovém.

Dle mého názoru tedy není možné aplikovat Brusel II. bis v řízeních o výchově po nenavrácení dítěte s ohledem na výše uvedené vůči nečlenským státům ES a je nutno vždy důsledně použít výše uvedený test.

Jakékoliv meritorní rozhodnutí ve věci řízení o návrat dítěte má zásadní dopady pro stanovení příslušnosti soudu. Zatímco ale v případě, kdy je rozhodnuto, že se dítě navrátí zpět do místa svého obvyklého pobytu, je řešení problematiky příslušnosti přesunuto do státu obvyklého bydliště, při rozhodnutí o nenavrácení dítěte zůstává problematika příslušnosti na českém soudu. Ten bude, s velkou pravděpodobností, řešit návrh na svěřeni dítěte do péče jednoho z rodičů, a proto je nutné s ohledem na možnost budoucího uznání a výkonu rozhodnutí odpovědně přistoupit k otázce hodnocení vlastní příslušnosti soudu.

Literatura:

- Kapitán Zdeněk: Evropský justiční prostor ve věcech civilních část VII. – Příslušnost, uznávání a výkon rozhodnutí ve věcech manželských a ve věcech rodičovské zodpovědnosti, Právní fórum 8, Praha: ASPI a.s., 2005, str. 281-290.
- Týč Vladimír: Základy práva pro ekonomy, Praha: Linde Praha a.s., 2006, str. 89.
- Lagarde Paul: Explanatory report k Haagské úmluvě o pravomoci orgánů, použitelném právu, uznávání a výkonu rozhodnutí a spolupráci ve věcech rodičovské zodpovědnosti a opatření k ochraně dětí, Haag: Haagská konference mezinárodního práva soukromého, 1998
http://www.hcch.net/index_en.php?act=publications.details&pid=2943&dtid=3.
- Pérez-Vera Elisa: Explanatory report k Haagské úmluvě o občanskoprávních aspektech mezinárodních únosů dětí, Haag: Haagská konference mezinárodního práva soukromého, 1982.

Kontaktní údaje na autora – email:

23282@mail.muni.cz

PŘÍSTUP KE SPRAVEDLNOSTI JAKO ZÁKLADNÍ PODMÍNKA OCHRANY SPOTŘEBITELE

MARKÉTA SELUCKÁ

Právnická fakulta Masarykovy univerzity, Česká republika

Abstrakt v rodném jazyce

Příspěvek se zabývá otázkou funkčních vazeb mezi hmotným a procesním právem v případě ochrany spotřebitele v současné soukromoprávní úpravě. Zatímco hmotné právo obsahuje dostatečnou ochranu spotřebitele zejména díky implementaci směrnic ES, procesní právo neposkytuje uspokojivou ochranu subjektivnímu právu spotřebitele, takže spotřebitel zpravidla rezignuje na domožení se ochrany svého práva u soudu vzhledem k nákladnosti a pomalosti řízení. Určitým způsobem řešení by mohlo být zavedení tzv. skupinových žalob jako nového procesního institutu civilního procesu.

Klíčová slova v rodném jazyce

Funkční vazby mezi právem hmotným a procesním, ochrana spotřebitele, skupinová žaloba.

Abstract

This article points out the issue of functional connection between material law and procedural law in respect to consumer protection in contemporary private law. In spite of the fact that material law provides sufficient protection to consumers, especially due to implementation of EC directives, the procedural law does not protect consumers' rights and entitlements properly. Hence it follows that the consumer usually gives up on getting their rights protected by a court. This is happening due to expensiveness and slowness of judicial proceedings. An initiation of so called class action, as a new suggested concept of procedural law, might be the answer to this issue.

Key words

Consumer protection, collective redress, collective actions.

K čemu je spotřebiteli hmotné právo, které zakládá subjektivní práva, jestliže spotřebitel rezignuje na ochranu svého subjektivního práva, protože soudní řízení je pomalé a příliš nákladné vzhledem k sporné částce? Jakým způsobem poskytnout spotřebiteli rychlou a levnou ochranu subjektivnímu právu? Je nutné zavádět nové instituce typu finančního arbitra či spotřebitelského ombudsmana? Nebo je snad tím nejlepším východiskem alternativní řešení sporů včetně moderního institutu mediace? Nežtekne se tím, že přenechá ochranu spotřebitelským subjektivním právům jiným institutům a institucím, civilní proces naplňování svého základního smyslu a účelu poskytovat ochranu subjektivním právům?

Přístup ke spravedlnosti můžeme charakterizovat jako základní lidské právo¹ - právo na spravedlivý proces, které nemůžeme chápat pouze v kontextu obecných lidsko právních ideálů, ale i v praktickém kontextu, tj. právo na spravedlivý proces (právo na účinnou právní ochranu před nezávislým soudem) v sobě nese mimo jiné právo obracet se na soud užitečným a efektivním způsobem, tj. výsledek soudní pře nemůže být subjektu poskytnut v okamžiku, když právo již „devalvovalo“.

¹ Mimo jiné např. čl. 47 Listiny základních práv Evropské unie.

J. Macur, když se zabýval vzájemným vztahem civilního práva hmotného a procesního², dospěl k závěru, že nemá smysl si klást otázku, zdali je hmotné právo nadřazeno právu procesnímu, nebo je-li tomu naopak, ale je třeba vnímat jejich vztah, jako vztah vzájemných funkčních vazeb, tj. hmotné a procesní právo se vzájemně ovlivňuje. Z tohoto postulátu lze dle mého názoru dovozovat, že jestliže civilní hmotné právo prodělalo určité změny, zejména díky implementaci směrnic ES prosazujících ochranu spotřebitele, musí na základě vzájemných funkčních vazeb mezi právem hmotným a procesním, dojít k modifikaci také práva procesního a to v tom směru, že subjektivním právům založeným hmotným právem poskytne právo procesní dostatečnou a účinnou ochranu. Otázka tedy nezní zdali přizpůsobovat civilní proces hmotně právním změnám, ale jakým způsobem tak učinit.

V případě ochrany spotřebitele při poskytování ochrany jeho subjektivnímu právu, se někteří domnívají³, že klasická individualistická soukromoprávní koncepce žaloby, jako striktně individuální pře⁴, je již překonána, a že nyní se ocitáme ve věku „nového práva“, ve kterém stojí v popředí „nadindividualistická“ koncepce práva. Parafrázovaně bychom mohli hovořit o jakési „kolektivizaci individuálních práv“. J. Macur naproti tomu považuje za základní pojmový znak civilního procesu, (tj. definice toho co civilní proces je, nikoli, co je účelem civilního procesu,) skutečnost, že civilní proces je postup při projednávání a rozhodování individuálních soukromoprávních sporů orgány výkonu soudnictví. Proti této tezi však dle mého názoru nestojí „kolektivní postup“, tj. kolektivní postup subjektů vůči témuž žalovanému, za předpokladu, že žalobcům svědčí obdobná individuální práva (např. svým skutkovým základem). Takový racionalizační postup nemůže být považován za nadindividualistickou koncepci práva či kolektivizaci práva; mám za to, že soukromé právo nemůže opustit pojetí civilního procesu jakožto rozhodování individuální pře, může však být zaveden institut, který umožní projednávání individuálních pří spojených na základně nějakého (a je otázkou jakého) objektivně zjištělého kritéria.

V rámci ochrany spotřebitele nabízí Evropský hospodářský a sociální výbor několik druhů hromadných žalob, které by měly dostatečným způsobem vést k účinné ochraně práv spotřebitele. Mezi hromadnými žalobami je proto třeba rozlišovat a pouze skupinové žaloby (viz níže) je třeba považovat za žaloby, jejímž předmětem je ochrana soukromého individuálního práva.

Hromadné žaloby můžeme rozlišovat na zástupné žaloby (A. Wintrová⁵ je nazývá „společenské“ či „spolkové“), žaloby v kolektivním zájmu (A. Wintrová – „veřejná žaloba“) a dále pak skupinové žaloby (A. Wintrová – „soukromá (skupinová)“).

Zástupnými žalobami rozumíme takové žaloby, k jejichž podání jsou aktivně legitimovány výlučně přesně specifikované subjekty (např. sdružení obrany spotřebitelů) a jejichž cílem je, aby dodavatel (ve smyslu spotřebitelského pojmosloví, resp. ve smyslu § 52 zák. č. 60/1964 Sb., občanský zákoník, dále jen „OZ“) zanechal určitého chování (např. užívání nekalých

² Blíže např. Macur, J. Problémy vzájemného vztahu práva procesního a hmotného. Brno : Masarykova univerzita v Brně, 1993, s. 181, ISBN 80-210-0810-5.

³ Např. poslanec Evropského parlamentu Almedia Santos (významný právník a portugalský poslanec); viz Stanovisko Evropského hospodářského a sociálního výboru k tématu Definování úlohy a úpravy skupinových žalob v oblasti spotřebitelského práva Společenství (2008/C 162/01), str. 3, poznámka pod čarou č. 3.

⁴ Macur, J., op. cit., str. 48 – 49.

⁵ Wintrová, A. Hromadné žaloby (procesualistický pohled). Bulletin advokacie, 2008, č. 10, str. 21 – 25.

obchodních podmínek ve smlouvách se spotřebiteli). V našem právním řádu nacházíme takové zakotvení aktivní legitimace spotřebitelských organizací k zástupným žalobám v ust. § § 25 odst. 2 zák. 634/1992 Sb., o ochraně spotřebitele ve znění pozdějších předpisů, což je přímým důsledkem implementace směrnice 98/27/ES ze dne 19. května 1998 o žalobách na zdržení se jednání v oblasti ochrany zájmů spotřebitelů⁶.

Žaloby v kolektivním zájmu mají za cíl chránit „obecný zájem“ či „veřejný zájem“, tj. nejde o „kolektivizované individuální zájmy (práva) spotřebitelů“, tzn. není součtem individuálních subjektivních práv spotřebitelů (srov. viz výše nutnost zachování individuální koncepce soukromých práv), ale jde o ochranu obecného zájmu spotřebitelů, který byl dotčen porušením ustanovení práva hmotného nebo obecné normy jednání⁷. Náš právní řád v současné době nezná tento druh žalob, *pro futuro* se však uvažuje o možnosti zavedení žaloby státního zastupitelství na odčerpání bezdůvodného obohacení⁸.

Skupinové žaloby opět nejsou a nemohou být součtem individuálních práv spotřebitelů vůči témuž povinnému subjektu (dodavateli). Skupinová žaloba má být určitým specifickým procesem, který umožní velkému množství osob dosáhnout uznání jejich práv a vymožení těchto práv. Jde tedy o určitý technický způsob kolektivního procedurálního uplatnění ovšem vždy individuálních práv.

V různých státech světa nacházíme různé typy skupinových žalob, ať už se jedná o *class action* (USA), či systém typu opt-in (včetně *test case*) nebo opt-out. Evropská skupinová žaloba nesmí být v žádném případě žalobou typu americké *class action*, neboť tento typ skupinových žalob je v právní kultuře Evropy nepřijatelný zejména z hlediska toho, že je často zdrojem úchylek a vede k nežádoucímu jevu „*forum shopping*“. Základní volba, která v případě „evropské skupinové žaloby“ připadá v úvahu, je volba mezi typem opt-in a opt-out. Zatímco typ žaloby opt-in vyžaduje aktivní chování spotřebitele, tj. projev vůle připojit se k první žalobě, typ opt-out je založen na automatickém principu připojení se k první podané žalobě, tj. podáním první žaloby v obdobné věci se každý další spotřebitel v obdobné věci stane účastníkem probíhajícího řízení s tím, že spotřebiteli automaticky připojenému k první podané žalobě svědčí právo na vyloučení se z tohoto sporu a to i v případě, že spor byl pravomocně ukončen. *Test case* je pak zvláštním druhem žaloby typu opt-in, který spočívá na principu „vzorové kauzy“, tj. soudce vybere jednu reprezentativní žalobu, kterou individuálně posoudí a rozhodne, a pro každý další případ registrovaný soudem platí rozhodnutí, které bylo vyneseno ve vybrané kauze.

Každý z výše uvedených typů skupinové žaloby má své výhody a nevýhody⁹. Nejúčelnější zdá se být kombinace obou systémů (např. nová právní úprava v Dánsku a Norsku), kdy typ žaloby opt-in je užíván v případě sporů o vyšší částky, zatímco typ opt-out se použije pro bagatelní spory. Problematickým zdá se být pouze stanovení mezní částky.

⁶ Úř. věst. L 166, 11.6.1998, s. 51.

⁷ Stanovisko Evropského hospodářského a sociálního výboru k tématu Definování úlohy a úpravy skupinových žalob v oblasti spotřebitelského práva Společenství (2008/C 162/01), str.10, odst. 5.3

⁸ Wintrová, A., op. cit., str. 22.

⁹ Srov. např. Stanovisko Evropského hospodářského a sociálního výboru k tématu Definování úlohy a úpravy skupinových žalob v oblasti spotřebitelského práva Společenství (2008/C 162/01).

Skupinové žaloby rovněž budou klást poměrně velké nároky na soudce, zejména v případě přezkoumávání přípustnosti žaloby, podmínek řízení atd., neboť účelem skupinové žaloby může být někdy dehonestace dodavatele, konkurenční boj apod. Soudce bude muset mimo jiné posoudit existenci právní nebo faktické spojitosti jednotlivých kauz.

Evropský hospodářský a sociální výbor nabízí dále modifikaci hmotného práva, když dovozuje, že by bylo na místě přijmout takovou úpravu, která poskytne nejen např. náhradu škody či realizaci práva odpovědnosti za vady nebo náhradu imateriální újmy v penězích (srov. § 13 OZ), ale částka, kterou bude dodavatel povinen uhradit, a která zbude po vyplacení náhrady jednotlivým spotřebitelům, případně podpůrnému fondu skupinových žalob, který bude sloužit k samofinancování celého systému skupinových žalob, obdobně jako je tomu v USA ve státě Quebec.

Kardinální otázkou, dle mého názoru bude, jakým způsobem bude evropská skupinová žaloba, (tj. žaloba, která bude v zásadě stejná v kterémkoli státě ES, a kterou bude možné řešit rovněž přeshraniční spory,) do jednotlivých vnitrostátních právních řádů zavedena. Bude-li tak učiněno formou směrnice je možné dovozovat, že v rámci implementace směrnic budou ctěny specifika civilního procesu každého členského státu ES. Pokud však bude evropská skupinová žaloba zavedena do právních řádů jednotlivých členských států ES formou nařízení, jako je tomu v případě např. Řím I., Řím II. a nařízení 44/2001, bude se jednat o poměrně velký zásah do procesního práva každého jednotlivého státu ES, který může být shledán jako necitlivý a nevhodný. Další zcela otevřenou otázkou je vymezení případů, pro které bude systém skupinové žaloby použitelný. Primárně se uvažuje o použití pro spory mezi spotřebitelem a dodavatelem, v úvahu však připadá zavedení skupinové žaloby jakožto obecného institutu civilního procesu, a tato varianta zdá se být orgány ES preferována.

Literatura:

- Stanovisko Evropského hospodářského a sociálního výboru k tématu Definování úlohy a úpravy skupinových žalob v oblasti spotřebitelského práva Společenství (2008/C 162/01)
- Macur, J. Problémy vzájemného vztahu práva procesního a hmotného. Brno : Masarykova univerzita v Brně, 1993, s. 181, ISBN 80-210-0810-5.
- Wintrová, A. Hromadné žaloby (procesualistický pohled). Bulletin advokacie, 2008, č. 10, str. 21 – 25.

Kontaktní údaje na autora – email:

marketa.selucka@law.muni.cz

PODSTATA VLASTNICKÝCH ŽALOB, RELATIVNÍ NEPLATNOSTI A PROCESNÍHO NÁSTUPNICTVÍ Z POHLEDU VZTAHU PRÁVA HMOTNÉHO A PROCESNÍHO V DÍLE PROF. MACURA

JIŘÍ SPÁČIL

Nejvyšší soud, Česká republika

Abstrakt v rodném jazyce

Článek se zabývá podstatou vlastnických žalob, relativní neplatnosti a procesního nástupnictví z pohledu vztahu práva hmotného a procesního v díle prof. Macura.

Klíčová slova v rodném jazyce

Vlastnické žaloby, relativní neplatnost, procesní nástupnictví.

Abstract

The article deals with the ground of action for detinue, relative non-validity of a legal act and procedural succession in the view of mutual connections between material and procedural law in the life-work of prof. Macur.

Key words

Action for detinue, relative non-validity of a legal act, procedural succession.

Myšlenky prof. Macura o vztahu hmotného a procesního práva, které připomněl v předchozím příspěvku kolega Petr Lavický, jsou klíčem k řešení řady praktických problémů; tato skutečnost není bohužel doceňována; stále se lze setkat s povrchním přístupem k problémům, sklouzávajícím po povrchu věci. Upozorním na tři takové případy, kdy znalost díla prof. Macura týkajícího se vztahu hmotného a procesního práva pomohla řešit závažné teoretické i praktické právní problémy.

1. PODSTATA VLASTNICKÝCH ŽALOB

Tradičně se uvádí, že vlastnické právo je chráněno „vlastnickými žalobami“, reivindikací a žalobou negatorní. Jaké je však podstata žalob? na tuto otázku byly kladeny různé odpovědi. V naší odborné literatuře dlouho převládalo pojetí vlastnických žalob, které by bylo možno označit za procesní; autoři, kteří se touto otázkou zabývali, považovali vlastnické žaloby za přinejmenším za smíšený institut, který má hmotněprávní prvky, ale patří též právu procesnímu. M. Knappová uvedla: „Sama reivindikace, která ani nekonstituuje, ani nijak nemění povinnost, jejíž splnění se jí vydobývá, ač bývá upravována v občanských zákonících a považována zpravidla za instituci občanského práva hmotného, má přinejmenším charakter smíšený, je přinejmenším zároveň též institucí práva procesního (je to „actio“).“¹ J. Švestka, Z. Češka a J. Chyský vylučují vlastnické žaloby z promlčení, protože v našem právním řádu se promlčují práva a nikoliv žaloby; i oni tedy chápou vlastnické žaloby patrně jako procesní institut²; obdobně se vyjádřili o něco později J. Fiala a J. Švestka ve známém článku o vlastnických žalobách. Zřejmě nejpropracovanější výklad procesního pojetí vlastnických žalob podal J. Turek. Podle něj je vindikační žaloba procesní formou realizace vlastnického

¹ Knappová, M.: Povinnost a odpovědnost v občanském právu. Praha: 1968, s. 195.

² Švestka, J., Češka, Z., Chyský, J.: Promlčení a prekluze v čs. Právním řádu. Praha: 1967, s. 41.

práva. Z jeho výkladu vyplývá, že nepovažuje právo vlastníka na vydání věci za subjektivní právo, ale za hmotným právem formulovaný způsob ochrany vlastnického práva.³

Jestliže by tato pojetí byla správná, šlo by o jakýsi hybridní institut, který by jinak neměl obdoby. Tak tomu ale není; procesní pojetí vlastnických žalob je vyvoláno jen používanou terminologií a při nahlédnutí pod povrch nemůže obstát.

Termín „vlastnické žaloby“, který vytváří matoucí dojem, že jde o procesní institut, má původ v římském právu a vychází z dávno již opuštěného pojetí žaloby; tento pojem nemá jiné opodstatnění než to, že je tradičně užíván. K objasnění problému je třeba poukázat na pojetí práva, ve kterém pojem „vlastnická žaloba“ vznikal (resp. na jehož základě byl vytvořen), a na to, že je to jen tradice, přes kterou se dochoval do dnešních dnů. Macur při vysvětlování vztahu práva hmotného a procesního upozorňoval na rozdíl v římskoprávním pojetí žaloby oproti současnému chápání; římské právo nebylo formálně soustavou norem, ale soustavou žalob poskytovaných pretorem pro určité situace. Subjektivní hmotné právo tedy bylo vždy obsahem určité žaloby a Římané, nalézající právo, vždy hledali určitou žalobu, pod kterou by bylo možno skutkovou podstatu řešeného případu podřadit. Známý je výrok Celsův: „Nihil aliud est actio, quam ius, quod sibi debeatur, iudicio persequendi“. Římané uznávali dělení práva na osoby, věci a žaloby a právo se jevilo jako systém žalob. Ani později ve středověku a v počátku novověku nedošlo k rozlišení žaloby a subjektivního práva; k tomuto rozlišení dochází až v procesu formování moderního práva, v němž se ustanovuje občanské právo procesní jako samostatné právní odvětví (dříve bylo procesní právo chápáno jako součást hmotněprávních oprávnění). Právní věda (Wach, Helwig) pak počala rozlišovat žalobní právo v materiálním smyslu, které bylo více méně totožné s nárokem (vymahatelností práva u soudu), a žalobní právo ve formálním smyslu, tedy jako institut procesního práva. Toto pojetí došlo širšího ohlasu, patrně i proto, že do určité míry vyhovovalo zažitému římskoprávnímu chápání, a umožňovalo zachovat starší terminologii, byť s novým obsahem. Materiálním žalobním právem byl označován stav známý jako aktivní legitimace, a konec konců jde o to, že žalobce je subjektem hmotněprávního oprávnění, jehož ochranu požaduje. Je samozřejmé, že i ve vlastnickém procesu je zkoumána aktivní legitimace žalobce a v tomto směru by tedy bylo možno s jistou licencí hovořit o vlastnických žalobách v materiálním smyslu; se stejným oprávněním by pak ovšem bylo možno hovořit o žalobách na náhradu škody, plnění z pojistné smlouvy atd. Každému subjektivnímu právu by pak odpovídala určitá žaloba, takže bychom dospěli ke kasuistice podobné římskoprávnímu pojetí. I když se uvedená „žalobní“ terminologie v běžné praxi používá a nelze proti ní nic namítat, pokud slouží jen k stručnému a zjednodušenému sdělení podstaty daného řízení, je její používání v právní vědě problematické.

Je tedy zřejmé, že obdobně jako v případě žaloby na náhradu škody, na ochranu autorského práva anebo jakékoliv jiné žaloby (s výjimkou žalob ryze procesních, jako žaloba pro zmatečnost – pokud v tomto případě jde vůbec o „klasickou“ žalobu) je vlastnická žaloba žalobou, ve které žalobce požaduje ochranu tvrzeného subjektivního hmotného práva – práva na vydání věci, které vzniklo v důsledku jejího neoprávněného zadržování, příp. práva na upuštění od jiného zásahu. Toto právo je prvkem relativního právního vztahu mezi vlastníkem a tím, kdo do jeho práva neoprávněně zasáhl; v literatuře se sice objevil názor, že nejde o zvláštní právní vztah, ale jen o konkretizaci povinnosti neminem leadere, nicméně pokud by tomu tak bylo, bylo by třeba přiznat stejný charakter i povinnosti nahradit způsobenou škodu.

³ Turek, J.: Právní ochrana oprávněného dědice podle občanského zákoníku. Právník č. 10/1974.

Vztah mezi vlastníkem a tím, kdo do jeho práva neoprávněně zasahuje, vzniká až v důsledku neoprávněného zásahu; nelze jej ztotožnit s předchozí „absolutní“ povinností nerušit vlastníka, už proto, že obsah je tu jiný. Povinnost věc vlastníkovi vydat existuje nezávisle na případném soudním řízení a lze ji realizovat i mimo toto řízení, např. když někdo vlastníkovi vydá dobrovolně zadržovanou věc anebo když vlastník se chopí věci v rámci dovolené svépomoci (např. zadrží zloděje při činu a věc mu odebere). Pokud se přesto hovoří o „vlastnických žalobách“, jde jen o zvyk, který nemá teoretické opodstatnění. Přesto je toto pojmenování natolik tradiční, že by nebylo dobré žádat jeho opuštění; stejně se tradičně hovoří v tomto případě o „žalobci“ a „žalovaném“, ačkoliv správné by bylo hovořit např. o vlastníkovi, příp. jiném subjektu práva na vydání věci a o tom, kdo má povinnost věc vydat. Také by se nemělo uvažovat o tom, co je žalobce povinen dokázat, ale o tom, jaké jsou hmotněprávní předpoklady vzniku práva na vydání věci a jemu odpovídající povinnosti.⁴

Uvedený závěr má závažné praktické důsledky: jde-li o relativní právní vztah, lze na otázky spojené s vydáním věci aplikovat ustanovení obecné části závazkového práva, a to přinejmenším analogicky. Tento přístup zvolil Nejvyšší soud při řešení otázky místa, ve kterém má být zadržovaná věc vlastníkovi vydána.

2. RELATIVNÍ NEPLATNOST PRÁVNÍCH ÚKONŮ

Novelou provedenou zákonem č. 131/1982 Sb., byl do našeho občanského práva opět zaveden institut relativní neplatnosti. Zákon rozlišoval relativní neplatnost přímou, která mohla být uplatněna tím, že dotčený účastník se jí „dovolal“, a nepřímou, která mohla být určena jen rozhodnutím soudu. Důvodová zpráva ke zmíněné novele dávala právo dovolat se relativní neplatnosti i prokurátorovi a národnímu výboru, jestliže vstoupili do řízení podle § 32 a násl. OSŘ v tehdy platném znění; tento názor se opíral o znění zákona, který opravňoval tyto subjekty ke všem úkonům, které může vykonat účastník řízení, pokud nejde o úkony, které může vykonat jen účastník právního vztahu. Podle důvodové zprávy se právo dovolat se relativní neplatnosti promlčovalo ve třileté lhůtě. Jestliže se oprávněný subjekt neplatnosti nedovolal, zákon stanovil, že se právní úkon „považuje za platný“. Takto posuzovala věc až na výjimky i tehdejší literatura.

Není pochyb o tom, že zákonodárce přistupoval k této úpravě se záměry vyjádřenými v důvodové zprávě, ovšem nakonec stvořil jen ukázkou toho, že není všemocný a že nemůže nerespektovat „povahu věci“; ukázaly se též meze použitelnosti důvodové zprávy.

Při přípravě práce věnované vlastnickým žalobám jsem si položil otázku: Jaký je hmotněprávní stav věci před dovoláním se relativní neplatnosti? Je ten, kdo nabyl věc na základě relativně neplatného úkonu vlastníkem, nebo je jen za vlastníka „považován“? A je vůbec možné, aby někdo byl ve zjevném rozporu s hmotněprávním stavenm považován za vlastníka? A co když věc takový pseudovlastník převede – přejde též vlastnické právo, které on nemá? Jaké je jeho postavení proti třetí osobě, která do jeho práva zasáhne? Tyto otázky musely nutně vést k otázce další: Je vůbec možné, aby právo vytvářelo stav, kdy se právní úkon v rozporu s realitou „považuje za platný“, ačkoliv je jasné, že platný není? Tyto otázky a hledání odpovědí vedly k závěru, že jak výklad obsažený v důvodové zprávě, tak i přístup tehdejší literatury k této otázce není udržitelný. A i zde naznačovaly odpověď Macurovy práce o vztahu hmotného práva a práva procesního. Jsou-li občanské právo hmotné a procesní dvě samostatná právní odvětví, přičemž v soudním řízení jde o vytvoření procesního modelu

⁴ K tomu podrobně viz Spáčil, J.: Základní otázky vlastnických žalob. Časopis pro právní vědu a praxi č. 2/2002.

existujících hmotněprávních vztahů, není dost dobře možné, aby soud ignoroval zjevně dané hmotněprávní vztahy, které vyšly v řízení najevo. Navíc vady právního úkonu zakládající přímou relativní neplatnost lze uplatnit i mimo řízení (v opačném případě by zakotvení nepřímé relativní neplatnosti v případě úkonů registrovaných státním notářstvím ztrácelo smysl). Z objektivního hlediska je tedy nerozhodné, jak na právní úkon soud či jiné subjekty pohlížejí či za jaký jej považují, rozhodující je, zda jde o úkon platný či nikoliv; třetí možnost tu není. Z toho vyplynul závěr, že relativně neplatné úkony jsou ve skutečnosti platné, a to až do doby, kdy se oprávněná osoba neplatnosti nedovolá. Dovolání se přímé relativní neplatnosti se nemusí uskutečnit v soudním řízení, a již z toho vyplývá, že toto „dovolání“ není procesním úkonem, ale že jde o hmotněprávní úkon. Ten ovšem nemohl za účastníka učinit ani prokurátor, ani národní výbor, pokud vstoupili do řízení; mohli totiž činit jen procesní úkony, zde šlo o úkon, který mohl činit jen účastník právního vztahu.

Poněkud složitější byla otázka nepřímé relativní neplatnosti, kterou dnešní právo již nezná. Tu bylo totiž třeba uplatnit u soudu a jen ten o ní mohl rozhodnout. Tato skutečnost jako by dávala za pravdu kritizovanému procesnímu chápání tohoto institutu, ale i zde sehrály Macurovy myšlenky rozhodující roli. Macur totiž v práci „Občanské právo procesní v systému práva“ dokonale vysvětlil podstatu konstitutivního rozsudku a jeho vztahu k právnímu úkonu. Stručně řečeno: Je v zásadě na subjektech občanskoprávních vztahů, jak si uspořádají svoje věci. Ovšem v některých případech je veřejný zájem na účincích úkonu tak silný, že právo svěřuje kontrolu soukromoprávních úkonů veřejnému orgánu a proto účinky úkonu váže na právní moc rozhodnutí (jde tedy o rozhodnutí konstitutivní, stejně jako v případě, že účastníkům se nepodařilo vyřešit vztah, který řešit mohli – např. zrušení a vypořádání spoluvlastnictví). Byla-li proto smlouva registrována státním notářstvím, nemohl subjekt právního vztahu bez dalšího prolomit účinky právní moci registračního rozhodnutí, ale musel se obrátit na soud. Dispozitivní volnost subjektu občanského práva je v takovém případě omezena v procesní rovině na podání žaloby a dispozici s ní, pravomocný rozsudek je pak právní skutečností i v oblasti soukromého práva. Úkon účastníka je tak nahrazen „společným“ úkonem účastníka a soudu.

Byl-li učiněn závěr o tom, že dovolání se relativní neplatnosti je hmotněprávním úkonem (příp. právem žádat o vydání konstitutivního rozhodnutí), byla zpochybněna i promlčitelnost tohoto institutu; promlčuje se právo podat žalobu, ne právo na právní úkon (např. vytknutí vad věci). Toto právo mělo být vázáno na preklusivní lhůtu.

Dosáhnout publikace tohoto kritického zamyšlení v Právniku⁵ nebylo tehdy jednoduché. Nakonec o ní rozhodlo příznivé stanovisko Viktora Knappa, i tak však redakce stanovila podmínku pro zveřejnění, kterou bylo konstatování, že „soudní praxe“ (sc.: někteří tehdejší soudní funkcionáři) má jiný názor a jaký. S odstupem lze konstatovat, že přístup k námitce relativní neplatnosti jako hmotněprávnímu úkonu se v judikatuře i v odborné literatuře plně prosadil. Oprávnění prokurátora a národního výboru vzala v této podobě za své sama. Jediné, co z pojetí důvodové zprávy přetrvává dodnes, je názor o promlčitelnosti uvedené námitky. I při vědomí jeho teoretické nesprávnosti je třeba v praxi v zájmu právní jistoty z tohoto názoru vycházet, neboť právo uplatnění této námitky jinak časově neomezuje.

⁵ Viz Spáčil, J.: Základní otázky relativní neplatnosti v občanském právu. Právník č. 3/1986.

3. PROCESNÍ NÁSTUPNICTVÍ

Občanský soudní řád z roku 1963 v původním znění – na rozdíl od CSŘ - vůbec neřešil problematiku změny vlastnického práva ke sporné věci v průběhu řízení. To se ukázalo jako problém v okamžiku započetí transformace státní ekonomiky na ekonomiku tržní; v důsledku složitých procesů zejména privatizace a restitucí docházelo k často nepřehledným změnám nositelů práv a povinností, o které v řízení šlo. Na tento stav bylo nepochybně třeba reagovat. O to se pokusili autoři prestižního „šedého“ komentáře k občanskému soudnímu řádu (C. H. Beck) teorií o procesním nástupnictví, ke kterému prý dochází automaticky v důsledku singulární sukcese. Jádrem této teorie spočívá v myšlence: „V případech tzv. singulární sukcese dochází bez dalšího k procesnímu nástupnictví, neboť na nabyvatele přecházejí též veškerá práva spojená s předmětem této sukcese (tedy i procesní práva)“.⁶ Jestliže by tento přístup byl správný, znamenalo by to, že účastenství v procesu je vázáno na práva a povinnosti, o které v řízení jde, tedy na věcnou legitimaci. Tato teorie kupodivu dosti zakořenila a obhajoval ji v té době mimo jiné i Ústavní soud; objevila se i v rozhodnutí Nejvyššího soudu, které však nebylo po delší debatě přijato k publikaci ve Sbírce soudních rozhodnutí a stanovisek, neboť většina civilních soudců jeho závěry nepřijala. Po diskusi, která následovala, však nakonec v novele občanského soudního řádu č. 30/2000 Sb., zákonodárce myšlenku změny v účastenství, ke které mělo docházet automaticky v důsledku změn ve věcné legitimaci odmítl.

Při kritice uvedené koncepce procesního nástupnictví v důsledku singulární sukcese sehrály významnou úlohu díla J. Macura, týkající se vztahu práva hmotného a procesního a předmětu řízení.⁷ Macur zejména podal přehled vývoje názorů na tuto problematiku, které směřovaly od chápání procesu jen jako reflexu hmotného práva (podobně jako zmíněné názory o procesním nástupnictví) přes pojetí, že předmětem řízení jsou hmotněprávní vztahy (toto pojetí se v praxi udržuje dodnes, ovšem při jeho přijetí by v případě, že žaloba není důvodná, tu nebyl předmět řízení, které by tak bylo nutno zastavit) až po ryze procesní chápání tohoto předmětu jako procesního nároku; argumentaci ve prospěch posledního názoru pak dále rozvinul. Při znalosti Macurových myšlenek a jím zprostředkovaného myšlenkového vývoje evropské civilistiky nebyl problém dokázat neudržitelnost výše uvedeného pojetí.

Bylo možno konstatovat, že občanské právo procesní je samostatným právním odvětvím. Jako takové samo určuje, kdo a za jakých podmínek je účastníkem řízení, samo určuje podmínky řízení, podmínky vynesení rozhodnutí i další procesní otázky. Proto také samostatně řeší otázku účastenství ve sporu i procesní nástupnictví. Procesním nástupcem je ten, koho procesní právo za nástupce označí. Žalobcem je ten, kdo podá žalobu a žalovaným je ten, koho žalobce v žalobě uvede. Provádět změny účastníků v řízení může soud pouze tam, kde to zákon připouští; kde o tom zákon výslovné ustanovení nemá, k takové změně dojít nemůže. Je proto třeba odmítnout názory, podle kterých v případě převodu sporné věci nebo pohledávky v době řízení (singulární sukcese) dochází ke změně strany „ze zákona“. Procesní předpisy žádné takové účinky na singulární sukcesí nikdy nevázaly a pokud je řízení ovládáno dispoziční a projednací zásadou, ani vázat nemohou. Úcastenství ve sporu nelze vázat na hmotná práva již z toho důvodu, že během řízení není vůbec zřejmé, zda uplatněné hmotné právo existuje. Pokud však žalobce, který je o existenci uplatněného práva přesvědčen, toto ve skutečnosti neexistující právo převede, nelze po soudu požadovat, aby jako předběžnou

⁶ Viz např. Bureš, J., Drápal, L.: Procesní nástupnictví při singulární sukcesí. Právní praxe v podnikání č. 9/1994.

⁷ Spáčil, J.: Sporné otázky procesního nástupnictví. Právní praxe č. 7/1995.

otázku řešil to, co by mělo být až obsahem rozsudku, totiž zda převáděné právo existuje a zda jeho převod je platný. Pokud by však koncepce "singulárního nástupnictví" byla správná, soud by musel jako předběžnou otázku řešit to, co má být až obsahem rozhodnutí; dále pokud by změna účastníka nastala ze zákona, musel by soud zjistit procesní nástupce bez ohledu na vůli stran a za použití zásady oficiality a vyšetřovací zásady. Hmotněprávní vztahy nejsou obsahem procesu a jejich změna během řízení se projeví jen v tom, že může (ale nemusí) mít vliv na obsah vynášeného rozsudku. Hmotné právo však neurčuje, kdo je účastníkem řízení a věcnou legitimaci nelze považovat za podmínku řízení.

V souladu s těmito myšlenkami novela č. 30/2000 Sb. váže procesní nástupnictví v důsledku singulární sukcese na návrh žalobce. Tato úprava znamená velký pokrok proti kritizovaným názorům; ovšem bezpodmínečná vázanost nástupce procesními úkony jeho předchůdce by v některých případech mohla vyvolat otázku, zda je respektováno právo na spravedlivý proces (např. nástupce nemůže vzhledem ke koncentraci uplatnit skutečnosti a námitky, které jeho předchůdce uplatnit nemohl nebo nechtěl). Při rekonstrukci procesního práva by proto bylo vhodné zvážit návrat k principům CSŘ nebo přihlédnout k úpravám v sousedních zemích. Ale to už je jiná otázka.

Literatura:

- Bureš, J., Drápal, L.: Procesní nástupnictví při singulární sukcesi. Právní praxe v podnikání č. 9/1994.
- Knappová, M.: Povinnost a odpovědnost v občanském právu. Praha: 1968.
- Spáčil, J.: Základní otázky vlastnických žalob. Časopis pro právní vědu a praxi č. 2/2002.
- Spáčil, J.: Základní otázky relativní neplatnosti v občanském právu. Právník č. 3/1986.
- Spáčil, J.: Sporné otázky procesního nástupnictví. Právní praxe č. 7/1995.
- Turek, J.: Právní ochrana oprávněného dědice podle občanského zákoníku. Právník č. 10/1974.
- Švestka, J., Češka, Z., Chyský, J.: Promlčení a prekluze v čs. Právním řádu. Praha: 1967.

Kontaktní údaje na autora – email:

jiri.spacil@nsoud.cz

PROCESNÍ POVINNOSTI ÚČASTNÍKŮ CIVILNÍHO SOUDNÍHO ŘÍZENÍ VE SVĚTLE DÍLA PROF. MACURA

JARUŠKA STAVINHOVÁ

Právnická fakulta Masarykovy univerzity, Česká republika

Abstrakt v rodném jazyce

Civilní soudní proces plní svoji funkci, spočívající v poskytování ochrany porušeným, či ohroženým subjektivním právům a zákonem chráněným zájmům v oblasti tzv. soukromoprávních vztahů (tj. vztahů občanskoprávních, obchodněprávních, rodinněprávních a pracovněprávních), pouze za předpokladu vytvoření určitých pravidel jednání všech subjektů zúčastněných na řízení. Právní úprava civilního soudního řízení, jako složité činnosti všech subjektů řízení, které v jeho rámci vstupují do procesněprávních vztahů, tak musí respektovat základní procesní principy a stanovit základní procesní povinnosti.

Klíčová slova v rodném jazyce

Procesní povinnost, právní zásady, důkazní břemeno, povinnost vysvětlovací, povinnost pravdivosti.

Abstract

Civil procedure law fulfils its objectives incumbent on protection of disturbed or endangered rights and interests in the sphere of private law relations (civil law, commercial law, family law and labor law) only on the supposition that clear regulations of all subjects of the proceeding are accepted. Legal regulation of civil proceeding as a composite activity of all subjects that take part in procedural relations must respect the basic procedural principles and has to state the basic procedural duties.

Key words

Procedural duty, principles of law, burden of proof, explanatory duty, duty of truthfulness.

Moderní civilní soudní proces může plnit svoji funkci, spočívající v poskytování ochrany porušeným, či ohroženým subjektivním právům a zákonem chráněným zájmům v oblasti tzv. soukromoprávních vztahů (tj. vztahů občanskoprávních, obchodněprávních, rodinněprávních a pracovněprávních), pouze za předpokladu vytvoření určitých pravidel jednání všech subjektů zúčastněných na řízení. Civilní soudní řízení je totiž složitou činností všech subjektů řízení, které v jeho rámci vstupují do procesněprávních vztahů. Tato činnost proto předpokládá určitou **pevnou strukturu** civilního soudního řízení, která je dána především **základními procesními principy (zásadami)**, uplatňujícími se v tomto řízení. Každý ze základních principů civilního soudního řízení vyjadřuje určitou základní, nenahraditelnou a nezastupitelnou společenskou hodnotu v oblasti civilního procesu. Uplatnění těchto společenských a lidských hodnot má často protiřečivou povahu, takže systém základních zásad určitého právního odvětví, tedy i civilního procesu, se jeví jako optimální sjednocení různých, často protikladných tendencí. **Optimální a proporcionální** možnost uplatnění základních procesních zásad umožňuje uskutečnit cíl civilního procesu, totiž spravedlivou ochranu subjektivních práv a zákonem chráněných zájmů.

Od procesních principů, které tvoří základní strukturu civilního procesu, je třeba odlišovat pojem **procesních povinností**. Byť některé z procesních povinností úzce souvisejí

s uplatněním procesních principů (srov. např. povinnost tvrzení a povinnost důkazní a jejich souvislost s uplatněním principu projednacího), nelze tyto pojmy zaměňovat.

Procesní povinnosti představují v civilním procesu zvláštní kategorie, s jejichž nesplněním jsou spojeny **různé procesní důsledky**. V civilním procesu mají tyto důsledky buď povahu **procesních břemen**, nebo zákonem stanovených, či předvídaných **sankcí**.

Problémům spojeným se vznikem, realizací a legislativním zakotvením procesních povinností, jakož i následkům jejich nerespektování procesními stranami, se věnoval ve svých početných teoretických pracích zejména prof. Josef Macur, který je nepochybně jedním z nejvýznamnějších českých procesualistů.

Konstatoval, že „*Současná procesní právní věda vyspělých zemí zpravidla uznává v podstatě jen šest procesních povinností. Jedná se o povinnost zamezit průtahům řízení (povinnost urychlovat řízení), povinnost řádného (náležitého, poctivého) vedení sporu, povinnost předložit listiny, povinnost vysvětlovací, povinnost pravdivosti a povinnost dostavit se k jednání.*“¹ Mezi uvedenými procesními povinnostmi, zatěžujícími procesní strany, hrají zvláště důležitou roli především **povinnost pravdivosti** a **povinnost vysvětlovací**, neboť jejich realizace určuje vnitřní dynamiku soudního řízení, potažmo usnadnění co nejúplnějšího objasnění skutkového stavu.

J. Macur se ve svých monografiích a člancích vícekrát a v různých souvislostech právě na problematiku povinnosti pravdivosti a povinnosti vysvětlovací zaměřil. Pozornost věnoval nejen vymezení uvedených pojmů a jejich obsahu, ale také jejich významu pro dosažení cíle civilního procesu a jejímu zákonnému vyjádření. Vycházel přitom především z teoretických názorů významných německých a rakouských procesualistů a právní úpravy povinnosti pravdivosti v procesních rádech některých vyspělých západních zemí. Věnoval rovněž pozornost vývoji české právní úpravy povinnosti pravdivosti a povinnosti vysvětlovací v civilním procesu a současným problémům jejich zákonné úpravy, resp. jejich zakotvení v občanském soudním řádu.²

V uvedených pracích Macur spojuje **pojem povinnosti pravdivosti** zejména s povinností sporných stran **pravdivě a úplně** vylíčit rozhodující skutečnosti, které se týkají projednávané věci (předmětu řízení). Poukazuje přitom na skutečnost, že pouze při splnění povinnosti pravdivosti takto formulované v dřívějším znění OSŘ(§ 101 odst. 1 OSŘ a § 79 odst. 1 OSŘ), může být mimo jiné dosaženo spravedlivé ochrany skutečných hmotněprávních vztahů a subjektivních soukromých práv a oprávněných zájmů.

Při bližším zkoumání pojmu povinnosti pravdivosti vyniká přitom jeho složitost, a to zejména z hlediska jeho rozpoznatelnosti, neboť jde o kategorii subjektivní povahy. Macur v

¹ Macur, J.: Důkazní břemeno v civilním soudním řízení. Brno: Masarykova univerzita, 1995, str. 80.

² srov. např.:

Macur, J.: Povinnost a odpovědnost v občanském právu procesním. Brno: Masarykova univerzita, 1991; Macur, J.: Důkazní břemeno v civilním soudním řízení. Brno: Masarykova univerzita, 1995; Macur, J.: Kompenzace informačního deficitu procesní strany v civilním soudním sporu. Brno: Masarykova univerzita, 2000; Macur, J.: Povinnost pravdivosti v civilním soudním řízení. Právo a podnikání, ročník 1995, č. 11; dále Macur, J.: Povinnost pravdivosti a její legislativní úprava v civilním soudním řádu. Právní rozhledy ročník 1999, č. 4; Macur, J.: Povinnost tvrzení a vysvětlovací povinnost procesních stran v civilním soudním řízení. Právo a podnikání, ročník. 1995, č. 9.

této souvislosti uvádí, že „*Při posuzování povinnosti pravdivosti nezáleží na objektivní pravdě, ale pouze na subjektivním přesvědčení o ní*“.³

Povinnost pravdivosti Macur vymezuje tak, že „*procesní strana nesmí tvrdit skutečnosti, o nichž je přesvědčena, že jsou nepravdivé. Nesmí také popírat tvrzení odpůrce, je-li přesvědčena o jejich pravdivosti*“.⁴ Dále uvádí, že „*Porušení povinnosti pravdivosti se může strana dopustit nejen pozitivně nepravdivými tvrzeními, ale také vědomým potlačováním poznatků o podstatných skutečnostech. Procesní strany se mají zdržet všeho, co vede k zatemnění poznatků o skutečnostech. Nesmí se ve svých přednesech odchýlit od pravdy a mají se vyhnout neúplným, nepřesným a mnohoznačným výkladům*“.⁵

Povinnost pravdivosti podle Macura směřuje jednak vůči soudu, jednak vůči druhé straně sporu a rovněž všem ostatním subjektům, zúčastněným na řízení, které by nepravdivými přednesy mohly být dotčeny ve svých právech. Zdůrazňuje, že povinnost pravdivosti vzniká také zástupcům procesních stran a jejich zmocněncům, popř. také vedlejším účastníkům. Ačkoli uznává složitost a obtížnost podmínek činnosti zmocněnce, zejména advokáta, zdůrazňuje, že zmocněnec by měl odmítnout zastupování, uplatňuje-li zastoupená strana **zřejmě neoprávněné nároky**. Takový postup odpovídá i požadavkům etického kodexu advokátů. Současně však dodává, že případy, kdy advokát dospívá ke zcela jednoznačnému přesvědčení o neoprávněnosti klientem uplatňovaného nároku, jsou jen ojedinělé.⁶

Legislativní vyjádření povinnosti pravdivosti nalezneme v civilních soudních řádech mnoha zemí, včetně předmnichovské Československé republiky, a to zejména v důsledku odmítnutí původně se uplatňující liberální koncepce civilního procesu. Dodnes je povinnost pravdivosti nejen obecně uznávána procesní teorií v Rakousku, Německu a v dalších vyspělých evropských státech, ale je rovněž právně zakotvena v právních řádech těchto zemí.

Ještě za Macurova života byly patrné tendence českého zákonodárce, vedoucí k odmítnutí formulace o povinnosti **pravdivého** vylíčení skutkových okolností procesními stranami. V současném platném občanském soudním řádu již výslovná formulace o povinnosti pravdivého uvedení skutkových skutečností zcela chybí (srovnej platné znění § 79 odst. 1 a § 101 odst. 1 o. s. ř.).

Přístup k důslednému rozboru povinnosti pravdivosti v civilním soudním řízení, včetně jejího legislativního zakotvení tak, jak byl prezentován uvedeným autorem, je nutné ocenit, neboť v české procesní teorii jsou práce věnované této problematice spíše ojedinělé. S naprostou většinou Macurových teoretických závěrů k této problematice lze souhlasit. To se týká zejména jeho přesvědčení, že rezignace zákonodárce na výslovném stanovení povinnosti pravdivosti v civilním soudním řádu, by mohla znamenat návrat k takové koncepci civilního procesu, jaká se uplatňovala na přelomu osmnáctého a devatenáctého století. Takový stav je přitom jistě nežádoucí nejen pro **zastávce přirozenoprávní teorie**, pro něž „*vyloučení pozitivně právní úpravy spojené s formulací o povinnosti „pravdivého“ objasnění skutkových okolností procesními stranami, nemuselo znamenat vznik zvlášť obtížně řešitelného*

³ Macur, J.: Povinnost pravdivosti v civilním soudním řízení. Právo a podnikání, ročník 1995, č. 11.

⁴ Macur, J.: Povinnost pravdivosti a její legislativní úprava v civilním soudním řádu. Právní rozhledy ročník 1999, č. 4.

⁵ Tamtéž.

⁶ Srov. Macur, J.: Povinnost pravdivosti v civilním soudním řízení. Právo a podnikání, ročník 1995, č. 11.

problému.“ Tito představitelé teorie i praxe přiznávají totiž povinnosti pravdivosti „zvláštní, výjimečné postavení, odpovídající základním principům morálky. Povinnost pravdivosti by mohla být chápána jako povinnost absolutní a bezprostředně spojená se vznikem každého soudního řízení, aniž by byla podmíněna pozitivně právní úpravou“.⁷

Značná část právní teorie a praxe, která není stoupencem přirozenoprávní teorie, by však byla nucena hledat zdůvodnění povinnosti pravdivosti alespoň **v základních ustanoveních občanského soudního řádu**, konkrétně v ustanovení jeho § 1, ve kterém je dosažení účelu civilního soudního řízení spojeno s požadavkem takového postupu soudu a účastníků v občanském soudním řízení, aby byla zajištěna spravedlivá ochrana práv a oprávněných zájmů účastníků, jakož i výchova k zachování zákonů, k čestnému **plnění povinností** a k úctě k právům občanů.

Domnívám se, že za situace, kdy je v platném občanském soudním řádu zřejmá absence jasné formulace o povinnosti **pravdivě** vylíčit skutkové okolnosti, je nutné trvat na zachování institutu povinnosti pravdivosti, tak jak ji formuloval a zdůvodňoval prof. Macur **v teoretické rovině**, neboť ona nepochybně tvoří jakousi základnu pro jeho **rozvíjení v legislativní a soudní praxi**. Proto se obávám, že pouhý odkaz na ustanovení § 1 občanského soudního řádu v souvislosti s formulací povinnosti pravdivosti nemůže obstát.

Při realizaci procesních práv a procesních povinností v civilním soudním řízení, resp. v souvislosti s hodnocením této realizace **nelze, podle mého soudu, vycházet jen z morálních postulátů, tak jak jsou prosazovány představiteli přirozenoprávní nauky**. Mám za to, že je nutná a potřebná jasná a poměrně konkrétní formulace povinnosti pravdivosti v právní úpravě civilního soudního procesu, popřípadě taková rámcová formulace této povinnosti, z níž by povinnost pravdivosti zcela jednoznačně vyplývala.

Tento požadavek je opodstatněný především možností vzniku nepříznivých důsledků porušení povinnosti pravdivosti. Nepříznivé následky nesplnění povinnosti pravdivosti netkví totiž pouze v morální rovině, ale mohly by se (oprávněně) prosazovat i v rovině právní.

Vzhledem k povaze povinnosti pravdivosti, shora charakterizované, považuji proto za žádoucí přesnější vymezení jejího obsahu soudním řádem. Lze sice přijmout Macurův názor, podle něhož legislativní úprava povinnosti pravdivosti nemůže obsahovat podrobnou specifikaci poměrně složitého obsahu této povinnosti, ale postačí, jestliže její zákonné znění bude pouze rámcové a neúplné. Domnívám se však, že dlouhodobě neobstojí takový právní status, v němž bude zákonná formulace povinnosti pravdivosti zcela chybět, resp. pokud nebude ze zákona čitelnější. Nelze totiž ani cestou procesní právní teorie a judikatury soudů vysvětlovat takové právní pojmy, které v zákoně nejsou obsaženy vůbec, resp. takové, jejichž vyjádření nelze považovat ani za rámcové a neúplné, neboť takový stav by vedl k nežádoucí libovůli soudů při zjišťování a zejména posuzování skutkového stavu.

Právní úprava procesní povinnosti pravdivosti není podle mého názoru dostatečná. Povinnost pravdivosti zavazující sporné strany civilního soudního řízení nelze dovozovat pouze z ustanovení § 1 OSŘ v jeho platném znění, a to mimo jiné i proto, že účelu civilního soudního řízení má být podle této formulace dosaženo nejen postupem účastníků, ale i soudu.

⁷ Macur, J.: Povinnost pravdivosti a její legislativní úprava v civilním soudním řádu. Právní rozhledy ročník 1999, č. 4.

Konkretizace procesních povinností, včetně konkretizace povinnosti pravdivosti, resp. takové vymezení povinností, které by mělo alespoň povahu přijatelné rámcové formulace v procesním předpisu, je podle mne potřebné nejen proto, že nerespektování povinnosti pravdivosti může vyvolat nepříznivé následky v občanskoprávní rovině (např. odpovědnost za způsobenou škodu a povinnost k její náhradě), ale mohly by být případně spojovány s odpovědností v rovině trestněprávní. Současná platná právní úprava civilního procesu ani jeho koncepce, podle mého soudu, takové důsledky nepřipouštějí.

Jestliže připustíme, že **povinnost pravdivosti** má, alespoň podle některých procesualistů, „*přirozenoprávní základ, vyplývající z úvahy, že realizace právních norem je vždy podmíněna určitými objektivními konkrétními skutečnostmi, a tedy také výpověď o těchto skutečnostech učiněná v soudním řízení musí být vedena snahou o jejich objektivní, pravdivé vylíčení*“⁸, **povinnost vysvětlovací** je založena na pozitivně právní úpravě. Mezi oběma procesními povinnostmi existují významné rozdíly. Povinnost pravdivosti nemusí být spojena s povinností vysvětlovací, avšak vysvětlovací povinnost zahrnuje vždy také povinnost pravdivosti.

Úvahy nad teoretickými východisky a praktickými dopady uplatňování vysvětlovací povinnosti procesních stran nalezneme jak ve starších Macurových monografiích, tak v těch, které publikoval v posledních letech svého života. Jeho argumenty a závěry o podstatě, funkci a obsahu vysvětlovací povinnosti mají svůj nezpochybnitelný význam, a to zejména z hlediska uplatnění této procesní povinnosti v soudní praxi.

Macur v této souvislosti podrobil teoretické názory na uplatňování vysvětlovací povinnosti důkladné analýze. Dospěl přitom k základnímu poznatku, že procesualisté nazírají na uvedenou problematiku značně rozdílně, ale v podstatě oscilují mezi dvěma základními krajními koncepcemi.

První z nich, reprezentovaná procesualisty zastávajícími široké a neomezené pojetí povinnosti vysvětlovací v civilním procesu (např. R. Sturmer, E. Peters), zdůrazňuje ústavně zaručené garance soudní ochrany. Podle těchto autorů, vycházejících z předpokladu, že pokud má ústava soukromoprávním subjektům garantovat právní ochranu v řízení zaměřeném na nalézání pravdy, **musí tyto subjekty, zejména pak ten účastník sporu, kterého netíží důkazní břemeno, aktivně spolupůsobit při objasňování skutkového stavu**. Nalézání pravdy je nejen hlavním cílem civilního procesu, ale také předmětem veřejného zájmu. Vysvětlovací povinnost sporných stran je tedy chápána jako samozřejmý, obecný prostředek, vedoucí k uvedeným cílům.

Zastánci opačného pojetí (např. P. Arens), považují vysvětlovací povinnost za neslučitelnou s právní povahou moderního civilního procesu a odmítají proto i její právní úpravu. Argumentují zejména tím, že **je třeba respektovat svobodu procesní strany nezatížené důkazním břemenem**, a proto jakékoli omezování autonomie vůle této strany je v rozporu s platným právem; nadto by uznání a přípustění volnosti vysvětlovací povinnosti mohlo vést k nadměrnému posílení soudcovské moci.

Macur sám se přiklonil ke kompromisním názorům na pojetí vysvětlovací povinnosti. Jejich autoři **připouštějí uplatnění povinnosti vysvětlovací strany, nezatížené důkazním břemenem**

⁸ Macur, J.: Povinnost a odpovědnost v občanském právu procesním. Brno: Masarykova univerzita, 1991, str. 86.

v civilním soudním procesu, ale **pouze v omezeném rozsahu a za podmínek konkrétně stanovených.**

Zvláště naléhavé se ukázalo Macurovo úsilí o správné pochopení **povinnosti vysvětlovací té procesní strany, která není zatížena důkazním břemenem.**

Podrobněji se věnoval prof. Macur otázkám uplatňování vysvětlovací povinnosti v souvislosti s problematikou kompenzace informačního deficitu druhé procesní strany, tedy té, která v probíhajícím soudním sporu *„nemůže své skutkové přednesy, na nichž zakládá svoji žalobu, námitky, popřípadě obranu ve sporu, v potřebném rozsahu konkretizovat, resp. substancovat.“*⁹

Macur i v tomto díle především odmítl konstrukci obecné vysvětlovací povinnosti. Připustil sice, že nalézání pravdy je prvořadým cílem civilního procesu, avšak nemůže se uskutečňovat jinak, než procesními formami, tedy za současného respektování kontradiktornosti sporu, zásady projednací a zákonem vymezených procesních rolí subjektů řízení. Argumentoval, že zavedením nebo připuštěním obecné vysvětlovací povinnosti by se zhroutila celá struktura kontradiktorního procesu, jak se postupně vytvářela po několik staletí v úzké vazbě na povahu svého předmětu.

Vědom si nezastupitelnosti vysvětlovací povinnosti v určitých procesních situacích (zejména pokud jedna z procesních stran objektivně nemá možnost jiného přístupu k informacím, důležitým pro posouzení věci), Macur její uplatnění nevyloučil. Poukazoval na to, že jakmile je jedna z procesních stran stížena informačním deficitem a dostává se do důkazní nouze, je funkce civilního procesu jako prostředku nalézání pravdy nejen ohrožena, ale prakticky znemožněna. Proto, je nutno připustit uplatnění zvláštní vysvětlovací povinnosti, jako speciálního prostředku kompenzace informačního deficitu jedné ze stran sporu. **Z tohoto hlediska považuje vysvětlovací povinnost procesní strany pouze za zvláštní případ vyšetřovacího důkazu.** I tak je však nutné opodstatněnost vysvětlovací povinnosti v každém konkrétním případě přísně zkoumat; v každém případě může být vyvozována pouze ze závažných operných bodů formulovaných předem protistranou.

Ve shodě s jedním ze zastánců takového řešení W. Brehmem se vyslovil pro takové pojetí vysvětlovací povinnosti účastníka nezatíženého důkazním břemenem, která by vyplývala přímo ze zákona, resp. kterou by bylo možno ze zákona odvodit. V žádném případě nepřipouštěl možnost, že by uplatnění vysvětlovací povinnosti zejména strany nezatížené důkazním břemenem bylo ponecháno **pouze na vůli soudu.** Právní jistota sporných stran v civilním procesu je totiž mimo jiné zajišťována také tím, že jsou předem stanoveny předpoklady, za kterých druhá strana musí podat vysvětlení určitých skutkových okolností. Pokud by procesní strany, (v tomto případě strana, kterou netíží důkazní břemeno), byly vystaveny náhodným a předem nečitelným procesním situacím, v nichž by se neorientovaly a nemohly předvídat následky procesních úkonů svých i dalších subjektů řízení, přestaly by být plnoprávními procesními subjekty a staly by se pouhým pasivním objektem, manipulovaným soudní mocí. Důkazní nouze, v níž se v konkrétním případě ocitne strana, kterou tíží důkazní břemeno, nemůže být bez dalšího důvodem k tomu, aby druhá strana sporu (nezatížená důkazním břemenem) byla soudem jakkoli donucována k plnění vysvětlovací povinnosti.

⁹ Macur, J.: Kompenzace informačního deficitu procesní strany v civilním soudním sporu. Brno: Masarykova univerzita, 2000, str. 97.

Konec konců situace, kdy k uvedení určitých informací či podání vysvětlení přikročí druhá strana sporu sama, tedy na základě vlastního rozhodnutí, v průběhu soudního řízení vznikají. Jde o takové procesní situace, v nichž sporná strana, která ovšem nemá dostatek potřebných informací, uvede v rámci svých tvrzení určité „opěrné body“ své domněnky, či podezření, aniž by byla schopna je upřesnit. Druhá strana pak může (a zpravidla také má) mít sama zájem na úplném objasnění skutečností založených zmíněnými opěrnými body. Takový případ nastává např. ve sporu pacienta proti lékaři, v němž se žalující pacient domáhá náhrady škody na zdraví, jež mu byla způsobena nesprávnou funkcí lékařského přístroje, aniž by funkci tohoto přístroje a léčebný postup podrobně vysvětlil; žalovanému lékaři pak vzniká vysvětlovací povinnost, aby tyto okolnosti vysvětlil a objasnil.

Macur v této souvislosti přesvědčivě argumentuje, že **vysvětlovací povinnost chrání především procesní zájmy samotného nositele této povinnosti a jen realizaci jeho zájmů, nikoli zájmů druhé strany, která se nachází v důkazní nouzi**. Dodává, že vysvětlovací povinnost strany nezatížené důkazním břemenem může být přesvědčivě zdůvodněna právě realizací jeho zájmů. Nelze však připustit uložení vysvětlovací povinnosti této straně soudem v případě, že by takovým postupem měl být vyřešen stav důkazní nouze strany důkazním břemenem zatížené.

Vysvětlovací povinnost procesní strany nezatížené procesním břemenem považuje totiž Macur za povinnost v plném slova smyslu. Její vznik předpokládá prokazatelnou možnost jejího splnění, to znamená, že procesní strana musí podat vysvětlení, pokud o rozhodných skutečnostech nějaké poznatky má; v opačném případě strana odmítne vysvětlení podat, nebo zůstane pasivní. Soud tedy zpravidla na návrh strany zatížené důkazním břemenem vyzve druhou procesní stranu, aby splnila svoji vysvětlovací povinnost a poskytla soudu důležité informace, potřebné k posouzení věci, ke kterým nemá druhá strana přístup.

Vedle nepříliš četných procesních povinností stran v civilním soudním řízení vyniká důležitost vysvětlovací povinnosti zvláště v některých případech soudní praxe. J. Macur ve svém díle poukazuje na některé z nich.

K realizaci vysvětlovací povinnosti dochází často prohlášením nebo zprávou o určitých skutečnostech. Tak např. lékař, žalovaný o náhradu škody na zdraví pacienta nesprávným léčebným postupem, musí v rámci své vysvětlovací povinnosti podat podrobnou zprávu o tom, jak v jednotlivých fázích léčby postupoval, jaké úkony provedl a jakým způsobem tak učinil.

Podání zprávy může za určitých okolností rovněž umožnit či usnadnit dokazování např. přesným označením svědků, identifikací listin nebo předmětů ohledání (např. fotografií). Procesní strana je povinna identifikovat i třetí osoby, které mají u sebe důležité důkazní prostředky, dále strpět ohledání předmětů, které má ve své držbě nebo ve vlastnictví, popřípadě je povinna tyto předměty vydat k soudnímu ohledání. Vysvětlovací povinnost splní povinná strana i tím, že využije svého práva zbavit svědky povinnosti mlčenlivosti apod.

Stranou jednotlivých koncepcí procesní teorie nezůstala ani otázka uplatnění sankcí za nesplnění vysvětlovací povinnosti sporné strany. Po důkladném rozboru různých pojetí sankce za nesplnění vysvětlovací povinnosti strany nezatížené důkazním břemenem se Macur vyslovil i k této otázce. Své úvahy k tomuto tématu uzavřel, že přijatelná je pouze koncepce, podle níž lze sankci za nesplnění vysvětlovací povinnosti realizovat pouze v rámci volného hodnocení důkazů soudem. Argumentoval především poukazem na skutečnost, že jen při volném hodnocení důkazů „vzniká dostatečný prostor pro uplatnění všech složitých a

početných kritérií v různých, podstatně rozdílných procesních situacích, v nichž uplatnění sankce za porušení vysvětlovací povinnosti přichází v úvahu.“¹⁰

Jak již bylo zdůrazněno, procesní povinnosti účastníků, tedy i povinnost pravdivosti a povinnost vysvětlovací je třeba chápat v kontextu se základními principy moderního civilního soudního procesu. Ty totiž vyjadřují určité hodnoty současné společnosti, z nichž vyniká zejména svoboda lidského jednání. V podmínkách civilního procesu je to pak značná míra svobody procesních stran.

Literatura:

- Macur, J.: Důkazní břemeno v civilním soudním řízení. Brno: Masarykova univerzita, 1995, 172 s., ISBN 8021011610
- Macur, J.: Povinnost a odpovědnost v občanském právu procesním. Brno: Masarykova univerzita, 1991, 151 s., ISBN 8021002646
- Macur, J.: Kompenzace informačního deficitu procesní strany v civilním soudním sporu. Brno: Masarykova univerzita, 2000, 253 s., ISBN 8021022760

Kontaktní údaje na autora – email:

jaruska.stavinohova@law.muni.cz

¹⁰ Macur, J.: Kompenzace informačního deficitu procesní strany v civilním soudním sporu. Brno: Masarykova univerzita, 2000, str. 183.

POUČOVACIA POVINNOSŤ SÚDU A KONCENTRÁCIA CIVILNÉHO SÚDNEHO KONANIA PO OSTATNEJ NOVELE OSP V PROSPEKTÍVNEJ ANTICIPÁCII VÝVOJA CIVILNÉHO PROCESNÉHO PRÁVA

MAREK ŠTEVČEK

Univerzita Komenského, Právnická fakulta, Slovenská republika

Abstrakt v rodném jazyce

Príspevok stručne charakterizuje smer uberania sa civilného procesu v Slovenskej republike. Rozoberá novo zavedené inštitúty a anticipuje ich reflexiu praxou, pričom sa stavia najmä do kritického polohy. Osobitná pozornosť je venovaná vysloveniu predbežného právneho názoru sudcu na prejednávajúcu vec a rozsudku na základe spravodlivého usporiadania pomerov medzi účastníkmi.

Klíčová slova v rodném jazyce

Koncentrácia procesu, poučovacia povinnosť súdu, spravodlivý rozsudok.

Abstract

The article briefly presents the aim of the very last novel of Civil procedure code in the Slovak republic. It describes and analysis new institutes of the civile procedure law, such like a legal opinion of the judge upon the case and judgment based on “justice-settlement”, mostly in a critical way.

Key words

Concentration of the civile procedure, guidance obligation of the court.

Koncentrácia civilného procesu je javom v kontinentálnej Európe pomerne častým, a najmä v posledných rokoch aj v českom a slovenskom civilnom procese takmer populárnym ukazovateľom vývoja civilného procesu a civického procesného práva. Nie je pritom náhodou, že tento príspevok v slovnej forme odzněl, a v písomnej forme je uverejnený práve v tej sekci tejto medzinárodnej konferencie, ktorá je venovaná odkazu profesora Josefa Macura, nestora českej, a tým pádom aj slovenskej procesualistiky.

Práve práce profesora Macura boli pre slovenskú procesualistiku priekopníckymi, a svoju reflexiu nachádzajú aj v normatívnej podobe. O koncentračnej zásade v procesnom práve možno hovoriť vždy tam, kde určité procesné úkony sú koncentrované do určitém fázy konania bez toho, aby bola narušená zásada arbitrárného poriadku. Je potrebné veľmi citlivo vnímať a posudzovať hranicu medzi legálnim a arbitrárnym poriadkom, predovšetkým cez prizmu koncentrácie civilného procesu. Koncentrácia sama osebe nenaruša arbitrárny charakter procesu – ide o nástroj urýchlenia a zefektívnenia procesu vo svetle hospodárnosti konania. Prekludovania procesných úkonov účastníka v dôsledku uplatnenia koncentračného princípu však rozhodne nemá sankčný charakter, akokoľvek to subjektívne účastníci môžu takto vnímať.

Uvedené závery profesora Macura a ďalších teoretikov sa tak premietajú do legislatívneho vývoja aj v Slovenskej republike. Najzásadnejším prielomom v tomto smere bolo zavedenie systému neúplnej apelácie do slovenského civilného procesu – podľa tejto zásady sú skutkové tvrdenia účastníkov a ich dôkazné návrhy koncentrované do fázy prvostupňového konania a

odvolanie možno odôvodniť len taxatívne stanovenými skutočnosťami. Systém neúplnej apelácie už v právej praxi funguje niekoľko rokov, a tak ho možno hodnotiť retrospektívnou analýzou jeho pôsobenia v spoločnosti, čo však nie je zámerom tohoto Krátkého príspevku. Obmezíme sa na konštatovanie, že sme sa s ním „naučili žiť“, a preto z hradiska funkčnosti systému sa nejaví ako prvok narušajúci koherentnosť inštitútov civilného procesu.

Nevedno, s akým zámerom pristupoval slovenský zákonodarca ku konštrukcii novely OSP publikovaného ako zákon 384/2008 Z. z. s účinnosťou od 15. 10. 2008, minimálne čo do odkazu profesora Macura, isté však je, že koncentrácia sad' alej prehľbuje. Neskrývaná inšpirácia českým zákonodarcom sa prejavila prakticky v opísaní relevantných paragrafov OSŘ, predovšetkým ustanovení § 118, 118a, resp. 118b. Konceptne však slovenská novela prebrala len zákonnú koncentráciu konania. Dôvod, prečo neexistuje legislatívny pendant ustanovenia § 118c OSŘ v slovenskom civilnoprocesnom kodexe, nám nie je známy. Ponúkajú sa dve možnosti – buď slovenský zákonodarca nedobre opísal koncentráciu konania z českej právej úpravy, alebo celkom neprenikol do podstaty veci. Alebo od každého trochu.

To, že ostatná novela nezaviedla sudcovskú koncentráciu konania, teda koncentrovanie procesných úkonov účastníka konania na základe rozhodnutia konajúceho súdu a procesného sudcu, je v hrubom rozpore so zásadou arbitrárneho poriadku. Ide o výrazný funkčný i ideologický odklon od arbitrability civilného súdneho konania v prospech jeho legality, čo z teoretického hľadiska nutno odmietnuť. Samo o sebe však koncentrovanie procesu neškodí, ale diferenciácia medzi zákonnou a sudcovskou koncentráciou podčiarkuje skutočnosť voľnej úvahy sudcu v dôkaznej fáze konania, zvyrazňuje jeho úlohu ako arbitra.

Z celkového vyznenia úplného znenia OSP vrátane predmetnej novely však možno konstatovať, že slovenský civilný proces sa uberať smerom koncentrácie konania so zachovaním arbitrárnosti konania. Právny teoretik však niektoré novozavedené inštitúty môže hodnotiť len prospektívne, môže len anticipovať ich vývoj v právej praxi, nakoľko podstatná kritická reflexia pre krátkosť času účinnosti novely pochopiteľne absentuje. Úlohu perspektívneho odhadovania správania sa právej normy v praxi zdôrazňuje navyše tá skutočnosť, že prijatiu novely nepredchádzali prakticky žiadne odborné diskusie či vedecké polemiky, a predpis sa stal účinným presne v deň, kedy nadobudol svoju platnosť, takže sféra legisvakancie v zmysle pripravenia sa na pôsobenie novozavedených inštitútov nebola prakticky žiadna. V ďalšom sa sústreďíme na niektoré novozavedené inštitúty s pokusom o anticipáciu ich praktického pôsobenia.

Najdiskutovanejším a najobavanejším inštitútom je nepochybne novozavedená možnosť sudcu kedykoľvek počas konania účastníkom uviesť, ako sa na základe doteraz tvrdených a preukazovaných skutočností javí právne posúdenie veci (ust. § 100 ods. 1 OSP). Okrem skutočnosti, že ide o fakultatívne uplatňovaný inštitút, treba uviesť i to, že vo svetle odhadov, ako a či vôbec tento inštitút prax bude využívať, že môže ísť o mimoriadne efektívny nástroj usmernenia substancovania tvrdených skutočností a dôkazných návrhov účastníkov, zrejme predovšetkým žalobcu. Podľa dôvodovej správy k publikovanému novelle ide o snahu predísť tzv. prekvapivým či senzačným výrokom. Ak sa tento inštitút v praxi bude uplatňovať správnym spôsobom, pôjde o eliminovanie procesných situácií, kedy sa účastníci snažia preukazovať skutočnosti, ktoré sudca za významné vôbec nepovažuje a naopak, ku skutočnostiam podľa sudcu pre posúdenie veci podstatnú sa vôbec nevyjadria, resp. nepredložia dôkazy na preukázanie svojich tvrdení.

Tento inštitút je pomerne dobre známy z germánskej vetvy kontinentálneho práva, najmä z nemeckého procesu a veľmi sa tam podľa všetkého osvedčil. Konieckoncov, aj český Ústavný

súd judikoval v náleze č. 777/1997 možnosť prediktability výroku rozhodnutia súdu v kontexte proukazovaných a tvrdných skutočností. Tu je však potrebné uviesť, že vyjadrenie predbežného právneho názoru sudcu na prejednávajúcu vec musíme vnímať v kontexte komplexu procesných princípov a zásad, na ktorých je náš civilný proces budovaný. Inak povedané, sudca je povinný rešpektovať to, že vyjadrenie predbežného názoru na vec, resp. právne posúdenie na základe doteraz vykonaných dôkazov nie je v žiadnom prípade sankcia voči jednému z účastníkov, a už vôbec nie návod pre účastníka, ako treba „napasovať“ odôvodnenie, aby sa mohlo rozhodnúť tak, ako navrhuje. Pôjde o citlivé, a v konečnom dôsledku fakultatívne usmerňovanie účastníkov konania k tomu, na čom je civilný proces postavený – k prejednaciemu princípu. Citlivým a správnym uplatňovaním tohto nového inštitútu môže dôjsť naplnenia atribút sudcu ako nezávislého arbitra sporu, proces v budúcnosti by mohol byť oveľa viac o diskusii, o presvedčení sudcu, a napokon aj protistrany o svojej pravde, o dotvorení prejednacieho princípu v jeho najčistejšej podobe, kde žalobca je dominus litis a posudzovaná právna vec sa vyvíja pod procesnou diligenciou strán sporu.

Toto všetko však ako *conditio sine qua non* vyžaduje zrelého a znalého sudcu, a samozrejme aj účastníka. Sudca musí chcieť vedieť uplatňovať tento inštitút a presvedčiť širokú odbornú verejnosť o tom, že predmetný inštitút nie je a nebude o „legalizovanom navádzaní protistrany“, ako sa už vyskytli názory z advokátskych kruhov. Len dôsledné pochopenie prejednacieho princípu umožní sudcovi využívať tento inštitút v súlade s právom na spravodlivý proces, súčasťou ktorého je nepochybne i prediktabilita súdneho konania, kontinuálne výsledovateľná línia myšlienkového pochodu sudcu pri hodnotení tvrdných skutočností a vykonaných dôkazov, čím sa zase v konečnom dôsledku eliminuje možnosť odôvodňovania odvolaní práve onou prekvapivosťou výroku, či povedané procesnou terminológiou skutočnosťou, že právne posúdenie a skutkové zistenia súdu prvého stupňa nemajú oporu vo vykonanom dokazovaní.

Ak je tento príspevok snahou o zamyslenie sa nad fungovaním inštitútov civilného procesu v budúcnosti, musí sa obmedziť na konštatovanie, že v rukách dobrého a znalého sudcu sa prednesenie predbežného právneho posúdenia stane nástrojom efektívneho výkonu súdnictva. Problematickou však podľa nášho názoru stále zostáva premisa uvedeného záveru, už spomínaná nevyhnutná podmienka spravodlivého procesu...

Systematicky s touto možnosťou sudcu úzko súvisí novozavedené ustanovenie § 118 ods. 2 OSP, v zmysle ktorého musí súd uviesť po skončení úvodných prednesov sporových strán, teda po prednesení žalobného návrhu a po odznení repliky žalovaného, uviesť pre onanie zásadné skutočnosti. Teda konkrétne uvedie, ktoré skutočnosti má za preukázané, za nesporné, aké skutočnosti naopak zostali medzi účastníkmi sporné, ktoré dôkazy vykoná a ktoré z navrhnutých dôkazov naopak nevykoná. Z dikcie zákona však nie je zjavné, či má súd túto povinnosť pri každom pojednávaní, teda i na každom ďalšom, odročenom pojednávaní, alebo len na pojednávaní vo veci samej prvom. Skôr sa prikláňame k názoru, že pôjde o povinnosť súdu len na prvom pojednávaní, a ďalší postup by mal zodpovedať už analyzovanému dikci § 100 ods. 1 OSP. Problém je však v tom, že kým vyjadrenie predbežného právneho názoru na prejednávajúcu vec je fakultatívnou možnosťou súdu, prednesenie nesporných a sporných skutočností a označenie vykonávaných a nevykonávaných dôkazov je obligatórna, koncentrovaná povinnosť súdu, ktorá sa musí uskutočniť v momente po úvodnom prednesení strán na pojednávaní (čo plne koresponduje so zásadou ústnosti civilného procesu. Účastníci totiž môžu prednášať dôkazné návrhy až do vyhlásenia uznesenia, ktorým sa dokazovanie končí, čo spravidla nebude hneď na prvom pojednávaní, hoci podľa dikcie zákona by tomu tak byť malo. Nemôžeme však ignorovať praktické konotácie problému – spravidla málokedy pri

zložitosti prejednávanych prípadov bude možné rozhodnúť vec meritorné už na prvom pojednávaní. Samozrejme sa súd s otázkou, ktoré dôkazy nevykonali a prečo musí vysporiadať v odôvodnení rozsudku (či prípadne iného meritórneho rozhodnutia), avšak tým sa minie snaha o elimináciu už spomínaných prekvapivých rozhodnutí účinkom.

Práve s poukazom na uvedené by bolo treba uvedené ustanovenia a povinnosti súdu vnímať v súvislostiach, resp. vnímať v tej súvislosti, že má ísť o ontologickú jednotu poučovacích povinností parciálneho charakteru, ktorej výsledkom je inštruovať účastníka už počas konania k tomu, aby dokázal predvídať rozhodnutie súdu. Inak povedané, účastníkovi by malo byť zrejmé, že neunesol dôkazné bremeno ohľadne ním tvrdených skutočností už v priebehu procesu. Poučovacia povinnosť súdu, hoci konkrétne nemusí znieť oným typickým „poučujem vás“ má nevyhnutne smerovať k tomu, aby účastník svoju povinnosť tvrdenia a dôkaznú povinnosť v procese ustál tak, aby vedel, ako súd rozhodne skôr, ako sa vyhlási rozhodnutie vo veci samej. Nepochybne má uvedené dosah i do sféry odvolacieho a dovolacieho konania, na ktoré sa tiež vzťahuje koncentračný princíp.

Kto chce, nájde na uvedenom dikcii dosť chýb i medzier, ak by sme však hľadali onen „duch zákona“, nepochybne by sme mali dospieť k takému uplatňovaniu nových i staronových procesných inštitútov, ktorých diferencované a citlivé uplatňovanie má prispieť k efektívnosti konania a k zabezpečeniu práva účastníka konania na spravodlivý súdny proces.

Na úplný záver len krátka poznámka – pri ústnom prednese na konferencii som zaujal kritickejšie postoje k týmto inštitútom a bol som väčším skeptikom voči záverom prezentovaným v tomto článku, ale diskusii a polemikou, taká charakteristická pre medzinárodné vedecké konferencie, ma donútili čiastočne modifikovať svoje postoje a zachovať si vieru, že civilný proces nie je a nebude len súhrnom objektivizovaných právnych noriem „sveta sollen“, toho čo má byť, ale živým inštrumentárium, ktorého citlivé uplatňovanie napriek alebo práve v dôsledku koncentračnej zásady a jej uplatňovania, prispieje k spravodlivému vnímaniu sveta.

Nadpis tohto krátkeho príspevku sľuboval odhadovanie týchto inštitútov čo do sféry pôsobenia do budúcnosti. Jeho záver však skôr vyznieva ako viera v ich budúce uplatňovanie...

Kontaktní údaje na autora – email:

stevcek@flaw.uniba.sk

OBRÁCENÍ DŮKAZNÍHO BŘEMENE O ZAVINĚNÍ V OBČANSKÉM PRÁVU

MICHAL VLASÁK

Právnická fakulta Masarykovy univerzity, Česká republika

Abstrakt v rodném jazyce

Príspevek sa zaoberá problematikou obrátenia dôkazného bremena o zavinění v občanském právu. V první části autor poukazuje na presumpci zavinění v díle J. Macura. Další část je věnována stávajícímu českému přístupu reprezentovanému ust. § 420 odst. 3 obč. zák., který presumuje zavinění paušálně. Následující podkapitola poukazuje na řešení přijaté v návrhu občanského zákoníku, který navazuje na dosavadní právní úpravu. Předposlední část předkládá doporučení přijatá v projektu Principů evropského deliktního práva. Závěr nabízí vlastní kritické úvahy autora na předmětné téma.

Klíčová slova v rodném jazyce

Důkazní břemeno, zavinění, obrátení důkazního břemene o zavinění, presumpce zavinění.

Abstract

Article deals with reversal of the burden of proving fault in civil law. In the first part author focuses on the presumption of fault in J. Macur's writing. Next part concerns nowadays czech approach represented by art. 420 para. 3 which presumes fault at large. Following section refers to draft of the civil law which is clearly connected with current solution. Next to the last part deals with recommendations in the field of burden of proving fault from Principles of European Tort Law project. Last section offers author's own critical attitude to this topic.

Key words

Burden of proof, fault, reversal of the burden of proving fault, presumption of fault.

MOTTO

„Prezumpce zavinění je prezumpcí hmotně právní. Stanovení této hmotně právní prezumpce je jediným přiměřeným způsobem, jak zákonodárce může průběh dokazování ovlivnit.“¹

1. ÚVOD

I přes novodobý vývoj deliktního práva směřujícího k nárůstu skutkových podstat objektivní odpovědnosti se ukazuje, že koncept zavinění hraje i nadále v odpovědnostních vztazích dominantní úlohu. Zavinění tvoří stále základ deliktní i smluvní odpovědnosti za škodu, zavinění je fundamentálním sociálním a etickým důvodem připsatelnosti škody, samotným jádrem odpovědnostních vztahů.² Někteří autoři jdou ještě dále, když tvrdí, že „zavinění je vždy nutné“,³ přitom jsou si velice dobře vědomi existence objektivní odpovědnosti.

¹ Macur, J. Odpovědnost a zavinění v občanském právu. Brno: Universita J. E. Purkyně – právnická fakulta, svazek 35, 1980, s. 153.

² Widmer, P. (ed.) Unification of Tort Law: Fault. Hague: Kluwer Law International, 2005, p. 332.

³ Rogers, W. V. H. Fault under English Law, p. 65. In: Widmer, P. (ed.) Unification of Tort Law: Fault. op. cit. sub 2.

V tomto příspěvku se proto pokusím ve stručnosti poukázat na dílčí podinstitut z oblasti soukromoprávních odpovědnostních vztahů, ve kterém se snoubí prvky zavinění (hmotného práva) a prvky obrácení důkazního břemene (procesního práva) včetně jejich funkčních vazeb. Půjde mi především o otázku obrácení důkazního břemene o zavinění, resp. presumpci zavinění.

2. PRESUMPCE ZAVINĚNÍ V DÍLE J. MACURA

Pokud jde o problematiku presumce zavinění, vychází J. Macur z hypotézy, podle níž je důkazní břemeno ryze procesní povahy a tato jeho povaha znemožňuje, aby bylo přesouváno, přenášeno, děleno či obráceno. Podle J. Macura názor, že důkazní břemeno je hmotněprávní povahy, vyplývá v podstatě z nesprávného pojetí institutu právní moci soudních rozhodnutí, resp. z nesprávného pojetí materiální stránky právní moci. Nesouhlasí tak především s názorem Š. Lubyho, že důkazní břemeno je institutem hmotného práva.⁴

Na druhé straně však J. Macur uznává, že jsou možné různé způsoby uplatnění důkazního břemene s tím, že jiná je právní situace v případě, kdy zavinění škůdce musí dokazovat poškozený a jiná v případě, kdy škůdce musí prokázat svoji nevinu. Oponuje názoru, podle něhož je situace prakticky v obou případech stejná a že poškozený se stěžít může dostat do důkazní nouze, neboť není pravidelně povinen nic tvrdit o subjektivní stránce škůdcově ani tehdy, jestliže důkazní břemeno o zavinění škůdce leží na poškozeném.⁵

Prostřednictvím těchto výchozích úvah se dostává J. Macur k jádru celé věci, když tvrdí, že presumce zavinění je presumpcí hmotně právní, na rozdíl od otázky důkazního břemene, která je institutem procesním. Stanovení hmotněprávní presumce zavinění označuje za jediný přiměřený způsob, jak zákonodárce může průběh dokazování ovlivnit. Jestliže totiž procesní právo stanoví, že dokázat určité skutečnosti musí ten účastník, který se jich za účelem zdůvodnění svého nároku dovolává, pak hmotné právo určuje obsah hmotněprávních nároků a skutečností, jimiž je podmíněn jejich vznik.

Škůdce tedy musí dokázat svoji nevinu nikoliv proto, že došlo k přenesení nebo obrácení důkazního břemene, ale proto, poněvadž tvrdí určité hmotněprávní skutečnosti, z nichž pro něho vyplývá určité oprávnění (jeho zproštění odpovědnosti). Z procesního hlediska zde nedochází k žádné výjimce ani zvláštnosti. Uplatňuje se obecný princip „*affirmanti incumbit probatio*.“⁶

Příspěvek v další části vychází z naznačených teoretických úvah, avšak ponechává stranou nastíněný spor o to, zda je obrácené důkazní břemeno ryze procesním institutem nebo institutem hmotněprávním; místo toho se snaží zaměřit na problematiku obráceného důkazního břemene o zavinění v české a evropské civilistice *de lege lata* a *de lege ferenda*.

3. PRESUMPCE ZAVINĚNÍ V OBČANSKÉM ZÁKONÍKU (DE LEGE LATA)

Český občanský zákoník deklaruje zásadu presumovaného zavinění v ust. § 420 odst. 3, podle něhož *se odpovědnosti zproští ten, kdo prokáže, že škodu nezavinil*. Stávající verze citovaného ustanovení je odrazem tzv. velké novely občanského zákoníku provedené

⁴ Macur, J., op. cit. sub. 1, s. 146, 149, 151.

⁵ Ibidem, s. 151.

⁶ Ibidem, s. 153, 154.

zákonem č. 509/1991 Sb. Změna oproti původnímu znění spočívá především ve skutečnosti, že za stávající situace se může exkulpat i právnická osoba, prokáže-li nedostatek zavinění na straně těch, kteří za ni jejím jménem jednali (§ 420 odst. 1), nebo těch, které při své činnosti použila (§ 420 odst. 2). Předchozí verze hovořila v ust. § 420 odst. 2 obč. zák. o tom, že se odpovědnosti *občan* zprostí, jestliže prokáže, že škodu nezavinil.

Současná teorie a praxe omezuje presumpci zavinění na presumpci nedbalosti, a to pouze nedbalosti nevědomé, která nastupuje tehdy, pokud byla prokázána škoda a porušení právní povinnosti včetně existence příčinné souvislosti mezi nimi.⁷ Jsou-li předpoklady odpovědnosti škůdce splněny, lze uvažovat o jeho exkulpací. Je na škůdci, aby prokázal, že vzniklou škodu nezavinil, tedy že při jeho protiprávním jednání nešlo ani o nevědomou nedbalost. Škůdce musí prokazovat skutkové okolnosti, z nichž lze učinit spolehlivý závěr, že na škodě vzniklé z protiprávního úkonu nenese vinu. Chce-li se škůdce zprostit odpovědnosti za škodu, nestačí důkaz, že učinil vše podle svých subjektivních schopností a znalostí. Kritériem hodnocení musí být objektivní míra úsilí, kterou je možno požadovat od každého občana, přičemž měřítko by mělo být aplikováno konkrétně s přihlédnutím k určité situaci a diferencovaně.⁸

Tvrdí-li poškozený škůdčův úmysl, musí jej prokázat,⁹ neboť presumpce zavinění se nevztahuje na úmysl. Tak například při rozhodování o nároku na náhradu škody je soud povinen vždy zkoumat, zda jsou dány zákonné předpoklady pro snížení požadované náhrady škody podle ust. § 450 obč. zák., snížení nelze provést, jde-li o škodu způsobenou úmyslně.¹⁰

Část české civilistiky kromě vědomé a nevědomé nedbalosti rozlišuje ještě prostou nedbalost (*culpa levis*) a hrubou nedbalost (*culpa lata*), které se dopustí ten, kdo nepozná, co je zřejmé všem, jakož i ten, kdo se zaváže k profesionálnímu výkonu, ale nedostojí svému závazku pro nedostatek potřebných znalostí nebo pečlivosti.¹¹ Stran možných pochybností nad oprávněností zavedení kategorie prosté nedbalosti, která dle mého názoru *de lege lata* z občanského zákoníku nevyplývá, a to ani s odkazem na ust. § 42a odst. 2 nebo § 485 odst. 2 obč. zák.,¹² lze s autory souhlasit, že presumpce zavinění by zahrnovala pouze prostou nedbalost, kdežto hrubá nedbalost by musela být poškozeným prokázána.

Dodejme, že se v obchodních závazkových vztazích problematika obrácení důkazního břemene nevztahuje k zavinění, jež pro oblast odpovědnosti za škodu v obchodním styku není relevantní, nýbrž se vztahuje k okolnostem vylučujícím odpovědnost.¹³

⁷ Švestka, J., Spáčil, J., Škárková, M., Hulmák, M. a kol. Občanský zákoník I. § 1-459. Komentář. 1. vydání. Praha: C. H. Beck, 2008, s. 1070.

⁸ Holub, M. a kol. Odpovědnost za škodu v právu občanském, pracovním, obchodním a správním. Praha: Linde, 2003, s. 343.

⁹ Např. ust. § 423, § 424, § 447 odst. 2 a § 450 obč. zák.

¹⁰ Srov. R 34/1969

¹¹ Eliáš, K. a kol. Občanský zákoník. Velký akademický komentář. 1. svazek. Praha: Linde Praha, a. s., 2008, s. 799.

¹² Dovožováno ze slovních spojení „náležitá pečlivost“ a „mohl a měl vědět“. Podle názoru autora tohoto příspěvku zná stávající český občanský zákoník pouze nedbalost vědomou, nevědomou a hrubou.

¹³ Srov. § 373 a § 757 obch. zák. V podrobnostech lze odkázat na Bejček, J., Eliáš, K., Raban, P. a kol. Kurs obchodního práva. Obchodní závazky. 4. vydání. Praha: C. H. Beck, 2007, s. 105-111.

4. NAHLÉDNUTÍ DO NÁVRHU OBČANSKÉHO ZÁKONÍKU (DE LEGE FERENDA)

Návrh občanského zákoníku (dále jen „n.o.z.“) vychází v oblasti deliktních závazků z tradičního pojetí subjektivní odpovědnosti za škodu a staví na způsobení škody zaviněným porušením právní povinnosti (§ 2639 odst. 1 n.o.z.), přičemž, prokáže-li poškozený porušení právní povinnosti škůdcem, vznik škody a příčinnou souvislost mezi nimi, předpokládá se na základě vyvratitelné právní domněnky škůdcovo zavinění ve formě lehké (prosté) nedbalosti. Spojuje-li se zvláštní škůdcova povinnost k náhradě s hrubou nedbalostí nebo s úmyslem, musí takovou formu škůdcova zavinění prokázat poškozený.¹⁴ Slovy ust. § 2639 odst. 2 n.o.z.: *Má se za to, že kdo jinému způsobil škodu, zavinil ji vlastní nedbalostí.*

Přesto, že § 2639 odst. 2 n.o.z. nehovoří výslovně o možnosti škůdce zprostit se odpovědnosti za škodu, z návěti „má se za to“, které konstruuje vyvratitelnou právní domněnku, lze úspěšně dovozovat, že důkaz opaku a tím i možnost zproštění se odpovědnosti za zavinění zůstane i nadále součástí českého právního řádu. Návrh tedy obsahově navazuje na právní úpravu *de lege lata*, když presumpci zavinění konstruuje pomocí vyvratitelné právní domněnky.

Lze stručně shrnout, že v českém právním prostředí (§ 420 odst. 3 obč. zák.) je problematika presumpce zavinění vystavěna na tradičních teoretických základech (J. Macur), které nachází svůj odraz i v návrhu nového občanského zákoníku (§ 2639 odst. 2 n.o.z.).

Na druhou stranu, z pohledu evropské soukromoprávní doktríny, se zdá být zdejší řešení poněkud nestandardní, neboť se presumpce zavinění v českém občanském zákoníku **pausaálně** vztahuje na celou oblast subjektivní odpovědnosti a nikoli pouze na vybrané kategorie subjektivních odpovědnostních vztahů, jak je tomu běžné ve většině členských států Evropských společenství. Převažujícím evropským tendencím se alespoň stručně věnuje následující část příspěvku.

5. OBRÁCENÍ DŮKAZNÍHO BŘEMENE O ZAVINĚNÍ V PRINCÍPECH EVROPSKÉHO DELIKTNÍHO PRÁVA (PETL)

V současné evropské civilistice lze vysledovat určitá východiska a trendy vývoje deliktního práva.¹⁵ Za reprezentativní a všeobecně přijímaný bývá považován projekt Principů evropského deliktního práva (PETL – Principles of European Tort Law),¹⁶ na kterém kooperovala řada předních evropských odborníků z akademického prostředí a právně aplikační praxe. PETL principy lze zařadit spolu s dalšími „soukromými kodifikacemi“ do kategorie spontánní europeizace práva.¹⁷

¹⁴ Důvodová zpráva k n.o.z., s. 441.

¹⁵ Berg, R., Visscher, L. German Working Papers in Law and Economics. The Principles of European Tort Law: The Right Path to Harmonization?, Paper 8, vol. 2006. Dále Koch, A. The Work of the European Group on Tort Law – The Case of Strict Liability. European Centre of Tort and Insurance Law, Barcelona, 2003, Working paper No: 129.

¹⁶ Projekt vznikl pod gescí European Group on Tort Law (www.egtl.org) za výrazného přispění European Centre of Tort and Insurance Law (www.ectil.org). Srov. Koziol, H. (ed.) Tort and Insurance Law Yearbook – European Tort Law 2005. European Centre of Tort and Insurance Law, Wien: Springer, 2006, 713 p.

¹⁷ Blíže k pojmu spontánní europeizace soukromého práva viz Tichý, L. Spontánní europeizace soukromého práva. Evropské právo. Příloha Právních rozhledů, 2000, č. 2, s. 1-5. Tomášek, M. Lesk a bída „europeizace“ občanského práva. Právník, 2004, č. 1, s. 1-15. Hurdík, J., Fiala, J., Ronovská, K. Východiska a tendence vývoje českého občanského práva po vstupu České republiky do Evropské unie, In: Hurdík, J., Fiala, J., Selucká, M.

Česká civilistická právní věda se zevrubnou analýzou těchto principů dosud příliš nezabývala, nicméně se již objevují náznaky komparativních analýz v rámci zkoumání širších témat.¹⁸ Na druhou stranu lze s potěšením konstatovat, že domácí právně aplikační praxe zastoupená především Ústavním soudem Principy evropského deliktního práva nejenže zaregistrovala, ale dokonce na ně v mnohých svých rozhodnutích odkazuje.¹⁹

S určitou licencí lze ve stručnosti charakterizovat předpoklady odpovědnosti za škodu podle PETL tak, že ke vzniku povinnosti hradit škodu se vyžadují následující předpoklady:

1. porušení právem chráněného zájmu,
2. škoda,
3. příčinná souvislost mezi porušeným právem chráněným zájmem
4. zavinění (vyjma případů objektivní odpovědnosti).

Pokud jde o otázku důkazního břemene, v zásadě platí, že žalující strana (poškozený) prokazuje porušení právem chráněného zájmu, vznik škody a existenci příčinné souvislosti mezi porušeným právem chráněným zájmem a vznikem škody. Pokud jde o zavinění, drtivá většina evropských právních řádů, z nichž PETL vyvěrají, vyžaduje, aby i zavinění na straně žalovaného prokázal **žalobce**. Český občanský zákoník a návrh občanského zákoníku představují z tohoto pohledu tedy spíše výjimku.

Subjektivní odpovědnost s obráceným důkazním břemenem ohledně zavinění tvoří v PETL mezistupeň mezi subjektivní odpovědností a odpovědností bez zavinění. Koncept obrácení důkazního břemene vychází ze skutečnosti, že existují situace, kdy je míra rizika vyšší než obvykle, nicméně ještě nedosahuje takové intenzity, aby byly tyto případy zcela vyňaty z kategorie subjektivní odpovědnosti a přeneseny do kategorie odpovědnosti objektivní. Zavinění s obrácením důkazního břemene tvoří jakýsi pomyslný most mezi subjektivní a objektivní odpovědností,²⁰ což potvrzuje, že mezi těmito dvěma základními druhy

Evropský kontext vývoje českého práva po roce 2004. Brno: Masarykova univerzita, 2006, s. 168. K europeizaci deliktního práva srov. *Vlasák, M.* Europeizace soukromoprávních deliktních vztahů. In: *Europeanization of the national law, the Lisbon Treaty and some other legal issues*. 1. vydání. Brno: Tribun EU, s.r.o., 2008. od s. 1367-1377.

¹⁸ Lze uvést alespoň *Pelikánová, I.* Principy evropského deliktního práva. *Právní zpravodaj*, 2007, č. 7, s. 5 a násl. *Křivohlavá, P.* Civilní odpovědnost a evropské pokusy o vytvoření jednotného právního rámce. *Právní rozhledy*, 2008, v tisku. *Vlasák, M.* Právem chráněný zájem a škoda v Principech evropského deliktního práva. *Právní rozhledy*, 2008, v tisku. Okrajově, pouze jako komplementární součást širší statě, rovněž *Pelikánová, I.* Aktuální otázky obligačního práva a jeho kodifikace v evropském i českém kontextu. *Právní rozhledy*, 2007, č. 18, s. 656 a násl. *Raban, P.* Unifikace soukromého práva v EU a u nás. *Právní rozhledy*, 2008, č. 11, s. 397-401. Občas je na PETL poukázáno při řešení konkrétního právního problému *Vlasák, M.* Opustí občanský zákoník princip pekuniární kondemnice? *Právní rozhledy*, 2008, č. 2, s. 62-66. *Vlasák, M.* Náhrada škody způsobené provozní činností – nad jedním rozhodnutím. *Soudní rozhledy*, 2008, č. 6, s. 201-207.

¹⁹ Srov. nálezy Ústavního soudu ČR ze dne 13. 7. 2006, sp. zn. I. ÚS 85/04; nálezy Ústavního soudu ČR ze dne 19. 6. 2007, sp. zn. II. ÚS 247/07; usnesení Ústavního soudu ČR ze dne 17. 1. 2007, sp. zn. I. ÚS 642/06; nálezy Ústavního soudu ČR ze dne 11. 10. 2006, sp. zn. IV. ÚS 428/05.

²⁰ *European Group on Tort Law. Principles on Tort Law – Text and Commentary*. Wien: Springer, 2005, p. 92.

odpovědnosti existuje plynulý, nikoli skokový přechod. Šedou zónu mezi subjektivní a objektivní odpovědností dnes už téměř nikdo nezpochybňuje.²¹

Principy ve shodě s tímto přístupem výslovně upravují možnost - nikoli povinnost - obrácení důkazního břemene o zavinění, když normují v článku 4:201 odst. 1 PETL takto: *Důkazní břemeno o zavinění může být obráceno vzhledem k závažnosti nebezpečí, které jednání představuje.*

Obrácení důkazního břemene o zavinění je tedy v projektu PETL chápáno jako fakultativní prostředek pro řešení odpovědnostních vztahů na hranici mezi subjektivní a objektivní odpovědností. Pozoruhodná je rovněž skutečnost, že principy neobsahují výčet situací, kdy automaticky dochází k obrácení důkazního břemene, ale ve shodě s flexibilním přístupem podmiňují toto obrácení **závažností nebezpečí**, které jednání představuje. Soudce *ad hoc* rozhoduje, jestli je situace natolik nebezpečná, že je namíste obrátit důkazní břemeno.

Výkladové vodítko představuje článek 4:201 odst. 2 PETL, který se snaží vnést interpretační světlo do abstraktního pojmu „závažnost nebezpečí“. *Závažnost nebezpečí je stanovena podle závažnosti možné škody v daných případech, jakož i pravděpodobnosti, že taková škoda může skutečně vzniknout.*

Přirozeně, vždy se vyskytuje určitá míra rizika. Citované ustanovení se uplatní právě v těch situacích, kdy je závažnost nebezpečí vyšší než v „normálních“ situacích, ale ještě nedosahuje rizika pramenícího z aktivit abnormálně nebezpečných. Nabízí se teze, že závažnost možné škody koresponduje s **rozsahem škody**. Ve většině případů tomu tak skutečně bude, nicméně to nemusí vždy platit.

Druhým ukazatelem je **pravděpodobnost vzniku škody**. Vyšší míra frekvence výskytu škody při některých jednáních může být indicií zvýšené závažnosti nebezpečí.

Kromě výše nastíněných důvodů obsahují principy samy v sobě ještě minimálně jeden stimul vybízející k obrácení důkazního břemene o zavinění, když kategorii objektivní odpovědnosti (*strict liability*) zužují pouze na situace abnormálně nebezpečné činnosti (hlava V. PETL).

S ohledem na skutečnost, že PETL znají alternativu obrácení důkazního břemene o zavinění, vyznívá vcelku paradoxně tvrzení jednoho z autorů principů, podle něhož *obrácení důkazního břemene o zavinění je nevhodný a zastaralý způsob přeměny subjektivní odpovědnosti na odpovědnost bez zavinění, způsob, který dále zesiluje tendenci objektivizace zavinění.*²² P. Widmer patří mezi výrazné zastánce vyšší míry subjektivizace zavinění, není se čemu divit, pochází ze Švýcarska, kde soukromoprávní doktrína výrazně upřednostňuje zavinění založené na osobních predispozicích (vlastnostech, zkušenostech, způsobilostech) jednajícího.

Osobně jsem - ve shodě s většinou tvůrců principů - přesvědčen, že další alternativa mezi subjektivní a objektivní odpovědností v podobě subjektivní odpovědnosti s obráceným důkazním břemenem o zavinění představuje vhodnou reflexi některých soukromoprávních deliktních vztahů, zvyšuje kompenzovatelnost vzniklých škod a preferuje zájmy poškozeného

²¹ Srov. Koch, B. A., Koziol, H. (ed.) *Unification of Tort Law: Strict Liability*. Hague/London/NewYork: Kluwer Law International, 2002, p. 395.

²² Srov. Widmer, P. *Comparative Report on Fault as a Basis of Liability and Criterion of Imputation*, p. 357. In Widmer, P. (ed.) *Unification of Tort Law: Fault*. op. cit. sub 2.

před zájmy škůdce, byť nelze popřít, že jde o další krok směrem k objektivizaci zavinění. V tomto případě však krok odůvodněný věcnými argumenty, proto opodstatněný.

6. ZÁVĚREČNÉ ÚVAHY

Český občanský zákoník, který paušálně pro celou kategorii subjektivní odpovědnosti (§ 420 odst. 3) obrací důkazní břemeno, když presumuje zavinění škůdce ve formě nedbalosti, je skutečnou evropskou raritou, byť presumpci zavinění považuje český právník za neochvějnou a stabilní samozřejmost každého demokratického právního řádu. Obdobu nabízí ještě španělské soukromé právo (Codigo Civile), ovšem pouze jako výsledek judikatury soudů. Je pravdou, že i některé další evropské státy připouští obrácení důkazního břemene v oblasti mimosmluvních odpovědnostních vztahů, ale nikoli paušálně pro celou oblast subjektivní odpovědnosti, jak to činí § 420 odst. 3 obč. zák.; zpravidla pouze v situacích, kdy je sice odpovědnost založena na zavinění, nicméně i přesto existuje vyšší míra rizika vzniku nebezpečí škody. Jedná se například o škody způsobené zvířetem, škody způsobené vadou výrobku či škody způsobené nezletilými nebo duševně nemocnými, za něž odpovídá osoba, která o ně pečuje.

Z pohledu českého soukromého práva tedy zůstává *de lege ferenda* otázkou, zda, případně do jaké míry, je udržitelná (ospravedlnitelná) koncepce presumpce zavinění paušálně zakotvená pro celou oblast subjektivní odpovědnosti za škodu, bez ohledu na povahu a riziko společenských vztahů, které do kategorie subjektivní odpovědnosti spadají.

V dobách výrazných legislativních změn, které se týkají samotných základů fungování celospolečenské reality, se nabízí kacířská myšlenka umožňující zvážit změnu stávajícího pojetí presumpce zavinění, které doposud staví na paušálním obrácení důkazního břemene o zavinění pro celou oblast subjektivních odpovědnostních vztahů. Koncepce zakotvená ve stávajícím českém občanském zákoníku z celoevropského pohledu výrazně zavání vyšším stupněm „objektivizace zavinění“, právě proto, že obrací důkazní břemeno paušálně. To, co se nám zdálo po celá desetiletí naprosto standardní a samozřejmé, tak úplně standardní a samozřejmé v dynamicky rozvíjející se Evropě není.

Výhodou českého přístupu je bezpochyby zvýšená ochrana poškozeného. Na druhou stranu se toto pojetí dostává do střetu se samotnou podstatou zavinění jako vnitřního psychického stavu škůdce, které by mělo být přítomno v každé skutkové podstatě subjektivní odpovědnosti. Otázky důkazní nouze vnějších projevů zavinění by nemělo dominantně řešit hmotné právo, nýbrž právo procesní. V opačném případě odpovědnost za zavinění ztrácí význam a stává se prázdným pojmem, který je výrazně potlačen paušálním obrácením důkazního břemene.

Nabízí se kompromisní řešení, které by upřednostňovalo obrácení důkazního břemene pouze pro některé typy odpovědnostních vztahů, zpravidla těch, jež stojí na pomezí subjektivní a objektivní odpovědnosti, přičemž z pohledu distributivní spravedlnosti je sporné, zda by měl být konkrétní odpovědnostní vztah založen na zavinění či by měl spadat do kategorie objektivní odpovědnosti.

Tímto závěrečným konstatováním uzavíráme kruh započatý úvahami J. Macura, když dospíváme ke shodnému, byť v evropském rouše zahalenému, názoru, podle něhož je obrácené důkazní břemeno o zavinění záležitostí hmotného práva, jakožto další právní alternativa (třetí cesta) mezi antagonisticky chápanými protipóly subjektivní a objektivní odpovědnosti.

Literatura:

- Bejček, J., Eliáš, K., Raban, P. a kol. Kurs obchodního práva. Obchodní závazky. 4. vydání. Praha : C. H. Beck, 2007.
- Berg, R., Visscher, L. German Working Papers in Law and Economics. The Principles of European Tort Law: The Right Path to Harmonization?, Paper 8, vol. 2006.
- Eliáš, K. a kol. Občanský zákoník. Velký akademický komentář. 1. svazek. Praha: Linde Praha, a. s., 2008.
- European Group on Tort Law. Principles on Tort Law – Text and Commentary. Wien: Springer, 2005.
- Holub, M. a kol. Odpovědnost za škodu v právu občanském, pracovním, obchodním a správním. Praha: Linde, 2003.
- Hurdík, J., Fiala, J., Ronovská, K. Východiska a tendence vývoje českého občanského práva po vstupu České republiky do Evropské unie, In: Hurdík, J., Fiala, J., Selucká, M. Evropský kontext vývoje českého práva po roce 2004. Brno: Masarykova univerzita, 2006.
- Koch, A. The Work of the European Group on Tort Law – The Case of Strict Liability. European Centre of Tort and Insurance Law, Barcelona, 2003, Working paper No: 129.
- Koch, B. A., Koziol, H. (ed.) Unification of Tort Law: Strict Liability. Hague/London/NewYork: Kluwer Law International, 2002.
- Koziol, H. (ed.) Tort and Insurance Law Yearbook – European Tort Law 2005. European Centre of Tort and Insurance Law, Wien: Springer, 2006.
- Křivohlavá, P. Civilní odpovědnost a evropské pokusy o vytvoření jednotného právního rámce. Právní rozhledy, 2008, v tisku.
- Macur, J. Odpovědnost a zavinění v občanském právu. Brno: Universita J. E. Purkyně – právnická fakulta, svazek 35, 1980.
- Pelikánová, I. Principy evropského deliktního práva. Právní zpravodaj, 2007, č. 7, s. 5 – 7.
- Raban, P. Unifikace soukromého práva v EU a u nás. Právní rozhledy, 2008, č. 11, s. 397-401.
- Švestka, J., Spáčil, J., Škárová, M. Hulmák, M. a kol. Občanský zákoník I. § 1-459. Komentář. 1. vydání. Praha: C. H. Beck, 2008.
- Tichý, L. Spontánní europeizace soukromého práva. Evropské právo. Příloha Právních rozhledů, 2000, č. 2, s. 1-5.
- Tomášek, M. Lesk a bída „europeizace“ občanského práva. Právník, 2004, č. 1, s. 1-15.

- Vlasák, M. Europeizace soukromoprávních deliktních vztahů. In: Europeanization of the national law, the Lisbon Treaty and some other legal issues. 1. vydání. Brno: Tribun EU, s.r.o., 2008. od s. 1367-1377.
- Vlasák, M. Náhrada škody způsobené provozní činností – nad jedním rozhodnutím. Soudní rozhledy, 2008, č. 6, s. 201-207.
- Vlasák, M. Opustí občanský zákoník princip pekuniární kondemnice? Právní rozhledy, 2008, č. 2, s. 62-66.
- Vlasák, M. Právním chráněným zájmem a škoda v Principech evropského deliktního práva. Právní rozhledy, 2008, v tisku.
- Widmer, P. (ed.) Unification of Tort Law: Fault. Hague: Kluwer Law International, 2005.

Kontaktní údaje na autora – email:

Michal.vlasak@nsoud.cz

SPRÁVNÍ SOUDNICTVÍ A JEHO DVĚ „VĚTVE“ ANEB SROVNÁNÍ ŘÍZENÍ PODLE ČÁSTI 5. OBČANSKÉHO SOUDNÍHO ŘÁDU A ŘÍZENÍ O ŽALOBĚ PROTI NEZÁKONNÉMU ROZHODNUTÍ PODLE SOUDNÍHO ŘÁDU SPRÁVNÍHO

RADKA ZAHRADNÍKOVÁ

Fakulta právnická, Západočeská univerzita, Česká republika

Abstrakt v rodném jazyce

Předložený příspěvek usiluje o srovnání dvou „větví“ správního soudnictví a to řízení podle části páté občanského soudního řádu účinné od 1.ledna 2003 a řízení podle soudního řádu správního, zákon č. 150/2002 Sb.

Klíčová slova v rodném jazyce

Správní soudnictví, věcná příslušnost, větve správního soudnictví, soukromá subjektivní práva, veřejná subjektivní práva, plná jurisdikce, občanské právo a závazek, pořad práva.

Abstract

The submitted article seeks to compare two branches of the administrative justice in the Czech Republic i.e. the proceedings pursuant to the 5.part of the civil procedure code and proceedings pursuant to the court administrative procedure code.

Key words

Administrative justice, subject – matter jurisdiction, private subjective right, public subjective right, full jurisdiction, civil right and obligation.

1. POJEM SPRÁVNÍHO SOUDNICTVÍ

Pojem správní soudnictví především označuje soudní kontrolu veřejné správy. Soudnictví poskytuje kromě rozhodování v trestních věcech tradičně ochranu subjektivním oprávněním tzv. soukromého charakteru (práva a povinnosti, vyplývající z občanskoprávních, obchodněprávních, pracovních a rodinných vztahů, které jsou charakterizovány rovností osob na nich zúčastněných). Vedle těchto „soukromých subjektivních práv“ existují také subjektivní práva a povinnosti, která vznikají mezi subjekty, které jsou ve vzájemném postavení nadřízenosti a podřízenosti (obvykle občan nebo právnická osoba na straně jedné a orgán státu nebo obce či samosprávného kraje na straně druhé). Tyto právní vztahy jsou charakterizovány obvykle tím, že občan a právnická osoba se tu ocitají v podřízeném postavení - druhá strana právního vztahu má tzv. „vrchnostenskou pravomoc“ rozhodovat autoritativně o tom, co je pro občana či právnickou osobu právem a co povinností. Mluvíme o vztazích veřejného práva. (např. daňové nebo celní právo, živnostenské, stavební řízení). Ve všech těchto případech hovoříme tzv. o veřejných subjektivních právech a povinnostech.

Současná úprava správního soudnictví znamená, že se jedná o soudnictví, kde jeho organizace a metody činnosti nejsou modifikovány správními prvky. V pojmu „správní soudnictví“ má základní důležitost „soudnictví“ jako genus proximum a slovo „správní“ jen differentiam specificam, nebo-li jde o druh soudnictví v jeho plném významu. Rozdíl mezi soudnictvím a veřejnou správou spočívá mimo jiné v tom, že zatímco soudnictví vykonávají právnícky kvalifikovaní soudci (k posouzení skutečností z hlediska jiných odborností ustanoví soud znalce), ve veřejné správě je tomu vzhledem k jejím úkolům v zásadě naopak : veřejná správa

disponuje odborníky v četných svých oborech, právnicky kvalifikovaných úředníků však v ní působí podstatně méně. Ve výkonu správního soudnictví je uplatňován obdobný mechanismus poskytování spravedlivé ochrany subjektivním právům jako při výkonu obecného soudnictví. Specifičnost správního soudnictví je pak dána jeho předmětem, tj. charakterem subjektivních práv, jimž je poskytována soudní ochrana. Rozdílnou povahou těchto subjektivních práv se zase odlišují již shora zmíněné dvě větve správního soudnictví.

Správní soudnictví má u nás již svou tradici. Zde je třeba připomenout, že k obnově správního soudnictví, potlačeného po roce 1948, došlo již v roce 1991 (Listinou základních práv a svobod). Procesní úprava, tehdy účinná od roku 1992, však byla přijata s některými nedostatky a záhy se dostala částečně do rozporu s mezinárodněprávními závazky České a Slovenské Federativní Republiky, konkrétně Úmluvou o ochraně lidských práv a základních svobod. Požadavek, aby spory o právo mezi osobami sobě navzájem nepodřízenými a vzájemně na roveň postavenými (např. spory o povinnost telefonního účastníka platit poskytovateli telefonních služeb poplatky za uskutečněné hovory) rozhodoval nezávislý soudce, patří mezi atributy právního státu. V tomto sporu do roku 2003 tedy do obnovení správního soudnictví rozhodoval bez jakékoli soudní kontroly správní úřad, na což nelze bez dalšího nahlížet negativně, neboť přenesení soudní agendy ke správním orgánům změnou zákonných kompetencí je velmi často účinný prostředek k obřemenění soudů.¹ Správní soudnictví v ČR podle dřívější právní úpravy platné do 31.12.2002 existovalo na kasačním principu, soud nemohl rozhodnout ve věci samé, nezjišťoval sám skutkový stav, nehodnotil jej, ale nalézal jen o zákonnosti rozhodnutí, což nebylo v souladu s čl. 6 odst. 1 Úmluvy o ochraně lidských práv a základních svobod, který zakládá právo každého na to, aby o občanských právech a závazcích² nebo o oprávněnosti jakéhokoli trestního obvinění proti němu rozhodl nezávislý a nestranný soud. Nestačí, aby rozhodnutí správního orgánu v takové věci vydané bylo podrobeno pouze kasačnímu přezkoumání zákonnosti před správním soudem, ale je třeba, aby soud rozhodl také ve věci samé, což judikatura Evropského soudu vyjádřila pojmem „plné jurisdikce“.³ Správní soudnictví vykonávaly krajské a vrchní soudy (výjimečně i soudy okresní), a to – s výjimkou věcí důchodového pojištění a důchodového zabezpečení – v jediném stupni, takže proti jejich rozhodnutím nebylo přípustné odvolání. Několik pokusů o reformu řízení před správními soudy z devadesátých let však neskončilo přijetím právních předpisů. Novou úpravu nakonec významně podpořil Ústavní soud, který svým náležením z června 2001 (č.276/2001 Sb.) zrušil dosavadní právní úpravu s účinností k 1.

¹ Jsou-li přitom respektována určitá pravidla, např. že by mělo jít o agendy četné a soudy výrazně zatěžující, agendy náročné na speciální neprávní znalosti, o věci skutkově a právně co možná homogenní, atd. a dále, potud, zůstane-li i přes přenesení pravomoci na správní orgán zachována nějaká forma supremace nad takových rozhodování. Viz. Bureš, J., Drápal, L., Krčmář, Z. a kol. Občanský soudní řád. Komentář. II. díl. 7 vydání. Praha : C.H.Beck, 2006, str. 1303

² pojem občanského práva a závazku zahrnuje, jak je zřejmé z judikatury Evropského soudu pro lidská práva – nejen věci tradičně u nás chápané jako „soukromoprávní“ kryjící se prakticky s ustanovení § 7 odst. 1 o.s.ř., ale také mnohé věci dosud nahlížené jako věci práva veřejného. Z kasuistiky Soudu lze dovodit trend stálého rozšiřování okruhu věcí podřazovaných režimu článku 6 odst. 1 Úmluvy o ochraně lidských práv a svobod. V současnosti je situace taková, že okruh soukromoprávních věcí podle českého práva je sice podstatně užší než mnohem širší okruh občanských práv závazků podle Evropské úmluvy o ochraně lidských práv a svobod, ale na druhé straně české právo poskytuje pro projednání soukromoprávních věcí soudem daleko větší garance, než jen ony základní principy plné jurisdikce uvedené dále. Viz. Bureš, J., Drápal, L., Krčmář, Z. a kol. Občanský soudní řád. Komentář. II. díl. 7 vydání. Praha : C.H.Beck, 2006, str. 1306

³ Plná jurisdikce znamená především, že soud musí provádět dokazování, hodnotit nezávisle na správním orgánu skutkový stav, vázat správní orgán při zrušení jeho rozhodnutí vrácení věci k novému řízení nejen názorem na otázky právní, ale také otázky skutkové a také mít možnost změnit rozhodnutí.

lednu 2003. Tím se otevřela cesta k parlamentnímu prosazení - v té době již prakticky připravených - tří nových zákonů, které institucionálně, kompetenčně i procesně novou úpravu legislativně založily.

Jde o zákon č. 150/2002 Sb., soudní řád správní, doprovodný zákon č.151/2002 Sb., kterým se mění některé zákony v souvislosti s přijetím soudního řádu správního, které nabyla účinnosti dne 1.1.2003 a zákon č. 131/2002 Sb., o rozhodování některých kompetenčních sporů. Reformou správního soudnictví přešla Česká republika od 1. ledna 2003 do nové etapy ochrany veřejných subjektivních práv fyzických a právnických osob před nezákonnými zásahy veřejné správy; současnou aktivací Nejvyššího správního soudu byl splacen ústavní dluh, trvající od roku 1993.

Požadavek, aby každý, kdo se cítí být zkrácen zásahem státní moci (obecněji aby také vztahy veřejného práva a subjektivní práva a povinnosti z nich plynoucí byly postaveny pod nezávislou (soudní) kontrolu „veřejné“ autority) se mohl dovolat účinné ochrany, je velmi starý. Jeho prosazení v režimech absolutistických, autoritářských nebo totalitních je však současně obtížné, o čemž ostatně svědčí i vývoj správního soudnictví na území našeho státu.

Nová úprava správního soudnictví účinná od roku 2003 zajišťuje jednak poskytnutí soudní ochrany proti zásahu veřejné autority v širším rozsahu než dosud, jednak je tato ochrana důkladnější a proces před správními soudy dává účastníkům více práv než dříve.

Ve větvi správního soudnictví podle soudního řádu správního správní soudy jakožto „soudy práva veřejného“⁴ poskytují ochranu veřejným subjektivním právům fyzických a právnických osob způsobem stanoveným soudním řádem správním a za podmínek stanovených soudním řádem správním nebo zvláštním zákonem. Je nutné připomenout, že subjektivním právem se rozumí právní možnost subjektu chovat se určitým způsobem, tj. možnost vyjádřená a zaručená objektivním právem a tedy chráněná zvláštním způsobem stanoveným v právních normách.⁵ Jde-li o subjektivní právo veřejné, je to tedy taková možnost vyjádřená a zaručená normami náležejícími do oblasti práva veřejného. Správní soudy však i rozhodují v dalších věcech, v nichž tak stanoví soudní řád správní, např. některé žaloby k ochraně veřejného zájmu. (§ 2 s.ř.s.)

Podle § 4 s.ř.s. správní soudy rozhodují o

- a) žalobách proti rozhodnutím a to i procesní povahy vydaným v oblasti veřejné správy orgánem moci výkonné, orgánem územního samosprávného celku, jakož i fyzickou nebo právnickou osobou nebo jiným orgánem, pokud jim bylo svěřeno rozhodování o právech a povinnostech fyzických a právnických osob v oblasti veřejné správy (např. Česká advokátní komora), přičemž s.ř.s. tyto orgány označuje jako správní orgán (§ 65 – 78 s.ř.s.),
- b) ochraně proti nečinnosti správního orgánu (§ 79 – 81 s.ř.s.),
- c) ochraně před nezákonným zásahem správního orgánu (§ 82 – 87 s.ř.s.),
- d) kompetenčních žalobách (§ 97 – 101 s.ř.s.).

⁴ Viz. rozhodnutí R 415 Sb. NSS

⁵ J. Boguszak in : Boguszak, J., Čapek, J., Gerloch, A. Teorie práva. Praha, Eurolex Bohemia, 2001, str. 103

e) ve věcech volebních a ve věcech místního referenda (§88 – 93 s.ř.s.),

f) ve věcech politických stran a politických hnutí (§ 94 – 96 s.ř.s.),

g) o zrušení opatření obecné povahy nebo jeho částí pro rozpor se zákonem (§ 101a – 101d),

h) ve věcech porušení povinnosti veřejných funkcionářů podle zákona č. 159/2006 Sb. o střetu zájmů.

Ve větvi správního soudnictví podle občanského soudního řádu správní soudy jakožto „soudy práva soukromého“ poskytují ochranu soukromým subjektivním právům fyzických a právnických osob způsobem stanoveným občanským soudním řádem. Žalobu je podle § 244 občanského soudního řádu možné podat v případě, kdy rozhodl orgán moci výkonné, orgán územního samosprávného celku, orgán zájmové nebo profesní samosprávy, popřípadě smírčí orgán zřízený podle zvláštního právního předpisu (zákon používá pro tyto orgány legislativní zkratku „správní orgán“) podle zvláštního zákona o sporu nebo o jiné právní věci a to i co do otázek procesních, která vyplývá z občanskoprávních, pracovních, rodinných a obchodních vztahů (§ 7 odst. 1 o.s.ř.), tedy soukromoprávní věci a nabylo-li rozhodnutí správního orgánu právní moci. Toto pozitivní vymezení okruhů případů je doplněno §244 odst. 2 o.s.ř., podle kterého nelze podat žalobu podle 5.části o.s.ř., pokud o sporu nebo jiné právní věci rozhodl rozhodce nebo stálý rozhodčí soud nebo jestliže se rozhodnutí správního orgánu v důsledku námitek nebo jiného obdobného úkonu účastníka právního vztahu učiněného před správním orgánem podle zvláštního zákona zrušuje nebo pozbývá účinnosti, nebo odkázal-li podle zvláštního právního předpisu správní orgán účastníky právního vztahu s jejich nároky na řízení před soudem.⁶

2. VÝVOJ SPRÁVNÍHO SOUDNICTVÍ V ČR A JEHO SROVNÁNÍ S JINÝMI STÁTY

Jako „správní soudnictví“ se v teorii a praxi označovalo nebo označuje :

pouhá procesní úprava správního řízení podle soudních vzorů, zejména přezkumné řízení různého druhu (např. řízení odvolací),

rozhodování o sporných věcech veřejného práva sice ve správní řízení (tj. uvnitř správy), avšak speciálními kolegiálními orgány složenými zcela nebo zčásti z občanů, kteří nejsou profesionálními úředníky (např. některé starší německé úpravy, zejména úprava pruská, nebo československé jurisdikční okresní a župní senáty podle úpravy z r. 1920)

rozhodování sporných věcí správních sice uvnitř veřejné správy, avšak orgány správního soudnictví vytvářejícími samostatnou soustavu stojící vedle soustavy orgánů „čisté správy“ (např. Francie tzv. l'ordre administratif)

právní kontrola veřejné správy zvláštními soudy v technickém smyslu (tzv. organické správní soudnictví), tj. soudy složenými z nezávislých soudců (např. rakouské a nynější německé

⁶ Například § 70 odst. 2 zákona č. 200/1990 Sb., o přestupcích, nebo § 4a odst. 5 zákona č. 229/1991 Sb. o úpravě vlastnických vztahů k půdě a jinému zemědělskému majetku, ve znění pozdějších předpisů, nebo § 137 již zrušeného zákona č. 50/1976 Sb., o územním plánování a stavebním řádu, současný § 142 zákona č. 183/2006 Sb., stavebního zákona, ale např. i např. i soudní přezkum rozhodnutí orgánu sdružení (§15 odst. 1 zákona č. 83/1990 Sb.)

pojetí tzv. *Verwaltungsgerichtsbarkeit*, polské správní soudnictví, Nejvyšší správní soud v ČR a v ČR)

soudní kontrola správy vykonávaná „řádnými soudy“, nejde-li ovšem jenom o kontrolu incidentní (např. Anglie)⁷

V ČR k renesanci správního soudnictví, které bylo zlikvidováno zákonem č. 64/1952 Sb., o soudech a prokuratuře, mohlo (a muselo) dojít až po politických změnách v roce 1989. Ústavní základ byl znovu položen článkem 36 odst. 2 Listiny základních práv a svobod. Urychlené hledání odpovídající procesní a institucionální formy neumožnilo obnovit samotnou instituci Nejvyššího správního soudu (ani speciálních správních soudů), ale ani vytvořit speciální proces, platný jen pro řízení ve věcech správního soudnictví. Soudní přezkoumání rozhodnutí orgánů veřejné správy se pak v letech 1992 až 2002 dělo podle zvláštních ustanovení páté části občanského soudního řádu (§ 244 a násl.) vložené novelou č. 519/1991 Sb., a to v soustavě obecných soudů. Ve skutečnosti rozhodující judikatorní činnost vykonávaly krajské soudy a nejvyšší soudy republik (resp. od roku 1993 Vrchní soudy v Praze a od roku 1996 také v Olomouci). Věcná příslušnost okresních soudů a Nejvyšších soudů byla zejména po roce 1993 prakticky zanedbatelná.

Právně byl po vzniku samostatné České republiky v roce 1993 článkem 91 nové Ústavy obnoven také Nejvyšší správní soud, který tak měl tvořit druhý vrchol soudní soustavy. K jeho skutečnému zřízení však po deset let nedošlo, ač legislativní pokusy v tomto směru v devadesátých letech existovaly. Situace se tak nepříjemně začala podobat konstituování Ústavního soudu v roce 1968, který také fakticky nikdy zřízen nebyl.

Především však procesní úprava správního soudnictví v letech 1992 – 2002 vykazovala řadu právních i legislativních deficitů. Mezi nejzávažnější patřil rozpor s mezinárodněprávními závazky České republiky (čl. 6 a čl. 13 Úmluvy o ochraně lidských práv a základních svobod). Pravomoci správních soudů - omezené na přezkum zákonnosti rozhodnutí veřejné správy - nebyla například podrobena nezákonná nečinnost, u soudu nebylo možno dovolat se nezákonnosti zásahů, které se nedějí formou rozhodnutí. Nadto neexistovaly opravné prostředky proti rozhodnutím soudů ve správním soudnictví: to vedlo k odchylující se judikatuře krajských soudů.

Ústavní soud, který ve svých nálezech od poloviny devadesátých let opakovaně upozorňoval na deficity právní úpravy, nakonec nálezem č.276/2001 Sb. z 27. 6. 2001 zrušil celou pátou část občanského soudního řádu s účinností od 1. ledna 2003. Výrazně tak napomohl tomu, aby v té době připravovaná – již třetí od roku 1993 – zákonná úprava správního soudnictví se stala v obou parlamentních komorách průchodnou.

Po padesáti letech od likvidace pozůstatků Nejvyššího správního soudu tak byla činnost této instituce obnovena.

Reforma správního soudnictví z roku 2002, tak dlouho prosazovaná, však zůstala v některých směrech jen na půl cestě. Je otázkou dalšího vývoje, zda zákonodárce nebude opakovat chyby politiků bývalé Československé republiky z let 1918 - 1938, a připustí – v duchu závěrů analýz, které jí předcházely – dopracování soustavy správního soudnictví, ať již v intencích představ Ústavy z roku 1920 podle funkčního modelu pruského správního soudnictví

⁷ Hendrych, D. a kol., Správní právo. Obecná část. 6. vydání, Praha, C.H.Beck, 2006, str. 531

(likvidovaného v podstatě až Hitlerem), nebo doplnění soustavy soudů o instituce obdobné nezávislým správním senátům, jimiž se dnes soustavy veřejnoprávního soudnictví posilují v kontinentální Evropě, anebo převzetím dobrých tradic orgánů typu anglických a amerických „boards“.

Ve Francii nyní třístupňové správní soudnictví vykonávají v prvním stupni správní soudy (tribunaux administratifs), každý s působností pro několik departementů, odvolací správní soudní dvory (cours d'administratives d'appel, jichž je v celé Francii celkem pět a Státní rada (Conseil d'État). Kromě jurisdikční působnosti mají správní soudy také působnost konzultativní; druhá z nich se po reformách posledních desetiletí výrazně projevuje u Státní rady (podává vládě právní stanoviska k návrhům právních předpisů, které vláda připravuje, návrhy a podněty ke zdokonalení právního řádu i činnosti správy atd.) Zákonem z roku 1987 byl rovněž zřízen tzv. Conseil supérieur des tribunaux administratifs et des cours administratives d'appel, kterému předsedá místopředseda Státní rady a má celkem 13 členů a který má rovněž konzultativní funkci a to ve věcech disciplinárního řízení soudů a státních zástupců a kariérního řádu.

Správní soudy mohou správní rozhodnutí (les actes et décisions de l'administration) zrušit zejména na základě stížnosti pro překročení pravomoci (recours pour excès de pouvoir) a to s účinky ex tunc (zrušením je akt odstraněn od samého počátku, správa musí zajistit nápravu, nahradit škodu atd.) Uvedené stížnost se může týkat individuálních i normativních správních aktů a k jejímu přijetí stačí pouhý široce pojmávaný zájem stěžovatele (nevyžaduje se tedy porušení subjektivního práva).

V Německu lze hovořit o třech větvích správního soudnictví a to obecné správní soudnictví (tzv. Verwaltungsgerichtsbarkeit), soudnictví ve věcech sociálního pojištění (Sozialgerichtsbarkeit) a konečně finanční správní soudnictví. (Finanzgerichtsbarkeit) V první obecné větvi správního soudnictví vykonávají správní soudnictví soudy v technickém smyslu to správní soudy (Verwaltungsgericht), vrchní správní soudy (Oberverwaltungsgericht) a spolkový správní soud (Bundesverwaltungsgericht). Žalobu na zrušení individuálního správního aktu (Anfechtungsklage gegen einen Verwaltungsakt) může po vyčerpání opravných prostředků uvnitř správy podat ten, jehož subjektivní práva byla porušena. Přípustné jsou i žaloby na nečinnost (Verpflichtungsklage), na plnění (Leistungsklage) a žaloby určovací. (tzv. Feststellungsklage) Lze také navrhnout, aby správní soud přezkoumal platnost právního předpisu (nižší právní síly než zákon), jestliže navrhovatel přímo z tohoto předpisu nebo jeho uplatněním vznikla nebo patrně vznikne újma. Proti rozhodnutím správních soudů je v zásadě přípustné odvolání k vrchním správním soudům.⁸ V soudnictví ve věcech sociálního pojištění rozhodují v prvním stupni sociálněsprávní soudy (Sozialgericht), ve druhém stupni zemské sociálněsprávní soudy (Landessozialgericht) a v posledním stupni spolkový soud ve věcech sociálního pojištění. (Bundessozialgericht) Finančně-správní soudnictví je pouze dvoustupňové, přičemž v prvním stupni rozhodují finančněsprávní soudy. (Finanzgericht) a v druhém a posledním stupni spolkový finanční dvůr (Bundesfinanzhof)

⁸ blíže k této problematice Arnold, R. Soudní kontrola správních rozhodnutí v Německu. Právní rozhledy, 2002, č. 7 a 8.

3. SROVNÁNÍ ŘÍZENÍ PODLE ČÁSTI 5. OBČANSKÉHO SOUDNÍHO ŘÁDU A ŘÍZENÍ O ŽALOBĚ PROTI NEZÁKONNÉMU ROZHODNUTÍ PODLE SOUDNÍHO ŘÁDU SPRÁVNÍHO - PRAVOMOC

Ač § 104b a § 104c o.s.ř. hovoří o věcné příslušnosti v rámci správního soudnictví, nelze než konstatovat, že se spíše jedná o pravomoc soudů obou větví správního soudnictví, čemuž svědčí především sám § 4 s.ř.s. a dále také § 1 zákona č. 131/2002 Sb. o rozhodování některých kompetenčních sporů. Tato skutečnost vyplývá mimo jiné i z toho, že každá větev správního soudnictví má svou zvláštní úpravu věcné příslušnosti (§ 7 s.ř.s. a § 249 o.s.ř.)

Jak již bylo výše řečeno, v řízení podle části 5. o.s.ř. je poskytována ochrana tzv. soukromým subjektivním právům, zatímco v řízení o žalobě proti nezákonnému rozhodnutí je poskytována ochrana veřejným subjektivním právům. Příkladem rozhodnutí, která jsou napadána správní žalobou podle části páté o.s.ř. jsou rozhodnutí Českého telekomunikačního úřadu o dlužných telekomunikačních poplatcích podle zákona č. 127/2005 Sb., o elektronických komunikacích, nebo rozhodnutí pozemkového úřadu o uplatněném restitučním nároku podle zákona o půdě, zákon č. 229/1991 Sb. či rozhodnutí katastrálního úřadu ve věcech vkladu práva k nemovitostem podle zákona č. 265/1992 Sb., o zápisech vlastnických a jiných věcných práv k nemovitostem, či rozhodování Energetického regulačního úřadu podle zákona č. 458/2000 Sb., energetického zákona. Příkladem rozhodnutí přezkoumávaných ve správním soudnictví podle soudního řádu správního jsou rozhodnutí ve věcech daňových, stavebních, celných, azylových, přestupkových, územního řízení, služebních vztahů, svobodného přístupu k informacím, ochranných známek, hospodářské soutěže a dalších.

Argumentace, že se o veřejném subjektivním oprávnění rozhoduje v řízení správním podle správního řádu, je tedy vadná.⁹ Dále nepřísluší argumentace, že účast veřejnoprávního subjektu (státu, obce, samosprávného kraje nebo jiné veřejnoprávní korporace) v právním vztahu nečiní ještě takový vztah veřejnoprávním (typicky nárok na náhradu škody proti státu nebo územním samosprávným celkům podle zákona č. 82/1998 Sb., o odpovědnosti za škodu způsobenou při výkonu veřejné moci rozhodnutím nebo nesprávným úředním postupem). Také nepřísluší argumentace při odlišování soukromých a veřejných subjektivních práv týkající se toho, že veřejné právo obsahuje výlučně normy kogentní a soukromé pouze normy dispozitivní. Také rozlišování podle toho, zda do právního vztahu vstupuje subjekt na základě své vůle (což bývá pravidlem u vztahu soukromého práva), neplatí výjimečně; oprávnění stavět jako oprávnění veřejnoprávní nabývá přece subjekt k žádosti a naproti tomu zánik vlastnického práva jako změna soukromého statusu nastává při vyvlastnění vrchnostenským aktem.¹⁰ Z toho je zřejmé, že určení, zda zkoumaný právní vztah je třeba považovat za veřejnoprávní nebo soukromoprávní a posouzení, zda uplatněný nárok, o kterém rozhodoval správní orgán, je nárokem práva soukromého nebo veřejného, je často obtížné a sporné. Řešení otázek tzv. dualismu práva patří k nejkomplicovanějším právním otázkám, a to tím spíše, že po likvidaci správního soudnictví po roce 1948 tyto otázky byly záměrně pomíjeny (z pochopitelných důvodů socialistické právo poskytovalo veřejnoprávním nárokům téměř nulovou soudní ochranu). Proto byl zřízen pro řešení těchto kompetenčních sporů, tedy sporů mezi soudy v občanském soudním řízení na straně jedné a soudy ve správním soudnictví na straně druhé (viz. § 104b odst. 3 o.s.ř. a § 104c o.s.ř.) s účinností od 1.1.2003 zvláštní senát

⁹ Např. nález Ústavního soudu č. 61/1996 Sb. ÚS

¹⁰ další rozdíly viz. Bureš, J., Drápal, L., Krčmář, Z. a kol. Občanský soudní řád. Komentář. II. díl. 7 vydání. Praha : C.H.Beck, 2006, str. 1311

podle zákona o rozhodování některých kompetenčních sporů. Tento šestičlenný senát je ustaven vždy na dobu tří let ze tří soudců Nejvyššího soudu, jmenovaných předsedou Nejvyššího soudu a ze tří soudců Nejvyššího správního soudu, jmenovaných předsedou Nejvyššího správního soudu. V pravomoci tohoto senátu je usnesením rozhodnout o tom, který soud je příslušný o konkrétní věci rozhodovat; současně usnesením zruší všechna rozhodnutí soudů civilních nebo správních, vydaná v této věci, která jeho výroku odporují. Výrokem zvláštního senátu jsou pak vázány - mimo jiné - všechny soudy. Proto má řešení této otázky širokou závaznost a fakticky - třebaže jde o rozhodnutí kompetenčního konfliktu v jednotlivé konkrétní věci - působí svou autoritou jako významný precedent.

Nutnou součástí reformy z roku 2002 muselo být také stanovení mechanismu, který zajistí, aby věci soukromého práva neprojednávaly správní soudy a naopak aby věci veřejného práva neprojednávaly soudy, které rozhodují věci práva občanského, obchodního, pracovního nebo rodinného. Tento mechanismus má část procesní a institucionální. Základní procesní předpisy, totiž občanský soudní řád (pro soudnictví ve věcech soukromého práva) a soudní řád správní (pro správní soudnictví) umožňují, aby soud, který rozhoduje věci soukromého práva, mohl zastavit řízení (§ 104b odst. 1 o.s.ř.), jestliže k němu dojde žaloba, kterou se někdo domáhá zrušení rozhodnutí správního orgánu ve věci veřejnoprávní, resp. aby soud správní mohl odmítnout žalobu (§ 46 odst. 2 s.ř.s.), kterou se někdo domáhá přezkoumání rozhodnutí, kterým správní orgán rozhodoval ve věci soukromoprávní. V takových případech ale mají obojí soudy vždy povinnost žalobce současně poučit, na který soud se má správně obrátit a v jaké lhůtě – 1 měsíc od právní moci usnesení o odmítnutí návrhu či zastavení řízení; současně je zajištěno, aby žalobce, který se takovým poučením řídí, neztrácel lhůtu, kterou zákon stanoví k podání žaloby. Lhůta mu tedy zůstává zachována, i když se obrátí do nesprávné větve soudnictví. Aby se zabránilo opakovanému odmítání či zastavování řízení, obsahují oba procesní předpisy technologickou „zpětnou klapku“¹¹ v ust. § 104b odst.3, § 104c o.s.ř. a § 46 odst. 3 a 4 s.ř.s. Tato ustanovení zajišťují, že věc musí být předložena zvláštnímu senátu, zřízenému podle zákona č. 131/2002Sb., jestliže se soud správní neztotožní s názorem soudu civilního nebo soud civilní s názorem soudu správního.

4. AKTIVNÍ LEGITIMACE, ŽALOBA, ŽALOBNÍ NÁROK

Podle soudního řádu správního má obecnou žalobní legitimaci má ten, kdo tvrdí, že byl na svém právu zkrácen rozhodnutím správního orgánu, buď přímo samotným rozhodnutím anebo tím, že ke zkrácení na právech došlo v důsledku porušení práv při vedení správního řízení a dále účastník řízení před správním orgánem, který není k žalobě oprávněn podle § 65 odst. 1 s.ř.s., tvrdí-li, že byl postupem správního orgánu zkrácen na právech, která jemu přísluší, takovým způsobem, že to mohlo mít za následek nezákonné rozhodnutí. Žalobce, který tedy nutně nemusí být účastníkem předchozího správního řízení, se v těchto případech žalobou domáhá toho, aby takové rozhodnutí bylo zrušeno nebo aby bylo prohlášeno za nicotné, neboli nulitní, tedy za neexistující.¹² Ten, kdo byl potrestán za správní delikt (například za přestupek, ale také za jiný správní delikt, včetně kázeňského potrestání) a má za to, že

¹¹ viz. Bureš, J., Drápal, L., Krčmář, Z. a kol. Občanský soudní řád. Komentář. II. díl. 7 vydání. Praha : C.H.Beck, 2006, str. 1312

¹² tzv. paakt. Podle § 77 správního řádu je nicotné takové rozhodnutí, k jehož vydání nebyl správní orgán vůbec věcně příslušný, dále takové rozhodnutí, které trpí vadami, jež je činí zjevně vnitřně rozporným nebo právně a fakticky neuskutečnitelným nebo jinými vadami, pro něž je nelze vůbec považovat za rozhodnutí správního orgánu

uložený trest je zjevně nepřiměřený, může žádat namísto toho, aby uložený trest byl zmírněn nebo od něj bylo upuštěno.

Ve správním soudnictví podle soudního řádu správního platí jako ústavní zásada princip „generální klauzule“, který znamená, že přezkoumatelná jsou všechna rozhodnutí, pokud to zákon výslovně nevylučuje. Soudní řád správní některé takové výluky procesního charakteru sám stanoví (např. rozhodnutí povahy pouze předběžné, rozhodnutí, kterými se pouze upravuje vedení řízení před správním orgánem), jiné výluky stanoví zvláštní zákony (tak např. jsou vyloučena z přezkoumání rozhodnutí o dobrovolných dávkách nemocenského pojištění). Důležité je uvědomit si, že tyto výluky představují pouze výjimky z principu obecného přezkumu.

Správní žaloba podle soudního řádu správního musí splňovat zákonné náležitosti, aby o ní soud mohl jednat (§ 37 odst. 3 a § 71 s. ř. s.). Jednou z nejpodstatnějších je kromě správního označení napadeného rozhodnutí a uvedení toho, co má soud udělat („žalobní petit“ - zpravidla se žalobce domáhá toho, aby konkrétní rozhodnutí správního orgánu bylo zrušeno) také úplné a správné vymezení žalobních bodů, tj. uvedení toho, z jakých skutkových a právních důvodů považuje žalobce rozhodnutí za nezákonné. K žalobním bodům, které by byly uvedeny nebo rozšířeny až po lhůtě, určené k podání žaloby, soud nemůže přihlížet. Žaloba, která nemá zákonné náležitosti a žalobce je přes výzvu soudu včas neodstraní, bude soudem odmítnuta.

Na rozdíl od žaloby podané proti rozhodnutím správních orgánů ve správním soudnictví, kterou se žalobce domáhá v zájmu ochrany svých práv zrušení správních rozhodnutí pro nezákonnost, popřípadě vyslovení jeho nicotnosti nebo v případě, kdy správní orgán rozhodl o uložení trestu za správní delikt, upuštění od něj nebo jeho snížení v mezích zákonem dovolených, žalobou podanou podle části 5. o.s.ř. se žalobce domáhá, aby soud nově projednal a rozhodl věc, která byla pravomocně rozhodnuta předtím jiným než soudním orgánem. (tedy v obnoveném nalézacím řízení) Základním účelem tohoto řízení je tedy nové posouzení věci, která byla předtím předmětem řízení před jiným orgánem a ne řízením přezkumným, zkoumajícím v zájmu ochrany práv jednotlivců či v zájmu ochrany veřejného zájmu napadené správní rozhodnutí a jemu předcházející řízení.¹³ Přezkumný důsledek soudního řízení podle části 5. o.s.ř. vůči rozhodnutí jiného orgánu se projevuje též v tom, že soud žalobu zamítne, dospěje-li k závěru, že jiný orgán rozhodl o sporu nebo o jiné právní věci správně. (§ 250 i o.s.ř.)

K návrhu podle 5. části o.s.ř. je oprávněn ten, kdo tvrdí, že byl dotčen na svých právech rozhodnutím správního orgánu, kterým byla jeho práva nebo povinnosti založena, změněna, zrušena, určena nebo zamítnuta. Tento návrh se nazývá žalobou. Žaloba musí kromě obecných náležitostí podání (§ 42 odst. 4 o.s.ř.) obsahovat označení účastníků řízení, sporu nebo jiné právní věci, o které správní orgán rozhodl, a rozhodnutí správního orgánu, vylíčení skutečností, které svědčí o tom, že žaloba je podána včas, údaje o tom, v čem žalobce spatřuje, že byl rozhodnutím správního orgánu dotčen na svých právech, označení důkazů, které by měly být v řízení před soudem provedeny, jakož i to, v jakém rozsahu má být spor nebo jiná právní věc soudem projednána a rozhodnuta a jak má být spor nebo jiná právní věc soudem rozhodnuta. K žalobě je žalobce povinen připojit stejnopis rozhodnutí správního orgánu a listinné důkazy, jichž se dovolává.

¹³ Vopálka, V. Nová úprava správního soudnictví. ASPI Publishing, 2003, str. 223

5. PŘÍPUSTNOST ŽALOBY V OBOU VĚTVÍCH SPRÁVNÍHO SOUDNICTVÍ, LHŮTA K JEJÍMU PODÁNÍ, ODKLADNÝ ÚČINEK ŽALOBY

Jednou ze základních podmínek žaloby podle s.ř.s. je to, aby žalobce před tím, než se obrátí na soud, vyčerpал možnost podat řádný opravný prostředek ve správním řízení (zpravidla tedy odvolání nebo tzv. rozklad); pokud žalobce nevyčerpá v řízení před správním orgánem řádně opravné prostředky, je žaloba podle § 68 s.ř.s. jako nepřipustná odmítnuta. (§ 46 odst. 1 písm. d) Teprve poté, neuspěje-li s tímto opravným prostředkem, je jeho žaloba přípustná; musí být podána ve lhůtě zákonem stanovené, zpravidla do dvou měsíců ode dne, kdy mu bylo doručeno zamítavé rozhodnutí o opravném prostředku. Některé zákony však stanoví pro napadení jednotlivých rozhodnutí správních orgánů lhůtu kratší. Žaloba je dále nepřipustná a tedy jejím důsledkem je její odmítnutí, pokud jediným důvodem žaloby je tvrzená nicotnost napadeného rozhodnutí, dále pokud žaloba směřuje jen proti důvodům rozhodnutí.

Současně s podáním žaloby může žalobce požádat soud, aby žalobě byl přiznán odkladný účinek (§ 73 s. ř. s.), jestliže by - mimo jiné - právní následky rozhodnutí znamenaly pro žalobce nenahraditelnou újmu. Vyhoví-li soud takové žádosti, znamená to, že až do rozhodnutí o žalobě samotné se pozastavují účinky právní moci rozhodnutí správního orgánu, například jeho vykonatelnost.

Žaloba podle části 5. o.s.ř. musí být rovněž podána ve lhůtě dvou měsíců od doručení rozhodnutí správního orgánu. Zmeškání této lhůty nelze prominout. Žaloba je nepřipustná, jestliže žalobce nevyužil v řízení před správním orgánem řádné opravné prostředky nebo jestliže jím uplatněné řádné opravné prostředky nebyly správním orgánem pro opožděnost projednány.

Podání žaloby podle páté části o.s.ř. nemá odkladný účinek na právní moc ani na vykonatelnost rozhodnutí správního orgánu. Soud na žádost žalobce odloží vykonatelnost rozhodnutí správního orgánu až do právní moci rozhodnutí o žalobě, jestliže by neprodleným výkonem rozhodnutí správního orgánu hrozila žalobci závažná újma, popř. právní moc rozhodnutí správního orgánu až do právní moci rozhodnutí o žalobě, jestliže je žalobce závažně ohrožen ve svých právech a odklad se nedotkne nepřiměřeným způsobem práv nabytých třetími osobami.

6. VĚCNÁ A MÍSTNÍ PŘÍSLUŠNOST SOUDU

Žalobu podle soudního řádu správního je třeba podat u soudu, který je k jejímu projednání příslušný. Věcně příslušné v I. stupni jsou zásadně krajské soudy (dosavadní věcná příslušnost okresních a vrchních soudů byla reformou odstraněna). Místně příslušný je ten krajský soud, v jehož obvodu má sídlo správní orgán, který napadené rozhodnutí vydal (zpravidla tedy ten, který rozhodl ve druhém stupni správního řízení o odvolání nebo rozkladu). Výjimky (§ 7 s. ř. s.) jsou stanoveny jednak pro věci důchodového pojištění a důchodového zabezpečení (zde je příslušný krajský soud, v jehož obvodu má žalobce bydliště) a jednak pro věci nemocenského pojištění, pojistného na sociální zabezpečení a příspěvku na státní politiku zaměstnanosti (zde je příslušný ten krajský soud, v jehož obvodu má sídlo správní orgán, který rozhodoval v I. stupni, což zpravidla bude také soud, v jehož obvodu žalobce bydlí).

K řízení podle 5. části o.s.ř. jsou v prvním stupni zpravidla věcně příslušné okresní soudy. Krajské soudy rozhodují jako soudy prvního stupně ve věcech vkladu práva k nemovitostem. K řízení je místně příslušný obecný soud účastníka, jemuž byla nebo podle návrhu podaného u správního orgánu měla být uložena povinnost k plnění. Není-li dána příslušnost podle

prvního pravidla, je místně příslušným obecný soud účastníka, na jehož návrh bylo řízení před správním orgánem zahájeno. Nelze – li určit místní příslušnost ani tímto způsobem, je místně příslušným soud, v jehož obvodu je sídlo správního orgánu, který o sporu nebo o jiné právní věci rozhodl. Týkalo-li se řízení před správním orgánem práva k nemovitosti, je k řízení místně příslušný vždy soud, v jehož obvodu je nemovitost.

7. ÚČASTENSTVÍ A POVINNOST BÝT ZASTOUPEN ADVOKÁTEM

Účastníky řízení podle soudního řádu správního jsou žalobce, tedy ten, kdo podal žalobu a žalovaný, jímž je správní orgán, který rozhodl v posledním stupni, tj. o posledním přípustném řádném opravném prostředku. Žalobce nemusí být nyní v řízení zastoupen advokátem jako podle dřívějšího právního stavu. Předmětem žaloby je rozhodnutí žalovaného správního orgánu.

Na řízení podle s.ř.s. se účastní také další osoby - osoby zúčastněné na řízení (§ 34 s. ř. s.). Jsou to osoby, které - stejně jako žalobce - byly vydáním napadeného rozhodnutí dotčeny na svých právech, ale také osoby, které mohou být přímo dotčeny na svých právech jeho zrušením podle žalobního návrhu (například stavebník - držitel stavebního povolení v řízení o žalobě, kterou podal jeho soused proti stavebnímu úřadu a domáhal se zrušení vydaného stavebního povolení). K tomu, aby se někdo stal osobou zúčastněnou na řízení, se vyžaduje také to, aby taková osoba výslovně prohlásila, že bude svá práva v řízení uplatňovat. Ke správnému zjištění okruhu osob, které by přicházely v úvahu, se ukládá žalobci už v žalobě jejich výčet uvést, a také soud má povinnost, aby v případě, že v průběhu řízení vyjde najevo, že tu taková osoba je, ji o jejich právech poučil a umožnil jí do řízení vstoupit.

Výrazný rozdíl řízení podle části 5. o.s.ř. od projednávání žalob proti rozhodnutím správních orgánů ve správním soudnictví se týká vymezení okruhu účastníků řízení. Účastníky řízení jsou podle § 250a odst. 1 o.s.ř. žalobce a ti, kdo byli účastníky v řízení před správním orgánem. Účastníkem tedy není správní orgán, který ve věci rozhodoval, na rozdíl od správního soudnictví podle soudního řádu správního. Vedle žalobce tedy budou účastníky řízení osoby, kterým postavení účastníka řízení před správním orgánem ze zákona náleželo, i když s nimi správní orgán jako s účastníky řízení nejednal. Jakmile soud podle § 250a odst. 2 o.s.ř. zjistí, že se řízení neúčastní někdo, kdo je jeho účastníkem, přibere jej i bez návrhu usnesením do řízení. Proti tomuto usnesení není odvolání přípustné.

8. PRŮBĚH ŘÍZENÍ A ROZHODNUTÍ

Řízení před správním soudem podle soudního řádu správního ovládá přísná koncentrační zásada. Správní soud posuzuje v řízení o žalobě především právní otázky, na rozdíl od dřívějšího stavu může ale také na návrh provést důkazy, jimiž osvětlí skutkovou stránku věci, ze které vycházel správní orgán. Nedostatky skutkových zjištění ze správního řízení, které dříve nutně vedly ke zrušení rozhodnutí, mohou být dnes částečně napraveny doplněním dokazování před soudem. Do jisté míry se tak zmenšuje prostor pro dříve dosti četná rozhodnutí, kterými soud rušil napadené rozhodnutí správního orgánu pro nedostatečná skutková zjištění, tedy pro vady provedeného řízení. Přesto v podstatné části věcí nebylo a není nutné provádět dokazování; tím pozbývá také svého nejdůležitějšího smyslu vlastní ústní projednání věci v jednací síni. Zákon proto umožňuje rozhodnout soudu bez toho, že by bylo nařizováno jednání, a to buď se společným souhlasem obou stran sporu (§ 51 s. ř. s.) a nebo také tam, kde rozhodnutí správního orgánu trpí takovými vadami, které by ani při soudním ústním jednání nebylo možno odstranit, a je třeba jej zrušit (§ 76 s. ř. s.).

Podle § 78 s.ř.s. je výsledkem řízení před soudem rozsudek (o věci samé), jímž se buď žaloba zamítá a nebo se napadené rozhodnutí zrušuje a to pro nezákonnost¹⁴ nebo pro vady řízení, popř. i tehdy, zjistí-li že správní orgán překročil zákonem stanovené meze správního uvážení nebo jej zneužil, a věc se vrací správnímu orgánu k dalšímu řízení, popř. tak, že vysloví nicotnost rozhodnutí. Ve zmíněných případech uložení trestů za správní delikt může soud na návrh vyslovit, že od uloženého trestu se upouští, popřípadě může výrok o uloženém trestu zmírnit. Tam, kde soud nerozhoduje ve věci samé, řízení skončí vydáním usnesení (např. o odmítnutí žaloby podle § 46 s.ř.s., o zastavení řízení podle § 47 s.ř.s.). Zvláštním způsobem skončení řízení je nově zavedený institut „uspokojení navrhovatele“ (§ 62 s. ř. s.). Umožňuje se tu správnímu orgánu, aby i po vydání rozhodnutí a jeho napadení žalobou na soudě sám nahlédl, že tu došlo k pochybení a porušení zákona, a rozhodl o věci znovu tak, že žalobce bude novým rozhodnutím uspokojen. V takovém případě soud - po vyjádření žalobce - usnesením řízení zastaví a právní mocí usnesení nabude právní moci současně také nové uspokojující rozhodnutí správního orgánu. Příčina sporu tak může být urychleně odstraněna.

Z části 5. o.s.ř. není zřejmé, zda zde upravené soudní řízení je řízením sporným či nesporným. I s ohledem na vymezení předmětu tohoto řízení by spíše přicházelo v úvahu, že toto soudní řízení bude mít charakter řízení nesporného, předcházelo-li mu nesporné řízení před správním orgánem, jinak půjde o řízení sporné. Pokud není částí 5. občanského soudního řádu stanoveno jinak, užijí se na řízení ohledně takové žaloby přiměřeně ustanovení části první až čtvrté o zákona.

Ustanovení § 250d odst. 1 o.s.ř. upravuje rovněž koncentraci pro uvedení rozhodných skutečností o věci samé a označení důkazů k jejich prokázání nejpozději do skončení prvního jednání, které v řízení před soudem konalo, k později uvedeným skutečnostem a důkazům se nepřihlíží. Výjimkou jsou situace, jde-li o skutečnosti nebo důkazy, jimiž má být zpochybněna věrohodnost provedených důkazních prostředků, které nastaly nebo vznikly po prvním jednání nebo které účastník nemohl bez své viny včas uvést.

Při rozhodování o žalobě není soud podle § 250e odst. 1 o.s.ř. vázán skutkovým stavem, jak byl zjištěn správním orgánem. V řízení před soudem mohou být prováděny nové důkazy, mohou být zopakovány důkazy provedené před správním orgánem, případně může vzít za svá též skutková zjištění správního orgánu. (§ 250e odst. 2 o.s.ř.). Přičemž v řízení se uplatní zásad pravdy formální.

Soud v řízení podle 5. části o.s.ř. může o podané žalobě rozhodnout několika způsoby. Soud žalobu podle § 250g o.s.ř. odmítne, byla-li podána opožděně, nebo byla-li podána někým, kdo k žalobě není oprávněn, nebo je-li nepřípustná (zde však nejde o případ, kdyby žaloba byla podána ve věci náležející do věcné příslušnosti soudu rozhodujícího ve správním soudnictví). Soud žalobu podle § 250i o.s.ř. zamítne, dospěje-li k závěru, že správní orgán rozhodl o

¹⁴ rozhodnutí je nezákonné, jestliže je v rozporu s právním řádem, tedy zejména porušuje-li ústavní pořádek, nebo pokud je v rozporu s vnitrostátními právními předpisy, tedy zákony, zákonnými opatřeními Senátu a podzákonnými právními předpisy a nebo je v rozporu s mezinárodní smlouvou, která je podle čl. 10 Ústavy součástí právního řádu, má-li být taková smlouva v daném případě použita namísto zákona. Dnem, kdy se stala ČR členem EU, jsou na území ČR závazná a bezprostředně použitelná zejména nařízení vydaná příslušnými orgány EU. Podle judikatury ESD je každý vnitrostátní soud povinen v mezích své pravomoci přímo používat právo EU, chránit práva, která z tohoto právního systému vznikají jednotlivcům a nepřihlížet k ustanovením vnitrostátního práva, která jsou v rozporu s právem EU, blíže k judikatuře ESD např. Pitrová, L., Pomahač, R. : Průvodce judikaturou Evropského soudního dvora. Díl I, Praha, Linde, 2000, str. 63 a násl.

sporu nebo o jiné právní věci správně. Odmítne-li soud žalobu anebo zamítne-li žalobu, zůstává rozhodnutí správního orgánu nedotčeno.

Dospěje-li soud k závěru, že o sporu nebo o jiné právní věci má být rozhodnuto jinak, než rozhodl správní orgán, rozhodne ve věci samé podle § 250j odst. 1 o.s.ř. rozsudkem, přičemž rozsudek soudu nahrazuje rozhodnutí správního orgánu v takovém rozsahu, v jakém je rozsudkem soudu dotčeno. Tento následek musí být uveden ve výroku rozsudku.

9. OPRAVNÉ PROSTŘEDKY

Ve správním soudnictví podle soudního řádu správního rozhodují soudy v jediném stupni. Proti jejich rozhodnutí není přípustné odvolání ani žádný jiný řádný opravný prostředek. Proti pravomocným rozhodnutím krajských soudů - s výjimkami, které jsou odůvodněny povahou věci (např. věci volební) - je však možno podat mimořádný opravný prostředek - kasační stížnost, o které rozhoduje Nejvyšší správní soud. Možnost podání kasační stížnosti je výrazně pozitivní počin oproti dřívější úpravě jednostupňového správního soudnictví a to nejen proto, že se tak soudní ochrana výrazně prohlubuje, ale i proto, že se tak umožňuje sjednocování právních názorů, což je důležité také pro jednotný výkon veřejné správy.

Kasační stížnost je zásadně přípustná proti každému rozhodnutí krajského soudu, nicméně soudní řád správní upravuje z tohoto obecného pravidla některé výjimky a to ve věcech volebních, jen proti výroku o nákladech řízení nebo proti důvodům rozhodnutí soudu, proti rozhodnutím, kterým se pouze upravuje vedení řízení a rozhodnutím majícím dočasný charakter. Kasační stížnost rovněž nepřipouští tzv. nova. Mimo zkoumání přípustnosti kasační stížnosti (§ 104 s. ř. s.) se Nejvyšší správní soud u kasačních stížností ve věcech mezinárodní ochrany zabývá také jejich případnou nepřijatelností (§ 104a s. ř. s.), tj. zda taková kasační stížnost svým významem podstatně přesahuje vlastní zájmy stěžovatele či nikoliv.

Protože formulování kasační stížnosti je právně odborně náročné, stanoví zákon, že stěžovatel musí být zastoupen advokátem, tzv. advokátní přímus (neplatí to v případech, kdy právní odbornost stěžovatele je zajištěna jinak, § 105 odst. 2 s. ř. s.).

K podání kasační stížnosti je aktivně legitimován nejen účastník řízení, z něhož napadené rozhodnutí vzešlo, nebo osoba zúčastněná na takovém řízení. Účastníkem řízení o kasační stížnosti jsou stěžovatel a všichni, kdo byli účastníky původního řízení.

Lhůta pro podání kasační stížnosti je dvoutýdenní a běží od doručení rozhodnutí. Její zmeškání nelze prominout. Je-li však kasační stížnost včas podána, ale má nedostatky, má stěžovatel právo na to, aby nedostatky mohl odstranit do jednoho měsíce od doručení usnesení, kterým mu je soud vytkl. Kasační stížnost je třeba podat u toho krajského soudu, který vydal rozhodnutí, proti kterému stížnost směřuje. Ten také se postará o odstranění nedostatků, soustředění spisů a opatření vyjádření druhé strany; poté věc předloží k rozhodnutí Nejvyššímu správnímu soudu.

Kasační stížnost nemá ex lege odkladný účinek. Nejvyšší správní soud jej však může na návrh stěžovatele usnesením přiznat, tj. pozastavit do skončení řízení před soudem účinky napadeného rozhodnutí. Aby však soud mohl odkladný účinek přiznat, musí být kumulativně splněno, že výkon nebo jiné právní následky rozhodnutí by znamenaly pro stěžovatele nenahraditelnou újmu, dále že přiznáním odkladného účinku nebudou dotčena nepřiměřeným způsobem nabytá práva třetích osob a toto přiznání není v rozporu s veřejným zájmem.

Kasační soud nemůže překročit meze kasační stížnosti a je tak jejím rozsahem vázán, přičemž platí, že ke skutečnostem, které stěžovatel uplatnil poté, kdy bylo vydáno napadené rozhodnutí, kasační soud nepřihlíží. Pokud jde o tvrzené důvody obsažené v kasační stížnosti, je těmito důvody kasační soud vázán. Platí však výjimky pro případy, kdy řízení před soudem bylo zmatečné nebo bylo zatíženo vadou, která mohla mít za následek nezákonné rozhodnutí o věci samé anebo je-li napadené rozhodnutí nepřezkoumatelné, jakož i v případech, kdy je rozhodnutí správního orgánu nicotné. (viz. výše)

Kasační soud může o kasační stížnosti rozhodnout několikerým způsobem a to v závislosti na tom, zda-li je kasační stížnost důvodná nebo nedůvodná. Není-li důvodná, kasační soud ji rozsudkem zamítne. Pokud kasační soud dospěje k závěru, že kasační stížnost je důvodná, rozsudkem zruší rozhodnutí krajského soudu a věc mu vrátí k dalšímu řízení. V takovém případě je krajský soud vázán právním názorem, který kasační soud vyslovil ve zrušovacím rozhodnutí.

Druhým mimořádným opravným prostředkem podle soudního řádu správního je obnova řízení (§ 111 s. ř. s.). Je však přípustná jen v řízení o žalobách proti nezákonným zásahům a v řízení ve věcech politických stran, tedy tam, kde soud sám zjišťoval skutkový stav věci). Tak jako podle ostatních procesních předpisů se řízení rozpadá do dvou fází: řízení o povolení obnovy a řízení obnovené. V první fázi se zkoumá, zda je dán důvod obnovy (tedy to, že vyšly najevo důkazy nebo skutečnosti, které účastník bez své viny neuplatnil v původním řízení, v jejichž světle může být výsledek řízení pro něj příznivější), ve druhé fázi, poté, kdy je obnova řízení povolena, se provede nové řízení ve věci samé. K podání návrhu je stanovena lhůta tři měsíců od okamžiku, kdy se navrhovatel o důvodu obnovy dozvěděl, nejpozději však lze návrh podat do tří let od právní moci původního rozhodnutí.

Při přezkumu soudních rozhodnutí vydaných v řízení podle části páté o.s.ř. se použijí s ohledem na ust. § 245 o.s.ř. příslušná ustanovení části čtvrté o.s.ř. o rozhodování o opravných prostředcích, proto proti rozhodnutí lze podat jak řádný opravný prostředek odvolání, tak mimořádné opravné prostředky a to dovolání, žalobu na obnovu řízení a žalobu pro zmatečnost.

10. ZÁVĚR

Rozdíly obou posuzovaných druhů řízení jsou uvedeny v následující tabulce.

	Řízení podle části 5.o.s.ř.	Řízení podle s.ř.s.
Pravomoc	Ochrana je poskytována soukromým subjektivním právům	Ochrana je poskytována veřejným subjektivním právům
Příslušnost věcná	Okresní soudy (výjimka: KS ve věcech vkladu práva k nemovitostem do KN)	Krajské soudy
Příslušnost místní	a) obecný soud účastníka, jemuž byla nebo podle návrhu podaného u správního orgánu měla být uložena povinnost k plnění,	Soud, v jehož obvodu má sídlo správní orgán, který napadené rozhodnutí vydal (výjimky jsou stanoveny jednak pro věci důchodového

b) obecný soud účastníka, na jehož návrh bylo řízení před správním orgánem zahájeno, není-li dána příslušnost podle písmena a), pojištění a důchodového zabezpečení - zde je příslušný krajský soud, v jehož obvodu má žalobce bydliště a jednak pro věci nemocenského pojištění, pojistného na sociální zabezpečení a příspěvku na státní politiku zaměstnanosti - zde je příslušný ten krajský soud, v jehož obvodu má sídlo správní orgán, který rozhodoval v I. stupni)

c) soud, v jehož obvodu je sídlo správního orgánu, který o sporu nebo o jiné právní věci rozhodl, není-li dána příslušnost podle písmena a) nebo b) výjimka - týkalo-li se řízení před správním orgánem práva k nemovitosti, je k řízení místně příslušný vždy soud, v jehož obvodu je nemovitost.

Složení soudu	Samosoudce	Samosoudce nebo senát složený ze tří soudců
Aktivní legitimace	ten, kdo tvrdí, že byl dotčen na svých právech rozhodnutím správního orgánu, kterým byla jeho práva nebo povinnosti založena, změněna, zrušena, určena nebo zamítnuta	Ten, kdo tvrdí, že byl na svém právu zkrácen rozhodnutím správního orgánu
Lhůta pro podání žaloby	2 měsíce od doručení rozhodnutí správního orgánu o opravném prostředku	2 měsíce od doručení rozhodnutí správního orgánu
Přípustnost žaloby	Žalobce vyčerpal řádné opravné prostředky ve správním řízení	Žalobce vyčerpal řádné opravné prostředky ve správním řízení
Soudní poplatek	1000,-Kč / 2500,-Kč	2000,-Kč
Žalobní petit	Žalobce se domáhá, aby soud nově projednal a rozhodl věc, která byla pravomocně rozhodnuta předtím jiným než soudním orgánem.	Žalobce se domáhá toho, aby rozhodnutí bylo zrušeno nebo aby bylo prohlášeno za nicotné, neboli nulitní, tedy za neexistentní. Ten, kdo byl potrestán za správní delikt, může žádat namísto toho,

aby uložený trest byl zmírněn
nebo od něj bylo upuštěno.

Žaloba podána k soudu, který není k rozhodnutí pravomocný	Soud řízení zastaví a poučí žalobce o zachování lhůty, pokud podá žalobu do 1 měsíce u soudu, který má pravomoc ve věci rozhodnout	Soud žalobu odmítne a poučí žalobce o zachování lhůty, pokud podá žalobu do 1 měsíce u soudu, který má pravomoc ve věci rozhodnout
Účastenství	Žalobce a žalovaný = správní orgán	žalobce a ti, kdo byli účastníky v řízení před správním orgánem.
Odkladný účinek žaloby	Může být na návrh přiznán	Může být na návrh přiznán
Rozhodnutí soudu	Soud žalobu zamítne, dospěje-li k závěru, že správní orgán rozhodl o sporu nebo o jiné právní věci správně. Dospěje-li soud k závěru, že o sporu nebo o jiné právní věci má být rozhodnuto jinak, než rozhodl správní orgán, rozhodne ve věci samé podle § 250j odst. 1 o.s.ř. rozsudkem, přičemž rozsudek soudu nahrazuje rozhodnutí správního orgánu v takovém rozsahu, v jakém je rozsudkem soudu dotčeno.	Výsledkem řízení před soudem rozsudek (o věci samé), jímž se buď žaloba zamítá a nebo se napadené rozhodnutí zrušuje a to pro nezákonnost nebo pro vady řízení, popř. i tehdy, zjistí-li že správní orgán překročil zákonem stanovené meze správního uvážení nebo jej zneužil, a věc se vrací správnímu orgánu k dalšímu řízení, popř. tak, že vysloví nicotnost rozhodnutí. V případech uložení trestů za správní delikt může soud na návrh vyslovit, že od uloženého trestu se upouští, popřípadě může výrok o uloženém trestu zmírnit.
Možnost vyřídit věc smírem	Smír § 99 o.s.ř.	Uspokojení navrhovatele §62s.ř.s.
Opravné prostředky	Odvolání, dovolání, žaloba na obnovu řízení a pro zmatečnost	Kasační stížnost, žaloba na obnovu řízení

Reforma správního soudnictví z roku 2002 aktivací Nejvyššího správního soudu jednoznačně přispědčila specializovanému správnímu soudnictví (třebaže nyní jde o hybridní model –

Nejvyšší správní soud a specializované senáty krajských soudů, protože tyto specializované senáty krajských soudů jsou stále součástí jednotných soudů). Z parlamentních debat je však patrné, že budoucí vývoj soudní kontroly správního aktu povede spíše k dobudování specializované soustavy správních soudů než k návratu k „jednotné“ soudní soustavě, vzniklé likvidací soudů veřejného práva v letech padesátých a soudnictví tak bude připodobněno justičním soustavám převážné většiny států evropského kontinentu. (viz. shora kap. 2 francouzský a německý model)

Literatura:

- Bureš, J., Drápal, L., Krčmář, Z. a kol. Občanský soudní řád. Komentář. II. díl. 7 vydání. Praha : C.H.Beck, 2006, 1054 s.
- Hlavsa, P., Soudní řád správní a předpisy související s výkladem. Linde Praha, 2002
- Zoulík, F., Historický vývoj a typy správního soudnictví. Acta Universitatis Carolinae – Iuridica, 1993, č. 2 –3 Vopálka, V., Mikule, V., Šimůnková, V., Šolín, M., Soudní řád správní. Komentář. Praha, C.H.Beck, 2004 Mazanec, M. Správní soudnictví. Praha, 1996
- Schelleová, I. – Schelle, K., Z historie správního soudnictví. In : Historie a současnost veřejné správy (Sborník příspěvků z vědecké konference), Brno, Masarykova univerzita, 1993
- Hendrych, D. a kol., Správní právo. Obecná část. 6. vydání, Praha, C.H.Beck, 2006
- Vopálka, V., Nová úprava správního soudnictví. ASPI Publishing, 2003
- Boguszak, J., Čapek, J., Gerloch, A., Teorie práva. Praha, Eurolex Bohemia, 2001
- Pitrová, L., Pomahač, R., Průvodce judikaturou Evropského soudního dvora. Díl I. Praha, Linde, 2000
- Macur, J., Správní soudnictví. Brno, 1986
- Varvařovský, P., Ke koncepci správního soudnictví. Právní praxe, 1994, č. 1
- Zoulík, F., Správní soudnictví jako druh soudnictví. Právo a zákonnost, 1991, č. 1
- Holub, M. a kol., Vzory smluv a podání. 10. vydání. Praha, Linde 2006

Kontaktní údaje na autora – email:

zahra@volny.cz

Sekce V.

Obchodní právo

Evropské výzvy pro obchodní právo

Section V.

Commercial Law

European Challenges for Commercial Law

EKONOMICKÝ REDUKCIONISMUS A NORMATIVNÍ INDIVIDUALISMUS V EVROPSKÉM SOUTĚŽNÍM PRÁVU?

JOSEF BEJČEK

Právnická fakulta Masarykovy univerzity, Česká republika

Abstrakt v rodném jazyce

Příspěvek pojednává o důsledcích zvýšeného důrazu na tzv. ekonomizaci soutěžního práva. Kritizuje jednostranné prosazování spotřebitelského blahobytu jako cíle soutěžního práva a rezignaci na normativní stránku a na dlouhodobé působení soutěžního prostředí v zájmu zachování otevřených trhů. Zpochybňuje normativní individualismus preferující zájmy jednotlivých členů společnosti redukované na krátkodobé zájmy ekonomické. Chráněnou hodnotou mohou být i určitá práva účastníků trhu. Kritizuje se rozsah a jednostrannost ekonomizace přístupu k soutěžnímu právu a jeho ekonomická instrumentalizace.

Klíčová slova v rodném jazyce

Soutěžní právo, ekonomizace a instrumentalizace soutěžního práva, normativní individualismus, cíle soutěžního práva, hodnocení přínosů protisoutěžního jednání.

Abstract

On the consequences of “more economic approach”. Criticism of one sided putting through of “consumer welfare” in terms of the goal of competition law and of the reduction of the assessment on the pure economic points of view. Denying of exaggerated normative individualism that prefers short-term interests of particular members of the society to the detriment of certain important rights of the participants of the market. Criticism of one-idea'd economization and instrumentalization of competition law.

Key words

Competition law and its instrumentalization, more economic approach, goals of the competition law, normative individualism, efficiencies and their assessment.

Příspěvek se zabývá důsledky zvýšeného důrazu na tzv. ekonomizaci soutěžního práva, která spočívá v preferování ekonomických hledisek v rozhodovací praxi soutěžních úřadů a soudů. Jako pars pro toto slouží především posuzování spojení soutěžitelů (fúzí, mergers), ale rozebírá se na příkladech i „ekonomizace“ přístupu k zakázaným dohodám omezujícím soutěž a ke zneužití dominantního postavení.

1. EKONOMICKÉ PŘÍNOSY („EFFICIENCIES“) A RŮZNÉ VARIANTY „BLAHOBYTU“

Vyvážené posouzení přínosů (možných, více či méně pravděpodobných, čistě ekonomických i širších, spíše vnitrofiremních i celospolečenských, dlouhodobých a krátkodobých) ve vztahu k možným protisoutěžním účinkům fúze je kardinální otázkou soutěžní politiky. Nestačí např. konstatovat, že fúze povede k úsporám, a že blokování takové fúze by se v zásadě rovnalo námitkám proti úsporám dosahovaným ve firmách interně;¹ samotný pojem úspor je nutno

¹ Srov. Heyer, K.: A world of uncertainty: economics and the globalization of antitrust, Antitrust Law Journal, vol. 72, 2005, str.406. Srov. též. Knieps, G.: Wettbewerbsökonomie, Springer Verlag, Berlin-Heidelberg, 2005, str. 132 ns., kde se konstatuje, že je nutná fundovaná ekonomická analýza, vyvažující mezi možnými

převést na nějaký „společný jmenovatel“. Přes nedostatečnou metodologickou a teoretickou propracovanost se takové problémy v rozhodovací praxi musí více či méně intuitivně řešit.²

Nezbytným a velmi nesnadným úkolem antitrustových úřadů je tedy provést komplexní test, který by všechny tyto možné efekty a jejich souvislosti zvážil. „Spotřebitelský blahobyt (užitek)“ (consumer welfare), který je dnes prosazován jako prvořadé agregované kritérium evropského soutěžního práva³, nasvědčuje spíše tomu, že se bere na zřetel především efektivnost alokativní (aby spotřebitelé obdrželi podstatnou část z přírůstku efektivnosti)⁴ – pouhý zisk výrobce není jako důsledek vyšší efektivnosti dostačující.

Klíčovým pojmem ekonomického přístupu jsou tzv. „efficiencies“ - nejde jen úspory v užším slova smyslu (jako třeba úspory výrobních nákladů). Právníci tomu pojmu takto zúženě občas rozumějí (maximálně ještě do nich zahrnou úspory z rozsahu a z měřítka – economies of scale and scope). Tyto úspory v užším smyslu („economies“, ev. „savings“) jsou jen součástí širšího pojmu „efficiencies“. Zůstává přitom stranou alokativní efektivnost, dynamická

positivními a negativními důsledky fúze, aby nedošlo ke dvěma zásadním chybám: k zákazu národohospodářsky výhodné fúze a ani k povolení fúze, jejíž negativní dopady převažují nad možným zvýšením efektivnosti.

² Tak v případě Aérospatiale-Alenia /de Havilland (OJ L 334, 5.12. 1991) Komise konstatovala, že by fúze nepřispěla k rozvoji technického a ekonomického pokroku a i kdyby ano, nebylo by to k prospěchu spotřebitelů. Ze zámoří se na toto rozhodnutí snesla kritika (viz Gifford/Kudrle, op. cit. níže, str. 458): nesporné přínosy k efektivnosti byly totiž podle Komise využitelné proti méně efektivním soupeřům, kteří by tak v konečném důsledku mohli být vytlačeni z trhu.

V případě AT&T/NCR (OJ C 16, 24.1. 1991) Komise vyslovila pochybnost o synergickém efektu fúze tvrzeného stranami a tom zda, by potenciální výhody z těchto synergií nevedly spíše k vytvoření či posílení dominantního postavení.

V rozhodnutí Komise z 3.7. 2001 o fúzi General Electric/Honeywell se uvádělo, že intenzifikace cenové soutěže (sdružování produktů s nižšími agregátními cenami) by vedla ve střednědobém výhledu k odchodu jednoho či více soutěžitelů, a že krátkodobý prospěch spotřebitelů by byl z dlouhodobějšího hlediska převážen omezením soutěže. Preferovaným cílem soutěže je tedy zachování rivality na trhu (a to i za cenu vyšších cen pro spotřebitele). Nákladová výhoda efektivnějšího konkurenta, z níž by mohl těžit spotřebitel, byla tedy překážkou schválení fúze.

V případě Danish Crown/Vestjyske Slagterier (OJ L 20, 25. 1. 2000) se dokonce explicitně konstatovalo, že získání dominantního postavení na relevantních trzích v důsledku fúze znamená, že argument o přínosech (efficiencies) použitý stranami, nemůže být při hodnocení fúze vzat v úvahu. To znamená, že by se k úsporám fúzí vyvolaným přihlíželo jen tehdy, pokud by nevzniklo dominantní postavení. Zdá se, že systémově teoretická předpojatost, že dominantní postavení je samo o sobě špatné a nemohou je převážit ekonomické výhody ani pro spotřebitele, převážila. Snad to mohlo být způsobeno hluboce zakotvenou nedůvěrou v reálnost tvrzených přínosů a na druhé straně v tvrdou skutečnost tržní dominance (přínosy se lehce tvrdí, ale těžko dokazují).

V Kanadě se naopak podle § 96 odst. 1 soutěžního zákona z r. 1985 (C - 34) zakazuje bránit takové fúzi, která je efektivní, tedy u níž je i jen pravděpodobné, že povede k přínosům, které budou větší než (a vyrovnají) účinky jakéhokoliv vyloučení nebo snížení soutěže, vyvolané nebo pravděpodobně vyvolané předpokládanou fúzí, pokud by ony přínosy v případě zákazu fúze nenastaly (srov. Gifford, D.J.- Kudrle, R.T.: Rhetoric and reality in the merger standard of the United States, Canada, and the European Union, Antitrust Law Journal, Vol. 72, 2005, str. 454). Na základě tohoto ustanovení byla v Kanadě schválena v r. 2000 fúze v případě Superior propane, přičemž kombinovaný tržní podíl dvou distributorů na šestnácti místních trzích překročil 95%.

³ Srov. Bishop, S.- Walker, M.: The Economics of EC Competition Law, Sweet & Maxwell, London, 2002 str. 24.

⁴ Tak Geradin, Efficiency claims in EC competition law and sector-specific regulation, draft paper, Workshop on Comparative Competition Law (The Evolution of European Competition Law – Whose Regulation, Which Regulation?), Firenze 12.-13. 11. 2004, str. 3

efektivnost a všemožné druhy synergií v důsledku kombinace komplementárních hodnot (assets), jako např. zlepšená ekonomika transakčních nákladů.⁵

V USA zrozený termín „efficiencies“, který se v antitrustové literatuře používá nejčastěji bez překladu, znamená spíše obdobu „přínosu“ nebo „výhody“, a to jak pro zúčastněné subjekty, tak pro třetí osoby, včetně výhod celospolečenských (přínos k celkovému blahobytu „total welfare“). Proto na rozdíl od užších „úspor“ používám obsahově přesnějšího pojmu „přínosy“, pokud nezůstanu v kontextu u nepřeloženého pojmu „efficiencies“⁶. V USA, odkud je pojem převzat, se pod ním rozumí „růst celkové hodnoty ekonomicky měřitelných přínosů ve společnosti“⁷.

Hovořit o přínosech v oblasti soutěžního práva není metodicky možné, aniž bychom si před tím ujasnili, jaké má soutěžní právo plnit cíle. V této otázce panuje velmi čilá diskuse, která je podle mého soudu předznamenána silným hodnotovým apriorismem.

2. CÍLE SOUTĚŽNÍHO PRÁVA

V USA jednoznačně převládlo stanovisko tzv. Chicagské školy, že jediným cílem kartelového práva je ekonomická efektivnost vedoucí ke zvýšení spotřebitelského blahobytu. Nejde jen o hlasitost či četnost projevů zastánců této školy, ale především o stabilní trend praktického rozhodování antitrustových orgánů a soudů. Konstatuje se, že kartelové právo je identické s mikroekonomií⁸, a že se dokonce stalo odvětvím ekonomiky⁹. Za prvořadý princip kartelového práva se tam v současné rozhodovací praxi pokládá podpora ekonomické efektivnosti a blahobytu spotřebitelů.¹⁰

Protivníci Chicagské školy, kteří se snažili o uznání i jiných cílů kartelového práva nežli jen o bilanci zisků a ztrát na ekonomické efektivnosti (jako např. cíle zabránit přesunu majetku od spotřebitelů k výrobcům, nebo o zábranu akumulace ekonomické moci, o ochranu svobody rozhodování menších podniků apod.), byli v diskusi potlačeni, a zejména jim nedává za pravdu judikatura¹¹.

Cíle evropského kartelového (soutěžního) práva jsou základními právními dokumenty EU, teorií, rozhodováním Evropské komise i soudní judikaturou pojímány mnohem plastičtěji.

⁵ Srov. Kolasky, W. J.: Effectively Advocating Efficiencies in Merger Reviews, Antitrust Report, Spring 2003, str. 7 - 8.

⁶ Problémy s překladem tohoto slova jsou obecné a obcházejí se tak, že se pojem „efficiencies“ nepřekládá, nebo se jen jako novotvar gramaticky „překlápí“ do příslušného jazyka – srov. německý termín „Effizienzen“ (a nikoliv „Einsparungen“ – tedy „úspory“) v publikaci Röller, L.H.- Stroh, A.: Ökonomische Analyse des Begriffs „significant impediment to effective competition“, speeches in 2005, <http://europa.eu.int>, str. 12 nsl.

⁷ Cit. Brodley, J.F.: The Economic Goals of Antitrust: Efficiency, Consumer Welfare, and Technological Progress, 62 N.Y.U. L. Rev. 1020, 1025 (1987), podle Schlossberg, R.S. (Ed.): Mergers and Acquisitions, ABA, Chicago 2004, str. 175.

⁸ Srov. Fox, E.M.- Sullivan, L.A.: Antitrust- Retrospective and Prospective: Where Are We Coming from? Where Are We Going? 62 N.Y.U.L.Rev. 1987, str. 936,945.

⁹ Easterbrook, F.H.: Allocating Antitrust Decisionmaking Tasks, 76 Geo.L.J., 1987, str. 305.

¹⁰ Srov. Schlossberg, R.S.(ed.): Mergers and Acquisitions, ABA, Chicago, 2nd Ed., 2004, str. 379; Areeda, P.- Turner, D.F.: Antitrust Law, 2003, str. 1102.

¹¹ Blíže viz Mayer, Ch.: Ziele und Grenzen des Kartellverbots im Recht der EG und der USA, Nomos Verlag, Baden Baden 2005, str. 35 nsl.

Řadí se mezi ně vytvoření a fungování integrovaného společného trhu, který má ústřední roli¹², ale lze sem zahrnout i další cíle, jež se někteří ekonomové zdráhají akceptovat, jako jsou ekonomická svoboda, poctivost, ochrana malých a středních firem, mezinárodní konkurenceschopnost domácích podnikatelů, ekologické ohledy a další¹³. Podpora blahobytu spotřebitelů zvyšováním ekonomické efektivity však mezi tyto cíle patří též.¹⁴ Jako by se ovšem někdy pozapomnělo, že podle platného komunitárního práva¹⁵ je činnost Společenství zaměřena na vytvoření systému nezkreslené soutěže – nadřazování blahobytu spotřebitelů tomuto cíli není právně podloženo.¹⁶

Někdy jako by se nechtěly slyšet hlasy, že soutěžní právo není jen prostým nástrojem k podpoře ekonomické efektivity, ale že je i nástrojem politiky k zajištění ekonomického pluralismu, jehož popření znamená omezení nebo ztrátu svobody, a to především svobody hospodářské. Požadavek rozptýlit v demokracii nejen moc politickou, ale i hospodářskou, se právě neshoduje s tlakem na soutěžní darwinismus, jehož jsme v současnosti svědky¹⁷.

Zdůrazňování ekonomického přístupu odhlíží od normativní stránky věci. Jako by nebylo možné porovnávat a kompenzovat jiné než ekonomické ztráty a přínosy a jako by nebylo možné uznat, že by před krátkodobou výrobní nebo alokativní efektivností mohla mít přednost hodnota dlouhodobého udržení soutěžních trhů (a dynamické efektivity v podobě jejich inovativnosti).¹⁸ Mohou přece nastat (přínejmenším dočasné a krátkodobé) konflikty mezi prostředkem (ochranou soutěže) a cílem (spotřebitelským blahobytem). Orientace na přednost krátkodobému cíli spotřebitelského prospěchu před zajištěním funkčnosti soutěžního prostředí dlouhodobě příznivého pro spotřebitelský prospěch je naopak negací jak onoho prostředku, tak i cíle.

Za předpoklad efektivity se vždy pokládalo zachování svobodné soutěže a otevřených trhů, aby výrobci byli pod neustálým tlakem konkurence a byli motivováni ke zlepšování kvality, k inovacím, k rozumným cenám. Dá se tedy konstatovat, že cílem evropského kartelového práva je prostřednictvím zachování svobodné soutěže zachovat mimo jiné (!) nástroj k dosažení cíle podpory blahobytu spotřebitelů. Z tohoto hlediska je zlehčování této motivace¹⁹ poněkud ukvapené a argumentačně ne dosti podloženo.²⁰ Z pohledu amerických

¹² Srov. např. Monti, G.: Article 81 and Public Policy, C.M.L.R. 2002, str. 1057, 1063; Whish, R.: Competition Law, 5th Ed., London/Edinburgh 2003, str. 21; Ehlermann, C.-D.: The Contribution of the EC Competition Policy to the Single Market C.M.L.R. 1992, str. 257.

¹³ Blíže srov. Bejček, J.: Cílové konflikty v soutěžním právu, Právník 2007, č. 6, s. 663-689.

¹⁴ Srov. XXII. zprávu o soutěžní politice z r. 1992, str. 18, bod 3, in Mayer, op.cit., str. 42. XXXII. Report on Competition Policy, European Commission, 2002, str. 12, konstatuje výslovně, že „jedním z hlavních cílů evropské soutěžní politiky je podporovat zájmy spotřebitelů, tedy zajistit, aby spotřebitelé měli užitek z bohatství vytvářeného evropskou ekonomikou.“

¹⁵ Srov. čl. 3 odst. 1, písm. g) SES.

¹⁶ Jak konstatuje Basedow, J.: Konsumentenwohlfahrt und Effizienz – Neue Leitbilder der Wettbewerbspolitik? WuW 2007, 7-8, str. 712.

¹⁷ Inspirativní je skvělá analýza: Ghidini, G.: A Tale of Two Cultures? Some Comments on the Role of „Efficiencies“ on the Two Sides of the Atlantic, IIC, Vol. 35, 2004, 5, str. 521 nsl., zejm. str. 541.

¹⁸ Koncepční úvahy k tomu má Kerber, W.: Should competition law promote efficiency? Nepublikovaný příspěvek na druhé konferenci ASCOLA, Paříž, 8.9. 2006.

¹⁹ Kindl, J.: Pojem narušení hospodářské soutěže – obecná východiska a konkrétní aplikace, Právní rozhledy 2005, č. 10, str. 343 a násl.

specialistů sleduje EU soutěžní politiku založenou na podpoře obchodní rivality, a nikoliv přínosu či „zisku“ pro spotřebitele (surplus)²¹ a prosazuje i distributivní hodnoty, které mohou převážit nad maximalizací bezprostředního (!) spotřebitelského blahobytu; a někdy též převažují. Tato politika ochrany soutěže chrání podle těchto názorů stávající účastníky trhu před nově příchozími vyzyvateli a může vyústit v ochranu výrobců.²²

3. EFEKTIVNOST VERSUS SOUBOR JINÝCH HODNOT A PRÁV

Zdá se, jako by pro ekonomy nebyla přípustná kolize mezi soutěží a efektivností a jako by nemohla za žádných okolností dostat v takovém případě přednost soutěž před efektivností. Fundamentalistický ekonomický přístup může ústít až v jakýsi normativní individualismus, který veškeré relevantní společenské hodnoty odvozuje od (vesměs krátkodobých) preferencí (hodnotových soudů) jednotlivých členů společnosti (zde spotřebitelů). Dochází tak ke konfliktu statické a dynamické efektivnosti a může se tedy snadno (a na první pohled přesvědčivě!) preferovat krátkodobý přínos v množství a ceně produkce na úkor dlouhodobého soutěžního chování a dynamické efektivnosti. Jiné relevantní hodnoty se tím popírají jako iluzorní (ekonomická svoboda, svoboda soutěže)²³.

Je však představitelná i jiná verze normativního individualismu, totiž takového, který klade důraz na osobní svobodu jedinců, jimž nesmí nikdo tuto svobodu upírat, byť by to vedlo ke zvýšení blahobytu. Normativní rozhodnutí o tom, co je to účinná soutěž²⁴, nemusí být v souladu s preferencemi občanů. Tyto preference přitom nutně nemusí směřovat jen buď k celkovému blahobytu nebo čistě ke spotřebitelskému blahobytu, ale mohou být kompromisem. Navíc je mezi těmito preferencemi možno najít i ochranu určitých práv

²⁰ Reprezentativní analýza ekonomického hodnocení fúzí (cit. sborník *European Economy* 5/2001, str. 54) dokonce konstatuje, že *většina* ekonomů zastává názor, že soutěžní politika by neměla sledovat výlučně jen zájmy spotřebitelů, nýbrž že jde o maximalizaci celkového přínosu (*total surplus*), tedy součtu přínosu pro spotřebitele a výrobce. Z tohoto hlediska není potom problém v přenosu zisku od spotřebitelů na výrobce kvůli zvýšeným cenám.

²¹ Tak Gifford, D.J. - Kudrle, R.T.: *Rhetoric and reality in the merger standard of the United States, Canada, and the European Union*, *Antitrust Law Journal*, Vol. 72, 2005, str. 454 nsl.

²² V době počátků evropské integrace se za cíl evropského kartelového práva pokládalo též zajištění demokracie, která se tehdy vzhledem k čerstvé historické zkušenosti ztotožňovala s dekartelizací a s demonopolizací hospodářského života, znemožňující koncentraci hospodářsko-politické moci. Byly propagovány i méně jasné a udržitelné cíle, jako podpora hospodářské spravedlnosti, včetně podpory malých a středních podniků. Jak však bylo trefně poznamenáno (Korah, V.: *An Introductory Guide to EC Competition Law and Practice*, 7th Ed., Oxford 2000, str. 12), je to sporné a na úkor zisků z efektivnosti. Malé efektivně fungující podniky podporu nepotřebují a podpora neefektivních podnikatelů by mohla vést ke vzniku dalších neefektivních subjektů, a tím ke snižování efektivnosti. Tyto cíle jsou dnes buď obsoletní, nebo sekundární; primární je zvyšování efektivnosti a blahobytu spotřebitelů - srov. např. formulaci podmínek vyloučení ze zákazu dohod omezujících soutěž podle čl. 81 odst. 3 SES. V trochu jiné souvislosti čl. 27 *Guidelines on the application of Art. 81 of the EC Treaty to Technology Transfer Agreements* - OJ 2004 C101/2 - zdůrazňuje, že (ovšem ve formálně nezávazných *guidelines* - pozn. JB) jak právo k duševnímu vlastnictví, tak právo soutěžní mají tytéž základní cíle zvyšování společenského blahobytu (což není nutně totéž, co spotřebitelský blahobyt - pozn. JB) a efektivní alokace zdrojů. (jak vidno, alokační efektivnost je něco jiného než společenský blahobyt, jinak by se neuváděla zvlášť - pozn. JB).

²³ K tomu srov. Kerber, W.: cit. práce, str. 6, 12.

²⁴ Srov. „soft law“ *Guidelines on the assessment of non-horizontal mergers under the Council Regulation of control of concentrations between undertakings*, 5 February 2004, OJ C 31, s. 5, které definují účinnou soutěž jako takovou, která přináší spotřebitelům prospěch jako nízké ceny, vysoce kvalitní výrobky, široký výběr zboží a služeb a inovace.

účastníků trhu proti tržní moci a predátorskému chování. Takových práv nemusejí být členové společnosti ochotni se vzdát, byť by to přinášelo zvýšení celkového společenského blahobytu. Preference může tedy spočívat i v tom, jaký druh obchodních praktik by se měl považovat za normální, resp. morální.²⁵

Je tedy legitimní požadavek, aby se sice porovnávaly a vyvažovaly (trade-off) ekonomické přínosy, ale s přihlédnutím k tomu, že určitý soubor vyhrazených (z tohoto hlediska „nedotknutelných a „neobchodovatelných“) práv soutěžitelů je proti „ekonomizaci“ přístupu chráněn. Ochrana soutěže jako procesu před zneužitím dominantního postavení (a nikoliv soutěžitelů) neznamena tedy bezpodmínečně, že se musí vše měřit dopadem na spotřebitele. Predátorské chování může zasáhnout do práv jiných soutěžitelů bez ohledu na to, zda jsou efektivnější nebo méně efektivní nežli dominant.

V této souvislosti je např. velmi problematické uvažovat o „meeting competition defence“, která by umožnila dominantovi chovat se vytlačovatelským způsobem na trhu, pokud by se tím bránil vstupu nového soutěžitele, který by nebyl stejně efektivní.²⁶

I dominant má právo chránit svoje ekonomické zájmy, byť je při tom svazován onou zvláštní odpovědností za svoje chování, kterou subdominant nemá.²⁷ Zvláštní pozornost se musí věnovat pečlivému vyvažování zájmů dominanta se zájmy omezovaných podniků a způsobu zjišťování tzv. čistého efektu, neboť ad hoc přístup podle „zdravého rozumu“ s sebou přináší značná rizika.²⁸

Diskusní materiál (DM) navrhuje prolomení bezvýjimečnosti zákazu zneužití dominance (srov. jeho články 84 – 92) za splnění podmínek, označovaných jako „efficiency defence“ (obrana efektivnosti). Tyto podmínky jsou velmi podobné zákonnému vynětí ze zákazu dohod omezujících soutěž podle čl. 81 odst. 3 SES²⁹. Za zneužití dominantního postavení by se podle této výjimky neměly považovat případy, kdy chování dominanta splňuje kumulativně tyto podmínky: a) vede nebo pravděpodobně vede k přínosům (efficiencies) v podobě zlepšení výroby, distribuce nebo podpory technického nebo ekonomického pokroku; tyto přínosy by měly převážit nad pravděpodobnými negativními účinky chování na soutěž (a tím i újmu spotřebitelům); b) dotyčné chování je k dosažení těchto efektů nezbytné; c) výhody má i spotřebitel; d) není vyloučena soutěž ve vztahu k podstatné části dotčených výrobků.

Kromě toho se předpokládá, že chování dominanta nebude spadat pod zákaz podle čl. 82 SES ve dvou případech tzv. objektivního ospravedlnění:

jde-li o situaci objektivní nezbytnosti, může dominant uplatnit tuto námitku jako obranu (objective necessity defence); jedná se o situace, kdy jinak zneužívající chování je nezbytné

²⁵ Srov. Kerber, tamtéž, str. 17 - 19.

²⁶ Srov. Diskusní materiál (DM) o aplikaci čl. 82 Smlouvy na vylučovací zneužití, Evropská komise, prosinec 2005.

²⁷ Což bylo opakovaně konstatováno v evropské judikatuře srov. zejm. případy Michelin I, Hoffmann – La Roche, AKZO, L’Oreal.

²⁸ Srov. Mertikopoulou, V.: DG Competition’s Discussion Paper on the Application of Article 82 EC to Exclusionary Abuses: the Proposed Reform from Legal Point of View, E.C.L.R. 2007, issue 4. str. 244.

²⁹ Byť se to podle autorky cit. práce (str. 247) dostává do rozporu s judikaturou, která dosud použití těchto kritérií i na jednání podle čl. 82 odmítala.

z vnějších důvodů, nezávislých na třetích stranách a na dominantovi samotném, a kdy by bez tohoto chování nebylo možno zboží vyrábět nebo prodávat.³⁰

Prokáže-li dominant, že chování jinak zneužívající je reakcí na soutěžní chování jiných, která minimalizuje ztrátu (meeting competition defence). Obrana vlastních zájmů dominanta je legitimní, musí však být poměřována testem proporcionality.

Zdánlivě se v DM potvrzuje stanovisko, že soutěžní právo nechrání (neúspěšné) konkurenty, ale soutěž jako proces. V čl. 63 DM se totiž výslovně zavádí pro cenové praktiky test stejně efektivního konkurenta (equally efficient competitor). Vysoce efektivní konkurent bude schopen úspěchu na trhu i přes cenové chování dominanta, zatímco méně efektivní soupeř může být z trhu vytlačen. Všeobecně se za zneužívající má pokládat takové chování dominanta, které je s to vytlačit hypotetického „stejně efektivního“ konkurenta, který má stejné náklady jako dominant. Vyloučit stejně efektivního konkurenta by tedy všeobecně bylo možné jen v případě, že dominant bude uplatňovat ceny pod svými vlastními náklady.

Hodnocení dopadů tohoto testu je kritické. Znamenal by³¹, že se preferuje hlavně výrobní efektivnost, a že by soutěžnímu právu neměl vadit odchod méně efektivního (byť ještě dosti efektivního) dominantova konkurenta z trhu, a tedy snížení úrovně soutěže. Mohlo by to též odstrašovat od vstupu na trh nové zájemce, kteří jsou zpočátku přirozeně méně efektivní nežli „zavedený“ dominant. Jestli by se chránila skutečně soutěž, je ovšem sporné proto, že i vytlačení stejně efektivního konkurenta dominantem by mohlo být ospravedlněno tím, že je to „efektivní“. Obecně se přitom uznává, že i přítomnost méně efektivních soutěžitelů na trhu může být přínosem pro spotřebitele tím, že stlačuje ceny, které by efektivnější konkurenti jinak uplatňovali. Ztráta ve výrobní efektivnosti tak může být převážena ziskem v efektivnosti alokativní v důsledku nižších cen.³²

Obrana efektivností chování, které by jinak bylo považováno ze zneužití, by vedla k popření presumpce ilegality takového chování. Růst efektivnosti dominanta znamená další posílení jeho postavení, což v dlouhodobém pohledu potenciálně ohrožuje spotřebitele.³³ Obrana argumentem efektivnosti při jinak zneužívajícím chování dominanta se výrazně odchyľuje od dosavadní rozhodovací praxe Komise a evropských soudů, které její existenci nikdy neuznaly. Samotná efektivnost není argumentem pro vynětí zneužívajícího chování ze zákazu. Efektivním způsobem lze samozřejmě dosáhnout legitimního cíle, ale nelegitimní cíle nelze odůvodňovat přínosy k efektivnosti, neboť by to vedlo k efektivnímu dosahování nežádoucích cílů.³⁴

Efektivnost důsledků dominantova jednání by bylo navíc nutno posuzovat především z hlediska dlouhodobého, resp. by měl tento její znak dokázat právě dominant. Soutěžní prostředí (oslabitelné odchodem - třeba méně efektivního - konkurenta) je totiž dlouhodobým ex ante regulativem chování dominanta, jehož role by neměla být prostě jen tak „vyměněna“

³⁰ Srov. čl. 77 - 80 DM.

³¹ Mertikopoulou, tamtéž, str. 245.

³² Viz odkaz na Vickersovo vystoupení tamtéž, str. 246.

³³ Tamtéž, str. 247.

³⁴ Tak Dreher, M. – Adam, M.: Abuse of Dominance Under Reform – Sound Economics and Established Case Law, E.C.L.R. 2007, issue 4. str. 280 an.

za kdejaký krátkodobý přínos spotřebiteli. Právní jistota všech těch, kteří by mohli být vytlačeni z trhu kvůli vylučovacímu chování dominanta, by mohla být oslabena.

Podobně při obecně zakázaném smluveném omezení soutěže kartelovou dohodou je možné podle čl. 81 odst. 3 SES učinit za stanovených kumulativních podmínek výjimku ve prospěch přínosů: zákaz se na tyto dohody nevztahuje. Podobnou funkci má stanovení hranic bagatelních kartelů (de minimis) a podmínek v blokových vynětech za zákazu. Překročení těchto hranic je zakázáno, byť by to i bylo v jednotlivém případě ekonomicky efektivní.

Ekonomická efektivnost nedává konečnou odpověď na normativní otázku po cílech soutěžního práva. Různé společnosti mohou v různých obdobích tendovat k různým odpovědím na tutéž otázku. Ochrana spotřebitelských preferencí (navíc vesměs krátkodobých) je stěží zdůvodnitelná jako jediný relevantní normativní standard – volá se po interdisciplinárním, širším a hlubším přístupu, který by respektoval i to, že „soutěž jako taková“ nebo „poctivost“ (fairness) mohou být normativními pojmy a hodnotami, které sdílejí lidé, a tudíž jsou relevantní,³⁵ a nejsou tudíž vyloučitelné ani z případného normativního zachycení.

Jasná struktura pravidel a výjimek vytváří předvídatelnost rozhodování a právní jistotu; alternativa k ní – libovolná směsice ad hoc „ekonomizujících“ a relativizujících úvah a hodnocení vytváří „kaldnou vodu“ právní nejistoty a arbitrárnosti rozhodování.

4. BLAHOBYT FIKTIVNÍHO SPOTŘEBITELE JAKO ULTIMA RATIO?

Požadavek, aby spotřebitel měl zachován poctivý (přiměřený) podíl na výhodách, je

vylovován doktrínou i judikaturou a je zachycen i v právních předpisech.³⁶ Je poněkud matoucí, neboť je synonymem pro standard přínosu (zisku) pro spotřebitele s výjimkou případů, kdy jinak podobný jazyk umožňuje bezdůvodně zamezit fúzi, která se (negativně) nedotkne spotřebitelova blahobytu, ale zvýší blahobyt výrobce³⁷. Spotřebitelé mají podíl na výhodách z fúze, kdykoliv se zvýšení efektivity projeví v nižší ceně nebo v lepším produktu.³⁸ Někdy se navrhuje se, aby nejasný požadavek „přenesení výhod na spotřebitele“ byl nahrazen jednodušším pojmem a standardem zisku (resp. přínosu) pro spotřebitele³⁹.

Je jistě možné usilovat o přístup, který by zvažoval všechny výsledky fúze na základě multidimenzionálního přístupu⁴⁰, resp. judikaturou vyvinutého přístupu vyvažování vah („balancing weights approach“). To však není žádná nová metoda, spíše extenze metody „rule of reason“, opírající se jen o pravděpodobnostní a zčásti spekulativní a účelově předkládané

³⁵ Srov. Kerber, cit. práce, str. 20 -21.

³⁶ Srov. v souvislosti s dohodami omezujícími soutěž čl. 81 odst. 3 SES nebo § 3 odst. 4 písm. b) ZOHS a § 17 odst. 1 ZOHS.

³⁷ Gifford, D.J.- Kudrle, R.T.: op. cit., str. 444, 445.

³⁸ Autoři cit. práce kritizují (na str. 445, 446) čl. 81/3 SES a čl. 2/1 ECMR č. 139/2004, že umožňují nepřihlížet k přínosům pro spotřebitele, které nejsou dostatečně veliké.

³⁹ Standard přínosu (zisku) pro spotřebitele vyjadřují jasně U.S. Horizontal Merger Guidelines vydané US DOJ společně s FTC v r. 1992 (a revidované v r. 1997) v § 4 – předepisují zkoumat, jestli poznatelné přínosy fúze pravděpodobně odvrátí od spotřebitele potenciální újmu na relevantním trhu, např. zabrání-li růstu cen.

⁴⁰ Jak navrhuje Gifford, D.J.- Kudrle, R.T.: in op. cit., str. 463 nsl.

údaje a tvrzení fúzujících subjektů. Metody pravděpodobnostní ekonomické analýzy neposkytují potřebnou právní jistotu a zejména nejsou schopny vyloučit závažné a nevratné defekty vzniknuvší ve struktuře trhů a porovnat je s často jen krátkodobými a lehce vypočítatelnými ekonomickými přínosy pro dnešního spotřebitele.

„Onálepkováním“ jiným moderním názvem se z „křišťálové koule“ ekonoma nástroj vědeckého předvídání vývoje na trzích docela určitě nestane. Role systémových normativních řešení (možná neefektivních v jednotlivém případě nebo i v řadě jednotlivých případů) garantujících dlouhodobý systémový předpoklad zachování soutěžního prostředí jako nástroje (nikoliv samostatného cíle) k zajištění spotřebitelova dlouhodobého blahobytu v důsledku zachovaného účinného soupeření na trhu, je nezastupitelná.

Pokud např. ekonom dokáže s vysokou mírou pravděpodobnosti vypočítat, v jakém časovém horizontu se úspora nákladů v důsledku fúze promítne do snížení cen a dokáže to srovnat s dlouhodobým výhledem a důsledkem tlaku konkurence na snížení cenové úrovně při neschválení fúze, nechť se o přípustnosti fúzí rozhoduje na základě takových výpočtů. Přitom samozřejmě není nutná a ani možná matematická exaktnost. Pokud to však ekonomicko matematická metoda nedokáže (resp. jen s nízkou mírou pravděpodobnosti), je patrně na místě spolehlivější nástroj tlaku na nízké ceny, na diverzitu nabídky a sortimentu, na inovaci, apod. – tedy udržení volného trhu.

Jazyk ekonomie a její pojmový i metodologický aparát často jen působí dojmem větší přesnosti, ale vesměs se i on opírá (podobně jako u právního jazyka a metodologie) o „měkká data“. Ani ony ekonomické cíle nejsou jasným a jednoznačným měřítkem a podléhají hierarchizaci a optimalizačnímu vyvažování - srov. např. hledisko krátkodobé a dlouhodobé efektivnosti, mikro- a makroekonomické efektivnosti apod.

Ani matematický aparát symbolického „uchopení“ ekonomické reality nevyloučí ovšem nejistotu budoucího vývoje, byť ji může strukturovat lépe, než vysmívaný „salónní empirismus“⁴¹. Je sotva možné dát navzdory pomoci těchto nástrojů spolehlivou odpověď na otázku, zda jednorázové ekonomické úspory, které jsou jako důsledek řady fúzí nesporné, nebudou ve středně- a dlouhodobé perspektivě vyváženy nedosaženými úsporami nákladů, k nimž v důsledku absence nebo poklesu soutěžního tlaku vůbec nedojde (I. Schmidt), a zda k všeobecnému (nikoliv k podnikovému) ekonomickému optimu není vhodnější zajištění strukturálních předpokladů trvalé existence takového tlaku. Všeobecný aprioristický předpoklad, že fúze vedou ke zvýšení efektivnosti, není podle výzkumů odůvodněný⁴². Navíc je třeba vzít v úvahu i nemalé transakční náklady spojené s posuzováním fúzí, které mohou od spojování i odradit.⁴³

⁴¹ Termín „*armchair empiricism*“ používá Heyer, K., op. cit., str. 378.

⁴² Podrobnější rozbor viz Luescher, CH.: Efficiency Considerations in European Merger Control – Just Another Battle Ground for the European Commission, Economists and Competition Lawyers?. E.C.L.R. 2/2004, str. 72 a násl. Viz též údaje cit. v pozn. 13.

⁴³ Poukazuje se např. na to, že předvídatelnost rozhodnutí a délka řízení o povolení fúze mohou ovlivnit samotný záměr. Doporučuje se v rámci tzv. „*more economic approach*“ vzít v úvahu i „*truly economic approach*“, tedy uznávat nejen ekonomické modely, ale i skutečnost, že některé postupy (např. test dominance) vyžadují méně zdrojů než jiné, méně ekonomické postupy, a že je dále nutno uznávat všeobecnou vzácnost zdrojů – blíže viz Voigt, S.- Schmidt, A.: Switching to Substantial Impediments of Competition (SIC) can have Substantial Costs – SIC!, E.C.L.R. 2004, č. 9, str. 587.

Zásadním problémem je omezit prostor pro uvážení rozhodujících antitrustových orgánů (Komise, a soudů, jakož i národních antitrustových úřadů) na takové otázky, které se svou povahou vymykají ekonomické objektivizaci a normalizaci do podoby formálních legálních testů. Ekonomický přístup i tady klade arbitrárnímu rozhodování překážky typu „převod podstatné části výhod na spotřebitele“, „převaha dosažených či deklarovaných výhod nad nevýhodami plynoucími z omezení soutěže“, apod. Samotné ekonomické výhody („efficiencies“) nejsou často o nic kvantifikovatelnější (a tedy „měřitelnější“) než podobně neurčité právní pojmy⁴⁴ - i ony závisí na (dobově, hodnotově, zájmově a jinak podmíněných) interpretacích.

I v otázce ekonomičnosti či efektivnosti určitého řešení (a nezáleží na tom, zda kasuistického v jednotlivém případě, nebo normativního) je konečným soudcem čas. Hodnotová a konvencionalistická hlediska nejsou tedy výsadou jen právních předpisů, ale i jakékoliv koncepce ekonomické efektivnosti. Efektivnost jako taková má sotva nějakou hodnotu sama o sobě, není-li založena na dohodě dotčených lidí.⁴⁵ Je tedy třeba i v rámci tzv. ekonomického přístupu vážit mezi různými aspekty ekonomických jevů a jejich hodnocení.

K tomu přistupuje nekvantifikovatelný a asi i nemodelovatelný vztah ekonomických cílů a cílů mimoekonomických, jako je společenský blahobyt, udržitelný harmonický rozvoj, kvalita života, ale i (v evropském právu prvořadý) cíl ekonomické konvergence, který nezbytně vyžaduje přijímat suboptimální („neekonomická“) aktuální rozhodnutí v zájmu budoucího optimálního vývoje nebo stavu.

Pojem účinné soutěže neznamená v pojetí vlivných evropských ekonomů ochranu ekonomické svobody jakožto „hodnoty o sobě“.⁴⁶ Účinná soutěž je charakterizována svým účinkem na blahobyt spotřebitelů, nemůže být vedena heslem „fiat competitio, pereat mundus“. Ochrana ekonomické svobody je podle těchto názorů jen ochranou nástroje zajišťujícího dlouhodobý ekonomický blahobyt spotřebitelů.

Neprosazujeme však svobodu soutěže jako nějaký formálně estetický a axiomaticko-dogmatický samoučel („soutěž musí být svobodná, protože to zapadá do spekulativní normativní koncepce a pěkně to vypadá?“); svoboda soutěže je totiž nástrojem přispívajícím k ekonomické racionalitě a blahobytu. Síla soutěže je v jejím působení jakožto objevovacího procesu s „otevřeným koncem“ a zdůrazňuje se to v souvislosti s deregulačními tendencemi i v Evropské unii. Posun ve stanoviscích Komise i v evropské legislativě k „more economic approach“ v posledních letech znamená ovšem především menší spoléhání na tyto dlouhodobé účinky svobodné soutěže a ochotu posoudit ex ante kladné přínosy určitých omezení svobodné soutěže k onomu základnímu cíli soutěžního práva, jímž však nemá být nějaká formálně fundamentalisticky a paranoidně posuzovaná „čistota nástroje“ (tedy svobodná soutěž), ale dosažení cíle - blahobytu (ať už jakkoliv pojímaného, předjímaného či měřeného). Ekonomický přístup ovšem blahobyt poněkud absolutizuje (ekonomický redukcionismus) a hospodářskou soutěž jen instrumentalizuje. Ekonomický přístup znamená podporu dlouhodobě vedoucí k růstu ekonomicky měřitelného bohatství ve společnosti.

⁴⁴ Srov. např. přínosy v podobě přístupu k novému „know-how“, zlepšení prodejních podmínek, schopnosti zvýšit inovační aktivitu apod.

⁴⁵ Parafráze citátu J. Buchanana, cit. podle Šíma, J., *Ekonomie a právo*, VŠE Praha 2004, str. 80.

⁴⁶ Röller, L.H.- Strohm, A.: konstatují v cit. práci na str. 8, že soutěž není samoučel, ale prostředek ke zvýšení, resp. k udržení blahobytu.

Úvaha o tomto dopadu bude vždy jen více či méně spekulativní a bude se opírat o požadavek „rozumné jistoty“⁴⁷ (což může být jen jiné vyjádření vysoké pravděpodobnosti – pozn. JB), že se přínosy nakonec dostanou ke spotřebitelům.

Protože obsahová jistota v oblastech jako je soutěžní právo (kde se komplexně hodnotí ekonomická realita), byla iluzí i v předešlém systému, nezdůrazňujícím tolik ekonomický přístup. Dovolávat se jí po jeho změně je bláhové – ona jistota totiž není, podobně jako tzv. spravedlnost, z tohoto světa. Čím výraznější je pragmatická orientace na zdůraznění ekonomického přístupu (more economic approach), „tím větší nejistotu je nutné přijmout, aby se dosáhlo ekonomicky koherentní interpretace pravidel“⁴⁸.

Věčný spor bude asi přetrvávat o to, zda se má dát přednost podpoře bezprostřední efektivity (a podpořit tak prvotní princip protitrustového práva, totiž podporu ekonomické efektivity a blahobytu spotřebitelů), a nebo zda se má naopak setrvat u koncepcie, že prvotním cílem protitrustových zákonů není bezprostřední podpora ekonomické efektivity, nýbrž dekoncentrace ekonomické moci a podpora decentralizace, která prospívá efektivity a blahu spotřebitelů zprostředkovaně a dlouhodobě.⁴⁹

5. MOŽNOSTI POSUZOVÁNÍ PŘÍNOSŮ (EFFICIENCIES) V PRAXI

Praktické problémy „efficiencies“ ilustrujme na příkladu posuzování přínosů fúzí.

Běžný přístup zájemců o fúzi předpokládá, že by fúze měla zvýšit jejich zisky, tedy buď zvýšit jejich tržní sílu nebo napomoci k získání přínosů (efficiencies), nebo obojí. Pouhé zvýšení tržní moci je špatné (ztráta spotřebitelského blahobytu); dosažení pouze přínosů je naopak z tohoto hlediska dobré. Fúze někdy dokonce nevedou ani k růstu tržní moci a ani k přínosům, a jejich jediným efektem je růst velikosti podniku a pokles ekonomické efektivity, což vede k vyšším nákladům a v důsledku k vyšším cenám. Nikoliv každá fúze se však musí projevit negativně ve vztahu k soutěži – může být z tohoto hlediska neutrální a někdy se dokonce soutěž může v důsledku fúze zlepšit (pokud se např. spojí bezvýznamní hráči do celku schopného reálně konkurovat tržně silnějším rivalům).

Statistické údaje⁵⁰ dokonce navádějí ke změně postoje k fúzím – namísto dnes aplikovaného shovívavého přístupu by se tedy podle nich měl prosazovat spíše předpoklad fúze zásadně nepovolovat. V USA se však tradičně povolují (a v EU se nově povolovat mohou) i takové fúze, jež zvýší tržní moc, ale jež jsou provázeny takovými přínosy (efficiencies), které vedou ke zvýšení čistého společenského užítku (blahobytu). Pokud není fúze příčinou vzrůstu tržní moci, nemusí být ani dokazovány její přínosy. To je z hlediska velikosti podílu takových fúzí, které snižují efektivnost spojujících se konkurentů, spíše důvodem k neutrálnímu postoji

⁴⁷ Schlossberg, R.S. (ed.): Mergers and Acquisitions, ABA, Chicago 2004, str. 194.

⁴⁸ Ehlemann a Atanasiu, cit. podle Venit, J.: Brave new world: the modernization and decentralization of enforcement under articles 81 and 82 of the EC Treaty, CMLR, 2003, č. 40, str. 574.

⁴⁹ Srov. tamtéž, str. 379.

⁵⁰ Mueller, D. C.: Efficiency versus market power through mergers, in Neumann, M – Weigand, J. (Eds.): The International Handbook of Competition, Edward Elgar Publishing, Inc., Cheltenham 2004, str. 82 uvádí, že na každou fúzi, která nepochybně zvyšuje sociální blahobyt (roste efektivnost, zisk a prodej) připadají dvě fúze nepochybně snižující sociální blahobyt – zhruba z poloviny tím, že snižují efektivnost a z druhé poloviny tím, že vedou k růstu tržní moci.

k fúzím, podle něhož⁵¹ by účastníci všech fúzí překračujících určitý práh velikosti musely prokázat, že fúze povedou k získání přínosů (efficiency defence).

Teorie i judikatura se shodují na několika podstatných rysech oněch přínosů („efficiencies“), které musí být naplněny, aby při posuzování fúzí mohly být vzaty v úvahu. Jde zejména v praxi USA o⁵²:

Specifičnost přínosů , které by bez fúze nenastaly.

Spojující se firmy musí pravděpodobnost a rozsah přínosů rozumnými prostředky prokázat .

Přínosy nesmějí vzniknout jako důsledek protisoutěžního omezení výstupu nebo služeb .

Přínosy musí být s to zvrátit způsobilost zfúzovaného subjektu poškodit spotřebitele na relevantním trhu (přínosy se porovnávají s potenciálními protisoutěžními účinky fúze).

V EU se zvažují tři možné přístupy k hodnocení přínosů (efficiencies) fúzí⁵³, a to

přístup všeobecných strukturálních indikátorů a předpokladů (založený na předpokladu, že při dosažení určitého podílu na relevantním trhu nejsou přínosy nikdy s to převážit újmu soutěži);

přístup „případ od případu“, kdy se (jako v USA a V Kanadě) posuzují vztahy mezi přínosy a ohrožením soutěže u každého případu fúze zvlášť a přísně individuálně, což naráží na metodologické potíže;

postupný přístup, který je kompromisem mezi předchozími dvěma. Hodnocení fúze začíná strukturální analýzou trhu a pokud fúze strukturu trhu ovlivní nepodstatně, přikládá se argumentům o přínosech fúze větší význam; při překročení určitých prahů koncentrace se naopak předpokládá, že přínosy fúze nepřeváží negativní dopady na soutěž. V rámci tohoto přístupu se zkoumá především dopad fúze na blahobyt spotřebitele, statické a dynamické přínosy, mezinárodní konkurenceschopnost, specifičnost přínosů fúze a jejich schopnost převážit protisoutěžní dopady fúze.

6. STANDARDY BLAHOBYTU JAKO „NADKRITÉRIUM“ HODNOCENÍ V SOUTĚŽNÍM PRÁVU

Spor o to, jakou z možných funkcí blahobytu (tedy „blahobyt pro koho“) prosazovat, zůstane sporem navýsost politické (hodnotové) povahy a aplikace práva bude i při stejném znění předpisů nutně podléhat změnám ve společensko politickém konsensu o tom, „co je třeba“, a zda je vůbec přijatelné posuzovat společně jako nějaký „agregát“ ty, kteří jsou oběťmi určitého chování i ty, kterým je toto chování ku prospěchu⁵⁴. Aplikace obou krajních hledisek (standardu celkového blahobytu versus standardu blahobytu pro spotřebitele) může přitom vést v konkrétních situacích k opačným výsledkům; proto je volba standardu klíčová i pro tzv. ekonomický přístup, jenž je - jak vidno - jen jinak vyjádřeným a jinak docilovaným skupinovým zájmem. Není tudíž samozřejmě prosta ani hodnotových předsudků,

⁵¹ Tento návrh vyslovil Mueller, D.C. v cit. práci, str. 82.

⁵² Cit. studie v European Economy No 5/2001, str.15 nsl.

⁵³ Tamtéž, str. 22 nsl.

⁵⁴ Srov. Baker , J. B.: Competition policy as a political bargain, Antitrust Law Journal, 2006, issue 2, str. 515.

předpojatostí a víry, ba ani rozporných výsledků při použití různých (přitom izolovaně vzato zcela legitimních) hledisek.

Příklady rozdílného výsledku posouzení těžé situace při použití různých standardů (kritérií) blahobytu⁵⁵ jsou docela přesvědčivé:

Tak např. horizontální kartelová dohoda (třeba kooperativní joint-venture) mezi konkurenty vede ke snížení soutěže, k vyšším cenám a ke snížení spotřebitelského blahobytu. Ztráta této tzv. alokativní efektivity kvůli růstu cen je negativní z hlediska spotřebitelského blahobytu; z hlediska celkového blahobytu to být pravda nemusí, pokud nárůst agregátního zisku převýší ztrátu pro spotřebitele (třeba díky úsporám výrobních nákladů).

Může dojít k fúzi dvou neefektivních podniků (soutěžitelů), a tím ke snížení jejich nákladů a cen a k přesměrování poptávky od nízkonákladových výrobců. Při neelastické poptávce se celkové agregátní výrobní náklady zvýší v důsledku omezení výroby u nízkonákladových výrobců, takže fúze bude závadná z hlediska standardu celkového blahobytu, nicméně přínosná z hlediska blahobytu spotřebitelů.

Vylučovací chování dominanty vůči jeho konkurentům může za určitých okolností vést k nižším spotřebitelským cenám. Pokles cen je dobrý pro spotřebitele a vyhověl by tak izolovaně testu spotřebitelského blahobytu. Celkový blahobyt může být přitom ovlivněn diferencovaně. Může dojít ke zvýšení výrobní efektivity v důsledku poklesu marginálních nákladů a k růstu alokativní efektivity v důsledku zvětšení výstupu spojeného se snížením ceny. Tento přínos se musí porovnat se ztrátami blahobytu, které utrpěli vyloučení rivalové (s jejich ztrátou zisku z výroby). Jestliže budou tyto ztráty vyšší, chování bude posouzeno jako škodlivé z hlediska celkového (agregátního) blahobytu.

Kartelová dohoda mezi podnikateli na straně poptávky může mít za cíl vytvoření kolektivního monopsonu - v jejím důsledku mohou poklesnout spotřebitelské ceny, takže z hlediska standardu spotřebitelského blahobytu by testem prošla jako přijatelná. Tato dohoda ale též vyvolává ztráty alokativní efektivity na straně nabídky - výstup je snížen, prodávající mohou být nuceni do budoucna méně investovat, nežli by investovali na soutěžním trhu; dohoda tak může být pokládána za škodlivou z hlediska standardu celkového (agregátního) blahobytu.

Domnívám se, že i u kooperativních dohod je třeba brát zřetel na tytéž přínosy (efficiencies) jako u fúzí. Podobně jsou prahy (thresholds) jen u fúzí a nikoliv u kooperací, i když kooperace jsou krátkodobé a zásadně nepřinášejí strukturální změnu. Mohou však mít strukturální efekty a mohou dlouhodobě například zamezit vstupu na trh stejně jako u zfúzovaného monopolisty. Tzv. de minimis prahy u kartelových dohod⁵⁶ nemají tutéž funkci jako absolutní obrátové prahy u fúzí, protože se neuplatní u tzv. tvrdých kartelů, zatímco fúze funkčně působí jako „institucionalizovaný strukturální kartel“ i v takových oblastech a v takovém rozsahu, které prahy de minimis pro kartelové dohody nepokrývají.

Cenová diskriminace, umožňující prodávajícím zaměřit se přesně na zákazníky s různou ochotou platit a tuto ochotu využít, vede ke zvýšení alokativní efektivity, ovšem společně se snížením blahobytu pro spotřebitele. Z hlediska standardu spotřebitelského blahobytu jsou

⁵⁵ Tamtéž (str. 516 – 518).

⁵⁶ 10% u horizontálních dohod, 15% u vertikálních dohod – srov. § 6 ZOHS.

takové praktiky nerozumné, z hlediska standardu blahobytu celkového (agregátního) jsou však vítané.

7. „ČISTĚ EKONOMICKÁ“ A „ČISTĚ SOUTĚŽNÍ“ KONTROLA FÚZÍ EX ANTE

Přednost před radikálním řešením (kterým by bylo buď odstranění nebo alespoň podstatné oslabení antitrustového zákonodárství, nebo regulace a totální ochrana spotřebitelů) by mělo dostat hledisko blahobytu celkového, spojené se zárukou, že se jak spotřebitelé, tak výrobci budou dostatečně podílet (alespoň v průměru) na přínosech ze zvýšené efektivity.⁵⁷

Hodnotový a (možná až ideologicky zabarvený) spor o funkci soutěžního práva a o cíle, které má sledovat, se nutně musí projevit i v doporučeních pro praktickou soutěžní politiku a pro legislativu zejména v oblasti kontroly koncentrací. Kontrola fúzí je primárně založena na myšlence *ex ante* a do budoucna orientované dlouhodobé strukturální prevence⁵⁸ vzniku nesoutěžních tržních struktur, které neumožňují spotřebiteli (konečnému, ale i mezitímnímu - „výrobnímu“) skutečnou volbu. O tom, co je pro něj vhodné, by měl rozhodnout spotřebitel sám v rámci prostředí, které svobodnou volbu umožňuje, a nikoliv stát v rámci kontroly fúzí a ev. jako vedlejší produkt rozhodnutí o povolení fúze, která takové prostředí strukturálně a kvalitativně narušuje a oslabuje jeho funkčnost, nebo která je dokonce nevratně ruší. Státní kontrola fúzí by neměla nahrazovat nástroje státní hospodářské (odvětvové) politiky – celková hospodářská politika by totiž měla respektovat všeobecný imperativ tvorby a ochrany soutěžního prostředí, které zajišťuje funkčnost trhu.

Zdůvodnění vzniku tržní moci v důsledku schválené fúze a jeho „omluva“ tím, že je vyvážen určitým chováním účastníků fúze, je nekonsistentní postoj. Chování soutěžitelů se může a nemusí změnit, avšak struktura (i ta nevhodná, koncentrovaná) je trvalým prostředím, v němž se subjekty chovají tak, jak jim to ona umožňuje. „Vykupování“ tržní struktury (s jejím dlouhodobě působícím vlivem na chování soutěžitelů) krátkodobými nebo střednědobými výhodami a přísliby plynoucími z fúze je velmi ošidné. Příkladové a tvrzené přínosy fúzí jsou nezdědky jen hypotetické a jejich vynucování je problematické nebo nemožné a s přibývajícím časovým odstupem od schválení fúze převládne „zvyk na stávající poměry“ a nemožnost zpětně zasáhnout do struktury trhu. Nejde totiž o „...způsobitost, ale o vůli ke zvyšování efektivity. Ta s ubývajícím soutěžním tlakem klesá.“⁵⁹ Předvídatelnost rozhodování soutěžního úřadu při zavedení kritérií „efficiencies“ rovněž klesá a požadavky na důkazy o těchto přínosech (jejich druhu, velikosti a pravděpodobnosti, že nastanou) poskytnuté účastníky předpokládaného spojení rostou.

Strukturální změny trhu by neměly být „proměňovány“ za závazky a opatření behaviorálního charakteru – pokud jsou tvrzení a přísliby účastníků fúze o přínosech fúze brány v úvahu, mělo by se tak dít jen v rámci celkového posuzování potenciálu významného narušení hospodářské soutěže po fúzi. Čistě behaviorální závazky strukturální potenciál narušení nesnižují, a mohou se stát snadno jen jakýmsi „šidítkem“ či „alibi“ pro schválení soutěžně závadné fúze pod nepřiznanými politickými tlaky.⁶⁰ Evropská komise si je toho vědoma

⁵⁷ Srov. Baker, cit. práce, str. 518.

⁵⁸ K tomu srov. např. Klumpp, U.: Die „Efficiency Defense“ in der Fusionskontrolle. Nomos Verlagsgesellschaft, Baden Baden 2006, str. 257.

⁵⁹ Tamtéž, str. 258.

⁶⁰ Český ZOHS tuto obranu efektivností (*efficiency defence*) nezná a nepotřebuje, stejně jako německý GWB. Dokonce i přední představitelé chicagské školy Posner a Bork takovou obranu ve formě individuálního

a chápe cílový konflikt mezi omezením soutěže a přínosy v důsledku fúzí jako konflikt mezi soutěžní politikou a odvětvovou hospodářskou politikou⁶¹ a hodnotu zvýšené podnikové efektivity staví až za hodnotu zachování soutěže ve smyslu zachování prosoutěžních tržních struktur⁶².

Je jasné, že pokud by měl převahu tradiční ordoliberalní standard ochrany soutěže a svobody volby spotřebitelů, strukturální hledisko by bylo u fúzí jediné rozhodující.

Volba standardu blahobytu je podle mého soudu ani ne tak intelektuální módou, jako spíše vedlejším výsledkem politického tlaku na větší liberalizaci při posuzování koncentrací. Intelektuální ekonomicko právní zdůvodnění se jak známo selektivně najde pro každé společensko politické „zadání“; uznání „přesvědčivosti“ onoho zdůvodnění je ovlivněno týmiž strukturami a zájmy jako ono zadání samotné, takže prostě převládne a projeví se i v rozhodovací praxi, ev. i v legislativě.⁶³

Pokud se jednotlivé přínosy fúze dobře prezentují, nenamítají pod dojmem krátkodobého prospěchu ani dotčení spotřebitelé.⁶⁴ Přesvědčivosti napomáhají ekonomické simulační modely hypotetického chování dotčeného trhu po fúzi. Ty ovšem narážejí na metodologický (a v podstatě opět hodnotový) problém, jak „vyvážit“ ekonomické přínosy fúze na jedné straně (navíc vesměs jednorázové a krátkodobé) a její protisoutěžní účinky (vesměs dlouhodobé) na straně druhé⁶⁵. Navíc jsou simulační modely jen jakýmsi letným pohledem

zvažování přínosů v konkrétním jednotlivém případě odmítají a jsou namísto toho pro určení všeobecně vysoké hranice prahu zásahu soutěžního úřadu - srov. Klumpp v cit. práci, str. 260.

⁶¹ Tak Denzel, U.: *Materielle Fusionskontrolle in Europa und den USA*, Nomos, Baden - Baden 2004, str. 295.

⁶² Tamtéž se na str. 300 ve vtipné zkratce konstatuje, že v USA se více spoléhají na samoozdravné síly trhu, když vycházejí z posloupnosti „zvýšení efektivity – nižší ceny – vzrůst blahobytu spotřebitelů“. V Evropě je logika často opačná: „zvýšení efektivity – zatlačování konkurence – monopolní ceny“. V USA se jako důležitější více cení okamžitá a víceméně jistě nesporné krátkodobé přínosy nežli eventuální a jen v dlouhodobější perspektivě se možná projevující omezení hospodářské soutěže. Ukazuje se opakovaně, že antitrust je skutečně do značné míry věcí právně tradice a mentality, a ta se v Evropě náhle nezmění ani zavedením substantivního testu podobného tomu americkému, byť je cílem zharmonizovat posuzování zejména přeshraničních fúzí ... O změně amerického přístupu směrem k evropskému konzervativismu je z několika mimoprávních důvodů asi zbytečné vůbec uvažovat...

⁶³ Tak se např. popisuje (Drautz, G.: *Vorstellungen der EU Kommission zur Reform der europäischen Fusionskontrolle*, in Schwarze, J. (Hrsg.): *Instrumente zur Dursetzung des europäischen Wettbewerbsrechts*, Nomos Verlagsgesellschaft, Baden-Baden, 2002, str. 52 nsl.), jak probíhaly před přijetím Návodu o posuzování horizontálních fúzí diskuse o významu *efficiency-defence* v Evropské komisi mezi konzervativnějším a liberálnějším křídlem (které nechtělo zavést ani požadavek přenosu přínosů ke spotřebiteli, a odmítalo, aby tvrzený přínos byl kauzálně spojen s fúzí: *merger – specificity*). To je mimochodem opravdu podivuhodný argument, protože odmítnutí vazby přínosu na fúzi by znamenalo, že k onomu přínosu by došlo i bez fúze – jak tedy může být dosažení přínosu argumentem zdůvodňujícím právě schválení fúze, která jinak může soutěži dlouhodobě škodit? Naštěstí Návody nakonec vycházejí z opatrnějšího a konzervativnějšího přístupu k použití *efficiency defence*.

⁶⁴ Přitom metodika hodnocení jednotlivých přínosů není vůbec jednoznačná. Tak např. ani zvýšení cen v důsledku fúze nemusí být v rozporu s konceptem zvyšování spotřebitelského blahobytu, pokud jde o fúzi na trhu, kde probíhají rychlé technologické změny. Krátkodobé statické efekty nemohou být preferovány na úkor dlouhodobých efektů dynamických. Blíže viz Ilzkovitz, F. – Meiklejohn, R.: *European merger control: do we need an efficiency defence*, in Ilzkovitz, F. – Meiklejohn, R. (Eds.): *European Merger Control*, Edward Elgar Publishing, Cheltenham, 2006, str. 77.

⁶⁵ Někteří příznivci těchto metod se zabývají těmito problémy v kasuistické rovině, což obecný přístup nezdůvodní – srov. Colley, L.: *From „Defence“ to „Attack“? Quantifying Efficiency Arguments in Mergers*, E.C.L.R. 2004, 6, str. 342 – 349.

na možné protisoutěžní efekty fúzí, ale nejsou s to kvantifikovat přínosy a jejich aplikace je velmi diskreční⁶⁶. Potom soudy a antitrustové orgány raději podstupují různá „krátká spojení“, aby se náročnému (a leckdy možná fakticky nemožnému) dokazování vyhnuly.

Do řešení tohoto vztahu nutně vstupují aktuální hospodářsko politické úvahy a priority, takže se směřují obecně systémové soutěžně-politické, a konkrétní odvětvové hospodářsko-politické úvahy. Byly dokonce popsány případy, kdy fúze (nemocnic v USA) byla povolena, přestože nepochybně vedla ke zvýšení cen – bylo to zdůvodněno vyvážením vyšší kvalitou poskytovaných služeb po fúzi. Dokonce i fúze dvou nemocnic téměř k monopolu byla schválena jen na základě toho, že účastníci přijali dobrovolně behaviorální závazky k udržení nízkých cen a k poskytování služeb chudým.⁶⁷

Není ostatně žádným tajemstvím, že zavedení efficiency defence do evropského soft law bylo důsledkem kontroverze mezi Evropskou komisí a americkými antitrustovými orgány ve věci GE/Honeywell, která se projevila v původně opačném přístupu k notifikované fúzi.⁶⁸ Současné znění Návodů obsahuje řadu restriktivních podmínek kladených na přínosy fúzí, jejichž kumulativní splnění z nich činí až jen hypotetickou možnost pro případy, kdy by celková přínosnost fúze byla asi patrná z všeobecného posouzení fúze i bez nich. Přínosy musí totiž: ⁶⁹

- být významné a účinné (snižují reálné náklady)
- specificky souviset s fúzí (nedosažitelnost jinými, méně soutěžně škodlivými způsoby)
- být relativně rychle dosažitelné (kvůli „kompenzaci“ pravděpodobně rychle nastoupivšího omezení soutěže a jako zábrana diskontování přínosů teprve v budoucnosti, které snižuje jejich význam; navíc se později předpokládané přínosy těžko věrohodně předvídají)
- být ověřitelné⁷⁰ (s důkazním břemenem na straně účastníků, kteří mají ovšem výhodu asymetrické informace vůči soutěžnímu úřadu – ten se může apriorně proto stavět k tvrzením účastníků nedůvěřivě a vyžadovat „jisté důkazy o nejisté a jen pravděpodobné

⁶⁶ Tak Greaney, T. L. (s odkazy na další prameny): Not for import: why the EU should not adopt the American efficiency defence for analyzing mergers and joint ventures, Saint Louis University Law Journal, Vol. 44, No 3 (2000), str. 884

⁶⁷ Jde o případy Tenet v FTC a FTC v Butterworth Health Corp., popsané in Greaney, cit. práce, str. 887-888. Tamtéž (str. 892) autor hovoří expresivně o nutnosti držet se dál od bahniska (*quagmire*) explicitní obrany pomocí hypotetických přínosů fúzí, jež je vhodná pro politické, ale ne pro soutěžně orientované cíle. To je možné i díky obojakému standardu blahobytu, jenž zvedá mlhu „politické“ jurisprudence.

⁶⁸ Případ č. L.48, rozh. z 3.7. 2001, potvrzeno ESD 14.12.2005 – T-209/01 a T-210/01. Evropská komise se koneckonců přiklonila ke konceptu spotřebitelského blahobytu, který se formuluje uvádí v Návodech pro posuzování horizontálních fúzí (OJ 2004/C, 31/03, č. 78) tak, že výhody musí být: ve prospěch spotřebitele, specifickým důsledkem fúze, a ověřitelné. Případ GE/Honeywell je ovšem charakteristický i tím, že Evropská komise sklouzla k ohledům na jednotlivé konkurenty, namísto aby hlídala soutěž jako instituci. Přínosy fúze se posuzovaly podle škody, kterou by fúze mohla způsobit méně efektivním rivalům na trhu. Nepatřičnost této péče kritizují Bishop a Walker v cit. práci na str. 302.

⁶⁹ Srov. body 76 – 88 Návodů pro posuzování horizontálních fúzí.

⁷⁰ To je snad největší praktická překážka odrazující Komisi od pozitivnějšího přístupu k přínosům fúzí, protože praktické obtíže s jejich ověřením a (!) s kvantifikací jsou téměř nepřekonatelné. Srov. Luescher: cit. práce, str. 85.

budoucnosti“; některé přínosy lze jen „kvalitativně“ a „pravděpodobnostně“ tvrdit, ale nelze je doložit čísly)

- být předány dále spotřebitelům (přínosy, které se „spotřebují“ uvnitř podniku bez vlivu na spotřebitelský blahobyť, se neberou v úvahu)⁷¹
- být pokud možno kvantifikovatelné a
- mít dopad na ten trh, na němž je třeba počítat s omezením soutěže v důsledku fúze (to je sporné, neboť spotřebitel může mít prospěch třeba i ze zavedení nových výrobků na jiném trhu v důsledku fúze, ale tyto přínosy se v úvahu brát nebudou).⁷²

Ani standard spotřebitelského blahobyťu není tedy v rozporu s výše komentovanou strukturální konzervativností v přístupu k fúzím. Soutěžní tlak nesnižovaný strukturálními změnami v důsledku fúze je totiž garantem dlouhodobého spotřebitelského užítku, neboť umožňuje spotřebiteli reálnou volbu v dlouhodobém horizontu; to je totiž základní a všeobecný přínos, ponechávající spotřebiteli jeho nejlepšího přítele – totiž soutěž (F. Böhm), a nezaprodávající jej za – možná hmatatelnější a bezprostřední, nicméně krátkodobý - dílčí užitek fúze.

Některé fúze mohou vskutku vést k výrazným přínosům a ke zvýšení blahobyťu, byť tomu v průměru nic nenasvědčuje. Hodnocení oněch (tvrzených i netvrzených) přínosů by mělo být zahrnuto ve svědomitém celkovém posuzování pomocí substantivního testu. To, že se použití argumentu o přínosech fúze může někdy politicky hodit k dobrým cílům⁷³ (a proto je jeho zavedení do evropského „soft law“ principiálně správné), je nesporné; ovšem stejně tak je nesporný přirozený doplněk této skutečnosti – že se pod politickým tlakem za jeho pomoci může rozhodnout s formální oporou i vadně, což by byl důvod takové kritérium nezavádět jako prevenci před otevíráním dveří aktivní odvětvově hospodářské politiky, resp. jiným konkurenčním hodnotám, konkurujícím hodnotě konkurence.

Řešení, které bylo přijato, totiž zavedení explicitní možnosti do Návodů (soft law) posuzovat přínosy fúzí a současně změna substantivního testu v Nařízení č. 139/2007 (hard law) – SIEC - je kompromisem, který skrývá mnoho nadějí, ale i právní nejistoty. Do hodnocení potenciálního nebezpečí podstatného narušení účinné soutěže (test SIEC) vstupuje nepochybně i hodnocení existence, kvality, významu a dalších požadovaných charakteristik oněch přínosů (efficiencies)⁷⁴.

⁷¹ Velmi překvapivé až nepravděpodobné jsou ojedinělé vývody, že dokonce velké společnost s tržní mocí, ba i monopolisté, mají podstatnou motivaci ke snižování cen, pokud klesají jejich náklady, a tato motivace údajně vzrůstá se stupněm tržní moci – srov. Yde, P. – Vita, M.: *Merger Efficiencies: The „Passing-On“ Fallacy*, *Antitrust*, Vol. 20, Nr. 3 (2006), str. 63.

⁷² K tomu též srov. Schwalbe, U. – Zimmer, D.: *Kartellrecht und Ökonomie (Moderne ökonomische Ansätze in der europäischen und deutschen Zusammenschlusskontrolle)*, Verlag Recht und Wirtschaft GmbH, Frankfurt am Main, 2006, str. 376 nsl.

⁷³ Srov. Röller, L.H. – Stennek, J.- Verboven, F.: *Efficiency gains from mergers*, in Ilzkovitz, F. – Meiklejohn, R. (Eds.), cit. práce, str. 181

⁷⁴ Bystře se konstatuje, že zatímco nové substantivní kritérium posuzování fúzí umožňuje Komisi větší přísnost, zavedení možnosti obrany pomocí možných přínosů fúze jí umožňuje větší shovívavost. Přitom pouze očekávané přínosy ve skutečnosti nemohou být nikdy předem ověřeny a jejich předvídání záleží na uvážení, a to vyžaduje rozsáhlejší (a nákladnější) informační podporu. Srov. Voigt, S.- Schmidt, A.: cit. práce, str. 589.

Byť by však tyto přínosy v konkrétním případě naplnily všechny znaky požadované Návody, nezavazuje to Komisi ani soudy fúzi schválit, pokud dospějí k názoru, že fúze hrozí být podstatným narušením účinné hospodářské soutěže - to je totiž rozhodující test, jemuž fúze musí vyhovět, má-li být schválena; testy přijatelnosti přínosů (efficiencies) fúze splnit může (ale nemusí), aniž bude nutně schválena. Na druhé straně ovšem ani založení nebo posílení dominance v důsledku fúze nemusí být kvůli novému substantivnímu testu důvodem k jejímu nepovolení, zejména při existenci přesvědčivých a všechny znaky splňujících přínosů, jež lze kompenzovat s možným poškozením soutěže. Čl. 84 Návodů pro posuzování horizontálních spojení dokonce konstruuje jakousi „přímou úměru“ mezi velikostí možných negativních dopadů fúze na soutěž a jistotou komise, že tvrzené přínosy jsou podstatné, pravděpodobně realizovatelné, přenosné v dostatečném rozsahu na spotřebitele. Dále se stanoví, že je velmi nepravděpodobné, že by fúze vedoucí k téměř monopolní tržní moci mohla být povolena kvůli přínosům, které by měly vyrovnat její potenciální protisoutěžní efekt. Přínosy se tedy mohou zvažovat především v situacích, kdy fúze bude pod hranicí dominance a bude spíš vzbuzovat obavy z jednostranných efektů.

Komise ostatně měla i dříve tendenci interpretovat substantivní test tak, že ekonomická efektivnost se dá brát v úvahu v hraničních případech, ale nikoliv v situaci nepochybného dominantního postavení. Posílení nebo vznik dominance nebudou tedy schváleny, ani kdyby fúze vedla ke zvýšení efektivnosti. Jako posílení dominantní pozice nově vzniknuvšího podniku v důsledku fúze (a nikoliv jako kompenzabilní přínos ve vztahu k poškození soutěže) se chápou i takové přínosy, které nemohou soutěžitelé zbylí na trhu po fúzi replikovat – jde tedy spíše o opatření, které zbylé soutěžitel marginalizuje⁷⁵.

8. KOMPENZACE EKONOMICKÝCH VÝHOD SE ZTRÁTAMI NA KVALITĚ A INTENZITĚ SOUTĚŽE

Otázka eventuální náhrady (vyrovnání) újmy způsobené fúzí soutěžnímu prostředí se posuzovala a posuzuje nejen teoreticky a doktrinálně, ale též zcela prakticky a konkrétně v Evropské komisi v několika případech. Tak se např. dosud nestalo, že by - byť nesporné - racionalizační výhody fúze převážily nad zhoršením tržní struktury a fúze by byla povolena⁷⁶.

Koncepce přínosů kompenzujících narušení soutěže v důsledku fúze bude vyžadovat další doktrinální a judikatorní zpřesňování. Není vyloučeno⁷⁷, že se nakonec v praxi paušálně uplatní jen u fúzí podniků s menším podílem na trhu, nakolik jsou velké fúze hodnoceny spíše jako chyby. Mohl by tedy být do budoucna stanoven práh, nad nímž tato obrana (efficiency defence) v úvahu nepřichází. To by sice na jedné straně omezilo operační prostor soutěžních úřadů a soudů, ale na druhé straně by to zvýšilo právní jistotu a i předvídatelnost jejich

⁷⁵ Srov. Navarro, E., et al.: Merger control in the EU, 2nd Ed., Oxford University Press, 2005, str. 330, 332.

⁷⁶ Vyvažování mezi tržní mocí a dosažením přínosů v efektivnosti spojených soutěžitelů se nezvažovalo ani v případě Saint Gobain/Wacker Chemie, ačkoliv se to tvrdí: Wirtz, M.: Wohin mit den Effizienzen in der europäischen Fusionskontrolle? EWS 2002, str. 59, 62. Komise v tom případě jen prohlásila, že pro zúčastněné podniky (!) byla důležitější možnost zvyšování cen v důsledku zvýšené tržní moci, nežli synergické efekty fúze. Jak konstatuje Heineke, T.: Entlastungsgründe in der europäischen und US-amerikanischen Zusammenschlusskontrolle, Nomos Verlagsgesellschaft, Baden-Baden 2004, str. 118, neznamená to možnost vyvažování mezi tržní mocí a synergickými efekty, ale že možnosti dílčích ekonomických úspor nejsou z hlediska podniků významné.

⁷⁷ Návrh Schwalbeho a Zimmera v cit. práci, str. 404.

rozhodnutí. V USA se provádí⁷⁸ dvoustupňový test přínosů - nejdříve se vyžaduje důkaz, že přínosy nastanou, a že jsou podstatné, prokazatelné a specificky spjaté s fúzí. Teprve poté se dokazuje, že se zlepší postavení spotřebitelů na straně poptávky.⁷⁹

Nepřekvapuje, že v tak zásadním bodu jsou názory dodnes velmi kontroverzní, a pokud v takové situaci Komise přijímá řešení opatrná a konzervativní. Volání po širokém dynamickém přístupu Komise, poskytujícím dostatečný prostor úvahám o přínosech fúzí⁸⁰ (a také ovšem umožňujícím bez dostatečné metodické základny ohrožení soutěžního prostředí, a tím i dlouhodobých zájmů spotřebitelů, jakož i narušení právní jistoty a průnik aktivistické hospodářské politiky do rozhodování o fúzích - pozn. JB⁸¹) zatím vyslyšeno nebylo.⁸²

Ekonomové se shodují na tom, že by přínosy fúzí měly být v úvahu brány; jak to však učinit, o tom neuvažují – to je problém těch, kteří odpovídají za (soutěžně)politická rozhodnutí. Soutěžní posouzení by mělo být podle některých názorů⁸³ oddělené od posouzení přínosů, o nichž by se mělo uvažovat metodou „případ od případu“ nebo metodou postupnou.

To je určitě vhodné pro tvůrce politiky⁸⁴, podle mého soudu však zhoubné pro soutěž.

Základní literatura:

- Knieps, G.: Wettbewerbsökonomie, Springer Verlag, Berlin-Heidelberg, 2005
- Gifford, D.J.- Kudrle, R.T.: Rhetoric and reality in the merger standard of the United States, Canada, and the European Union, *Antitrust Law Journal*, Vol. 72, 2005.
- Bishop, S.- Walker, M.: *The Economics of EC Competition Law*, Sweet & Maxwell, London, 2002.
- Kolasky, W. J.: *Effectively Advocating Efficiencies in Merger Reviews*, *Antitrust Report*, Spring 2003.
- Röller, L.H.- Strohm, A.: *Ökonomische Analyse des Begriffs „significant impediment to effective competition“*, speeches in 2005, <http://europa.eu.int>.

⁷⁸ Podle Denzela (cit. práce, str. 285).

⁷⁹ Jde tedy v důsledku o odklon od konceptu celkového blahobytu a o příklon k blahobytu spotřebitelskému.

⁸⁰ Tak Venit, S.: cit. práce, str. 276.

⁸¹ Myslím, že je na místě skepse k mixu zákonité neurčitosti faktických údajů a diskrecí přímo nabitých rozhodovacích pravidel, jenž vede k rozhodnutím a soudům „ad hoc“. Ve svém důsledku by potenciální politizace rozhodování o fúzích mohla vést k poklesu úrovně antitrustového standardu a k růstu přímé regulace, protože by soutěžní úřady (namísto autoregulačního působení soutěže) musely kontrolovat, zda se dodržují závazky a omezení uložené účastníkům (nebo jimi dobrovolně přijaté), typu povinných licencí, zmrazení cen, dodržení portfólia výrobků a pod. Podobně Grimney, cit. práce, str. 894 – 895.

⁸² Naopak jsou časté varovné hlasy, nabádající k opatrnosti a ke zdravému skepticizmu k hodnocení tzv. přínosů fúzí, jež nebyly dosud přesvědčivě odůvodněny, a jež ve velkém rozsahu nejsou potvrzeny a uznány ani v praxi - jako pars pro toto srov. Kocmut, M.: *Efficiency Considerations and Merger Control – Quo Vadis, Commission?*, *E.C.L.R.* 2006, 1, str. 27.

- Schlossberg, R.S. (Ed.): Mergers and Acquisitions , ABA, Chicago 2004.
- Fox, E.M.- Sullivan, L.A.: Antitrust- Retrospective and Prospective:Where Are We Coming from? Where Are We Going? 62 N.Y.U.L.Rev, 1987.
- Bejček, J.: Cílové konflikty v soutěžním právu, Právník 2007, č. 6.
- Basedow, J.: Konsumentenwohlfahrt und Effizienz – Neue Leitbilder der Wettbewerbspolitik? WuW 2007, 7-8.
- Ghidini, G.: A Tale of Two Cultures? Some Comments on the Role of „Efficiencies“ on the Two Sides of the Atlantic, IIC , Vol. 35, 2004.
- Mertikopoulou, V.: DG Competition’s Discussion Paper on the Application of Article 82 EC to Exclusionary Abuses: the Proposed Reform from Legal Point of View, E.C.L.R. 2007, issue 4.
- Dreher, M. – Adam, M.: Abuse of Dominance Under Reform – Sound Economics and Established Case Law, E.C.L.R. 2007, issue 4.
- Luescher, CH.: Efficiency Consideratons in European Merger Control – Just Another Battle Ground for the European Commission , Economists and Competition Lawyers?. E.C.L.R. 2/2004.
- Klumpp, U.: Die „Efficiency Defense“ in der Fusionskontrolle. Nomos Verlagsgesellschaft, Baden Baden 2006.
- Greaney, T. L. : Not for import: why the EU should not adopt the American efficiency defence for analyzing mergers and joint ventures, Saint Louis University Law Journal, Vol. 44, No 3 (2000).
- Schwalbe, U. – Zimmer, D.: Kartellrecht und Ökonomie (Moderne ökonomische Ansätze in der europäischen und deutschen Zusammenschlusskontrolle, Verlag Recht und Wirtschaft GmbH, Frankfurt am Main, 2006.
- Renckens, A.: Welfare standards, substantive tests, and efficiency considerations in merger policy: defending the efficiency defence, Journal of Competition Law and Economics 2007, 3.

Kontaktní údaje na autora – email:

bejcek@law.muni.cz

ŽIVNOSTENSKÉ PODNIKÁNÍ V NOVÉM KABÁTĚ

MARTINA DITMAROVÁ

Právnická fakulta, Univerzita Palackého v Olomouci, Česká republika

Abstrakt v rodném jazyce

Příspěvek se zaměřuje na poslední novelu zákona č. 455/1991 Sb., o živnostenském podnikání (živnostenský zákon), a to zákon č. 130/2008 Sb. Živnostenský zákon patří mezi nejčastěji měněné právní předpisy a zmiňovaná novela je zásadního významu a přináší mnohé změny, jejichž cílem je, alespoň podle úmyslu předkladatele, kterým bylo Ministerstvo průmyslu a obchodu, usnadnit život jak stávajícím podnikatelům, tak i těm do podnikání teprve vstupujícím, a to nejen českým fyzickým a právníckým osobám, ale i zahraničním, čímž také přispívá k naplňování článku. 49 a násl. Smlouvy o založení Evropského společenství. Příspěvek se neomezuje pouze na strohé vymezení změn, pokouší se i předvídat jejich důsledky a hodnotit je, i když zcela předčasně, neboť vše spolehlivě prověří a ukáže teprve čas.

Klíčová slova v rodném jazyce

Živnostenské podnikání, živnostenský zákon, živnostenský úřad, živnostenský rejstřík, výpisy ze živnostenského rejstříku, informační systém veřejné správy, kontaktní místo veřejné správy, Centrální registrační místa (CRM), Jednotný registrační formulář (JRF), živnost volná, obory živnosti volné, živnosti řemeslné, živnosti vázané, živnosti koncesované, správní delikty na úseku živnostenského podnikání, moderní technologie, podnikání čs. podnikatelů v Rakousku, živnostenský zákon v Rakousku, podnikání čs. podnikatelů na Slovensku, živnostenský zákon na Slovensku.

Abstract

The article is focused at the recent amendment to act No. 455/1991 Coll., the Act to Regulate Trades (Trade Act), Act No. 130/2008 Coll. The Trade Act is one of the most frequently amended legal regulations. This amendment is of a key importance and brings in numerous changes with the objective, according to the sponsor, the Ministry of Industry and Trade of the Czech Republic, to ease business both for current and new entrepreneurs. Yet, the amendment will serve Czech and foreign physical persons and legal entities, thus contributing to the fulfillment of Article 49 et seq. of the Treaty establishing the European Community. The article is not limited only to a brief description of the changes, but it tries to envisage the consequences thereof and evaluate them, though rather prematurely, since only time will prove the quality of this regulation.

Key words

Business in trade, Trade Licensing Act, Trade Licence Office, Register of Trades, Copy of an entry in the Register of Trades, Information system in public administration, Contact point of the public administration, Central Registration Points (CRM), Uniform Registration Form (JRF), Notifiable trade, Fields of free trade, Vocational trades, Regulated trades, Permitted trades, Administrative delicts in business, Modern technologies, Business in trade in Austria, Austrian Trade Licensing Act, Business in trade in Slovakia, Slovak Trade Licensing Act.

1. ÚVOD

Platná právní úprava živnostenského podnikání naplňuje a rozvíjí ústavní právo na podnikání¹ a v současnosti je dána zákonem č. 455/1991 Sb., o živnostenském podnikání (dále též „ŽivZ“ nebo „živnostenský zákon“), ve znění pozdějších předpisů, a zákonem č. 570/1991 Sb., o živnostenských úřadech, ve znění pozdějších předpisů. Živnostenský zákon upravuje podmínky podnikání pro fyzické i právnické osoby bez ohledu na právní formu, velikost či zemi původu.²

Ačkoliv byl živnostenský zákon za dobu své dosavadní účinnosti mnohokrát měněn,³ jeho „kostra“ zůstala v podstatě od začátku nezměněna; některá ustanovení přibývala, jiná byla měněna a doplňována, případně i rušena. Poslední zásadní velkou změnu přinesl zákon č. 130/2008 Sb. (dále jen „novela“),⁴ platný od 1. července 2008, který si klade za cíl⁵ ještě více usnadnit vstup do podnikání začínajícím podnikatelům i zjednodušit podnikání podnikatelům stávajícím.⁶

Tento příspěvek si klade dva hlavní cíle. Nejprve porovnat překonané znění živnostenského zákona s novou úpravou a na základě provedené komparace tak identifikovat a vymezit změny, které novela přinesla, a to nejen ty „klíčové“, ale i ty zdánlivě méně podstatné, které přesto mají v celkovém kontextu svůj význam a „novou“ podobu živnostenského zákona nejen dotvářejí, ale i spoluvytvářejí. Příspěvek se místy pokouší předvídat možné důsledky změn a jejich uplatnění v praxi. Zmiňuje se i o uplatňování moderních technologií v oblasti činnosti správních úřadů na úseku živnostenského podnikání. Ve stručnosti také vytyčuje hlavní odchylky právní úpravy živnostenského podnikání, které se vyvinuly za dobu po rozdělení České a Slovenské Federativní Republiky. Následně se popisně zaměřuje na způsob uplatňování svobody poskytování služeb, tedy čl. 49 a následující Smlouvy o založení Evropského společenství v Česko-rakouském kontextu.

¹ Usnesení předsednictva České národní rady č. 2/1993 Sb., o vyhlášení Listiny základních práv a svobod jako součásti ústavního pořádku České republiky, ve znění ústavního zákona č. 162/1998 Sb., kterým se mění Listina základních práv a svobod, stanoví v čl. 26 odst. 1): „...každý má právo podnikat ...“ a dále v odst. 2): „zákon (jen zákon) může stanovit podmínky a omezení pro výkon určitých povolání nebo činností.“

² Srov. § 5 odst. 1 a 2, § 69a a § 70 ŽivZ.

³ Živnostenský zákon vstoupil v platnost dne 15. listopadu 1991 s účinností od 1. ledna 1992 a od této doby byl do dne „uzavření“ této práce (10. listopadu 2008) novelizován celkem 109 x (slovy: jednotodevětkrát), což v průměru znamená více než šest novel na každý rok účinnosti tohoto zákona.

⁴ Zákon č. 130/2008 Sb., kterým se mění zákon č. 455/1991 Sb., o živnostenském podnikání (živnostenský zákon), ve znění pozdějších předpisů, a další související zákony.

⁵ Tento cíl si vytyčil předkladatel zákona Ministerstvo průmyslu a obchodu ČR, resp. jeho představitelé.

⁶ Tato novela platná od 17. dubna 2008 a účinná od 1. července 2008 byla do data účinnosti doplněna dalšími dvěma novelami živnostenského zákona, a to zákonem č. 189/2008 Sb., kterým se mění zákon č. 18/2004 Sb., o uznávání odborné kvalifikace a jiné způsobilosti státních příslušníků členských států Evropské unie a o změně některých zákonů (zákon o uznávání odborné kvalifikace), ve znění pozdějších předpisů, a další související zákony (platný od 2. června 2008, účinný od 1. července 2008) a zákonem č. 230/2008 Sb., kterým se mění zákon č. 256/2004 Sb., o podnikání na kapitálovém trhu, ve znění pozdějších předpisů, a další související zákony (platný od 30. června 2008, účinný od 1. července 2008), které přinesly změny „méně výrazné“ a změny slovní - terminologické.

2. ZMĚNY ŽIVNOSTENSKÉHO ZÁKONA PO NOVELE⁷

1. *Živnostenské listy a koncesní listiny, které sloužily jako průkazy živnostenského oprávnění jsou nahrazeny výpisem z rejstříku, popřípadě do vydání výpisu stejnopisem ohlášení s prokázaným doručením živnostenskému úřadu (dále též „ž. úřad“), a to i prostřednictvím kontaktního místa veřejné správy nebo pravomocným rozhodnutím o udělení koncese.⁸ Živnostenský úřad vydává tři druhy výpisů, a to výpis po ohlášení živnosti ohlašovací nebo výpis po právní moci rozhodnutí o udělení koncese, který vydá, splní-li ohlašovatel zákonné podmínky, nebo je-li žadateli udělena koncese,⁹ úplný výpis¹⁰ nebo částečný výpis,¹¹ který vydá na žádost podnikatele; dále může na žádost podnikatele vydat potvrzení o určitém zápisu, popřípadě potvrzení o tom, že v rejstříku určitý zápis není.¹²*
2. *Podnikatel mohl provozovat více živností, měl-li pro každou z nich samostatné živnostenské oprávnění, tedy každá ohlášená živnost představovala jeden živnostenský list a každá koncese jednu koncesní listinu. Osvědčení nenahrazovalo živnostenský list nebo koncesní listinu, mělo k těmto dokumentům doplňkovou formu v tom smyslu, že podnikatel mimo uvedených dokumentů mohl v případě nutnosti k prokázání živnostenské oprávnění předložit osvědčení, které mohlo obsahovat výčet všech jeho jednotlivých živnostenských oprávnění. Každé živnostenské oprávnění bylo samostatně zpoplatněno, byť podnikatel ohlašoval více živností současně. Správní poplatek za každé ohlášení živnosti činil 1000 Kč, za každou žádost o koncesi 2000 Kč. Možnost provozovat více živností zůstala zachována, avšak oprávněním ke všem provozovaným živnostem určitého podnikatele může být jediný průkaz živnostenského oprávnění, tzv. úplný výpis ze živnostenského rejstříku. Došlo ke snížení správních poplatků,¹³ neboť nově je ohlášení libovolného počtu živností a podání libovolného počtu žádostí o koncesi, pokud jsou učiněna současně při vstupu do živnostenského podnikání, zatíženo správním poplatkem 1000 Kč; další ohlášení živností nebo podání žádosti o koncesi podnikatelem již v průběhu podnikání správním poplatkem 500 Kč. Snížení se týká i dalších správních poplatků souvisejících se živnostenským podnikáním.¹⁴*

⁷ Změny, které přinesl zákon č. 130/2008 Sb., jsou pro přehlednější členění textu označeny tučně, původní znění živnostenského zákona je označeno kurzívou.

⁸ Srov. § 10 odst. 3 ŽivZ.

⁹ Srov. § 47 odst. 1 a § 54 odst. 1, § 60 odst. 4 písm. a) ŽivZ.

¹⁰ Srov. § 60 odst. 4 písm. b) ŽivZ.

¹¹ Srov. § 60 odst. 4 písm. c) ŽivZ.

¹² Srov. § 60 odst. 4 písm. d) ŽivZ.

¹³ Srov. příloha Sazebník správních poplatků, část I., pol. 24 zákona č. 634/2004 Sb., o správních poplatcích, ve znění pozdějších předpisů.

¹⁴ „Podle odhadů Ministerstva průmyslu a obchodu ČR podnikatelé ušetří více jak 60% současných správních poplatků.“ Bohutínská, Jana. Novela živnostenského zákona: „Živnostňáky v koši neskončí [citováno 5. září 2008]. Dostupný z: <http://www.podnikatel.cz/clanky/novela-zivnostenskeho-zakona/>. „Podnikatelé ušetří 125 milionů Kč.“ Bartovský, Tomáš (tiskový mluvčí Ministerstva průmyslu a obchodu ČR). Římanova novela živnostenského zákona byla schválena [citováno 5. září 2008]. Dostupný z: <http://www.mpo.cz/zprava40452.html>.

3. Novela také **odstranila provozování živnosti průmyslovým způsobem**, které umožňovalo podnikatelům (v praxi se to týkalo velkých podniků provozujících výrobu, která spočívala ve složitém výrobním postupu zahrnujícím velké množství činností, přičemž každá z těchto činností samostatně naplňovala znaky některé živnosti a vyžadovala živnostenské oprávnění), aby četná živnostenská oprávnění byla nahrazena ke všem provozovaným činnostem jediným živnostenským oprávněním a tím bylo oprávnění provozovat živnost průmyslovým způsobem.¹⁵ Zavedením úplného výpisu ze ŽR a změnou poplatkové povinnosti (viz. výše pod číslem 2) se tento institut stal nepotřebným a byl překonán i v praxi. **Odstranění tohoto institutu se promítlo i do obchodního zákoníku, kdy z ustanovení § 34 odst. 2 bylo odstraněno písmeno b), podle kterého byla fyzická osoba - podnikatel provozující živnost průmyslovým způsobem povinna se zapsat do obchodního rejstříku.**

4. S účinností od 1. srpna 2006 mohou podnikatelé využívat Centrálních registračních míst (dále též „CRM“), která jsou součástí projektu Ministerstva průmyslu a obchodu ČR s názvem „Zjednodušení administrativních postupů při zahájení a v průběhu podnikání“. Centrálními registračními místy jsou obecní živnostenské úřady jejichž prostřednictvím a za pomoci jednotného registračního formuláře (dále též „formuláře“) mohou ohlašovatelé nejen ohlásit živnost ohlašovací nebo žadatelé o koncesi požádat o její udělení podle ŽivZ (dále též „ohlašovatelé“), ale také provést některé další úkony spojené s podnikáním,¹⁶ neboť je-li podnikateli (fyzické osobě) vydáno v pořadí první živnostenské oprávnění, je povinen podat přihlášku k daňové registraci nebo příslušné oznámení (platí i pro právnickou osobu), oznámit zahájení samostatné výdělečné činnosti, podat oznámení podle zákona o veřejném zdravotním pojištění a dále může podat přihlášku k silniční dani a oznámit vznik volného pracovního místa nebo jeho obsazení (platí i pro právnickou osobu). **Formulář novelizací výrazně „zeštíhlle“.** V původní podobě nebyl jednotný registrační formulář ničím jiným než souhrnem několika samostatných formulářů pro podání činěná vůči příslušnému živnostenskému a finančnímu úřadu, příslušné správě sociálního pojištění, úřadu práce a příslušné zdravotní pojišťovně; podnikatel musel vyplňovat základní a opakující se údaje v každém formuláři samostatně; *formulář čítal přibližně dvacet stran s více než čtyřmi sty kolonkami.* **Nový formulář je dvoustránkový s méně než sto padesáti kolonkami;** sjednocuje a zpřehledňuje požadované náležitosti z jednotlivých úřadů a současně odstraňuje opakované vyplňování totožných údajů.¹⁷ **Jednotný registrační formulář existuje ve verzi zvlášť pro fyzickou a právnickou osobu; tvoří jej Základní formulář pro fyzickou a právnickou osobu, Přílohy - Statutární orgán, Předmět podnikání, Odpovědný zástupce, Provozovny, Příloha pro Finanční úřad a správu sociálního zabezpečení, dále Seznam oborů činností náležející do živnosti volné, Prohlášení odpovědného zástupce, Organizační složka.**

¹⁵ Na získání oprávnění nebyl právní nárok, oprávnění bylo zpoplatněno vyšší sazbou, nebylo možno jej získat současně pro živnosti ohlašovací a koncesované, tzn. chtěl-li podnikatel provozovat průmyslovým způsobem vedle živností ohlašovacích i živnosti koncesované, musel mít pro jejich provozování průmyslovým způsobem samostatné oprávnění, průkazem živnostenského oprávnění byl živnostenský list nebo koncesní listina obsahující výčet oprávněných činností. Vydání živnostenského listu pro provozování živnosti průmyslovým způsobem bylo zpoplatněno 10 000 Kč; vydání rozhodnutí o udělení koncese včetně vydání koncesní listiny pro provozování živnosti průmyslovým způsobem 20 000 Kč.

¹⁶ Srov. § 45a ŽivZ.

¹⁷ K tématu podrobněji Ditmarová, M. Klíčové změny živnostenského zákona účinné od 1. července 2008 aneb „když novela, co nového“. In sborník z konference „Olomoucké debaty 2008“, Olomouc 2008 (v tisku). Na vyžádání k dispozici na adrese martina.ditmarova@seznam.cz.

Přílohové formuláře umožňují ohlašovatelovi ohlásit více živností, provozoven, odpovědných zástupců nebo statutárních orgánů v rámci jednoho podání, aniž by musel vyplňovat více základních formulářů. K tomu, aby mohl podnikatel fyzická či právnická osoba, která již je držitelem živnostenského oprávnění, ohlásit najednou změny vůči všem úřadům, kterých se formulář týká, slouží dvoustránkový **Změnový list** jednotného registračního formuláře, kterým lze ohlásit změny všech údajů nejen vůči ž. úřadu, ale i vůči příslušným správním úřadům. K usnadnění vyplňování Základního formuláře, Přílohy pro Finanční úřad a správu sociálního zabezpečení a Změnového listu slouží **Pokyny k vyplnění**, které jsou na ž. úřadech působících jako CRM k dispozici spolu s těmito formuláři nebo je lze získat i elektronicky.¹⁸

5. **Výrazně byla zkrácena lhůta v níž musí ž. úřad provést zápis do rejstříku a vydat ohlašovatelovi nebo žadateli o koncesi průkaz živnostenského oprávnění** za předpokladu, že byly splněny všechny podmínky stanovené zákonem pro ohlášení živnosti ohlašovací nebo pro udělení koncese, a to z **15 dnů na 5 dnů** ode dne doručení ohlášení nebo ode dne nabytí právní moci rozhodnutí o udělení koncese.
6. **Místní příslušnost živnostenských úřadů byla zrušena. Veškerá podání podle ŽivZ lze učinit u kteréhokoliv ž. úřadu**, tedy bez ohledu na *příslušnost ž. úřadu určenou předchozí právní úpravou podle bydliště fyzické osoby, sídla právnické osoby, místa povoleného pobytu nebo místa podnikání nebo umístění organizační složky podniku na území ČR zahraniční fyzické osoby, umístění organizační složky podniku na území ČR zahraniční právnické osoby*. **K postupu podle živnostenského zákona je příslušný ž. úřad, kterému bylo podání doručeno jako prvním. Živnostenský úřad, který provede úkon, v jehož důsledku je třeba provést zápis do rejstříku, je příslušný k provedení tohoto zápisu.**¹⁹ Z tohoto liberálního způsobu určení místní příslušnosti však existují výjimky.²⁰
7. Podnikatel měl doposud povinnost *oznámit všechny změny a doplnění* týkající se údajů a dokladů, které jsou stanoveny pro ohlášení živnosti nebo jako náležitosti žádosti o koncesi a předložit doklady o nich do 15 dnů ode dne jejich vzniku. Stále se zdokonalující informační systém veřejné správy umožňuje, aby byl podnikatel zbaven povinnosti oznamovat skutečnosti, které ž. úřad může získat i jinak, tzn. bez přičinění podnikatele. **Například změny a doplnění již zapsané do obchodního rejstříku,²¹ které se týkají všech údajů a dokladů stanovených pro ohlášení živnosti nebo pro podání žádosti o koncesi, nemusí podnikatel oznamovat také ž. úřadu, protože tyto změny jsou provedeny elektronicky v celém systému. Ohlašovatel nebo žadatel o koncesi také nově nemusí při ohlášení uvádět údaje,²² které jsou již evidovány v rejstříku, s výjimkou jeho identifikačních údajů. Totéž platí i pro žadatele**

¹⁸ Dostupné např. z: <http://www.mpo.cz/dokument20082.html>.

¹⁹ Např. tedy ohlašovatel živnosti (fyzická osoba), který má bydliště v Olomouci, předpokládané místo podnikání v Praze, může ohlášení učinit u ž. úřadu v Berouně; ten následně, jsou-li splněny všechny podmínky dle ŽivZ, provede zápis do rejstříku a vydá podnikateli výpis; o výpis může však ohlašovatel požádat i kterýkoliv jiný ž. úřad, stejně tak se může zastavit při cestě z Berouna do Olomouce v Prostějově, rozhodne-li se v ohlášení např. doplnit další obor živnosti volně a učinit toto podání u ž. úřadu v tomto místě.

²⁰ Srov § 71 odst. 2 a 3 ŽivZ.

²¹ Např. změna obchodní firmy nebo sídla. Srov. § 27 až 38l obchodního zákoníku.

²² Srov. § 45 odst. 2 a 3 ŽivZ.

o koncesi.²³ Oznamovací povinnost pro ostatní změny a doplnění zůstala zachována a platí lhůta uvedená viz. výše.

8. **Novela odstranila živnosti volné s jejich 125 obory činností a zavedla jedinou živnost volnou s tím, že v příloze č. 4 ŽivZ je uveden výčet oborů činností náležejících do této živnosti.** Výčet oborů je taxativní, avšak obor č. 80 „Výroba, obchod a služby jinde nezařazené“ připouští i provozování činností v ostatních oborech nezařazených ovšem jen za předpokladu, že nejsou předmětem živnosti řemeslné, vázané nebo koncesované, anebo jejich výkon není upraven jiným právním předpisem.²⁴ Jelikož je ohlašovatel povinen vymezit předmět podnikání uvedený v ohlášení s dostatečnou určitostí a jednoznačností,²⁵ **musí v ohlášení živnosti volné uvést obory činností (libovolný počet oborů, nejméně jeden, nebo také všechny), které bude v rámci svého podnikání provozovat. Předmět podnikání živnosti volné musí být ohlášen v souladu s názvem oboru činnosti uvedeným v příloze č. 4 k ŽivZ. Doplnění již ohlášené živnosti volné o další obory nebo naopak odhlašování oboru činnosti podnikatelem dále neprovozovaným, nepodléhá správnímu poplatku. Ačkoliv má podnikatel povinnost oznámit rozšíření nebo zúžení předmětu podnikání o daný obor živnosti volné, neučiní-li tak, není to podle nové právní úpravy posuzováno jako přestupek, jako neoprávněné podnikání.**²⁶ Na jednu stranu je tento postup pochopitelný vzhledem k faktu, že účelem zavedení jediné živnosti volné byla snaha zjednodušit podnikání pro oblast činností, které vzhledem k svému odborně nenáročnému charakteru nekladou zvýšené nároky na odbornou nebo jinou způsobilost svých provozovatelů, tak jak je tomu u ostatních živností. Na druhou stranu, není-li neoznámení změny provozovaného oboru činnosti sankcionováno, jeví se vnitřní členění živnosti volné jako nadbytečné, které bude navíc ztrácet skutečnou vypovídací hodnotu o činnostech, které konkrétní podnikatel skutečně provozuje nebo je oprávněn provozovat. Nová koncepce jedné živnosti volné také vylučuje možnost přerušit provozování této živnosti co do konkrétního oboru; její provozování lze přerušit jen jako celek.

9. **Slučování se dotklo i živností řemeslných, vázaných a koncesovaných; řada živností regulovaných byla také přerážena do režimu živnosti volné.** V důsledku těchto změn došlo nejen ke změně obsahových náplní jednotlivých živností, ale i ke *zrušení nařízení vlády č. 469/2000 Sb., kterým se stanoví obsahové náplně jednotlivých živností, ve znění pozdějších předpisů* s tím, že s účinností od 14. srpna 2008 jej nahradilo nové²⁷ **nařízení vlády č. 278/2008 Sb., o obsahových náplních jednotlivých živností.** Toto nařízení odráží změny zavedené novelou a obsahuje čtyři přílohy pojednávající postupně

²³ Srov. § 50 odst. 2 ŽivZ.

²⁴ Např. zákon č. 85/1996 Sb., o advokacii, ve znění pozdějších předpisů.

²⁵ § 45 odst. 4 ŽivZ.

²⁶ Srov. § 61 odst. 1 a § 63a odst. 1 ŽivZ před novelou. § 62 odst. 1 písm.w) ŽivZ.

²⁷ Pro lepší orientaci podnikatelů v právní úpravě byla zvolena forma nového nařízení, nikoliv novelizace původního nařízení, které se právě vlivem časté novelizace stalo nepřehledným (srov. čl. 60 odst. 3 usnesení vlády č. 188/1998, legislativní pravidla vlády, ve znění pozdějších usnesení).

o obsahových náplních živností řemeslných, vázaných, koncesovaných a o obsahových náplních jednotlivých činnostech živnosti volné.²⁸

10. Další změna se týká **úplného odstranění povinné praxe²⁹ u živností řemeslných jako jedné z podmínek prokázání odborné způsobilosti³⁰ za předpokladu, že zájemce o živnostenské oprávnění předloží doklad o odborné způsobilosti v příslušném oboru a dále zkrácením povinné doby praxe na jeden rok v případě, že zájemce předloží doklad o odborné způsobilosti pouze v příbuzném oboru nebo jej získá na základě rekvalifikace.** Nově již také není možné nahradit doklad o odborné způsobilosti dokladem o vykonání kvalifikační zkoušky před komisí složenou ze zástupců ž.úřadu, střední odborné školy atd.³¹
11. A co se „starými“ živnostenskými listy a koncesními listinami? V koši neskončily, ale jen do času. **Přechodná ustanovení umožňují podnikatelům pokračovat v podnikatelské činnosti na základě živnostenského oprávnění, které získali před účinností novely, a to po dobu jednoho roku ode dne její účinnosti, tzn. do 31. srpna 2009 (dále jen „lhůta“); po uplynutí lhůty tato oprávnění zanikají.³² Platí však odlišný režim pro fyzické osoby a právnické osoby v závislosti na druhu provozované živnosti, a to**

- a. fyzickým osobám s živnostenským oprávněním k provozování živnosti volné nebo řemeslné zanikne toto oprávnění uplynutím lhůty a současně v témže okamžiku nabudou toto oprávnění znova.
- b. fyzické osoby s živnostenským oprávněním k provozování živnosti vázané a koncesované musejí předložit ž. úřadu ve lhůtě devíti měsíců ode dne účinnosti novely doklady prokazující, že splňují zákonné podmínky nebo že ustanovily odpovědného zástupce, který tyto podmínky splňuje, jinak živnostenské oprávnění nevznikne.
- c. právnické osoby s jakýmkoliv živnostenským oprávněním musí taktéž předložit ž. úřadu ve lhůtě devíti měsíců ode dne účinnosti novely doklady prokazující, že ustanovily odpovědného zástupce splňujícího zákonné podmínky, jinak živnostenské oprávnění nevznikne.

Platné znění živnostenského zákona je však v této věci matoucí a snad i nedomyšlené, neboť v případech, kdy podnikatel splní povinnost uvedenou pod písm. b) nebo c), event. nemusí podle písm. a) splňovat ničeho, uvádí, že mu ž. úřad vydá živnostenský list nebo koncesní

²⁸ K tématu podrobněji Ditmarová, M. Klíčové změny živnostenského zákona účinné od 1. července 2008 aneb „když novela, co nového“. In sborník z konference „Olomoucké debaty 2008“, Olomouc 2008 (v tisku). Na vyžádání k dispozici na adrese martina.ditmarova@seznam.cz.

²⁹ Prokazoval-li například zájemce o živnostenské oprávnění k provozování živnosti řemeslné svou odbornou způsobilost výučním listem z příslušného tříletého učebního oboru, musel se nad to prokázat dokladem o vykonání tříleté praxe v oboru. Srov. § 21 odst. 1 písm.a) ŽivZ před novelou.

³⁰ Druhou podmínkou je doklad o odborné způsobilosti, tzn. o dosaženém vzdělání, např. výuční list.

³¹ Srov. § 22 odst. 1 písm. f) ŽivZ před novelou.

³² Ačkoliv jsou živnostenské listy a koncesní listiny považovány v této přechodné době za platné průkazy živnostenského oprávnění, i tak toto krátké období od účinnosti novely ukazuje, že v praxi podnikatelé mezi sebou při své podnikatelské činnosti již nyní vyžadují výpis z rejstříku, tedy z předstíhem, což je vzhledem k případné dlouhodobosti vzájemného vztahu, který mnohdy přesáhne přechodné období, pochopitelné.

listinu,³³ ačkoliv tentýž zákon v § 10 odst. 3 normuje: „Podnikatel prokazuje své živnostenské oprávnění výpisem ze živnostenského rejstříku ... do vydání výpisu stejnopisem ohlášení ... nebo pravomocným rozhodnutím o udělení koncese.“ Je otázkou, proč tato záležitost není řešena jiným způsobem, např. není přímo zakotveno, že ž. úřad i v těchto případech jakési „re-registrace“ vydá výpis.³⁴ Dá se očekávat, že praxe ž. úřadů toto úskalí překoná; stejně tak nelze ani vyloučit další změny a doplnění živnostenského zákona.

12. *Živnostenský zákon již nehovoří v hlavě II o „neoprávněném podnikání“ a v hlavě III o „porušení jiných ustanovení zákona“.* **Nově hovoří o „správních deliktech“, které jsou rozděleny na přestupky fyzických osob a správní delikty právnických osob a podnikajících fyzických osob.** Změnila se také slovní dikce obsažená v příslušných ustanoveních. Dřívější dikce „ž. úřad může uložit pokutu ...“ napovídala, že ž. úřad také pokutu uložit nemusel, bylo to na jeho správním uvážení. Nově je diktováno „**za správní delikt se uloží pokuta ...**“. Zjistí-li tedy ž. úřad, že se jej podnikatel dopustil, „musí“ vyvodit důsledky; správní uvážení se však může projevit v rámci stanovení výše pokuty pod horní hranici stanovenou za konkrétní správní delikt živnostenským zákonem a dále v postupu ž. úřadu vůči fyzické osobě nepodnikateli, kdy zákonná dikce „**za přestupek lze uložit pokutu ...**“ připouští méně striktní postup.

13. *Bylo zrušeno nařízení vlády č. 209/2001 Sb.³⁵ - které ukládalo podnikateli provozujícímu některou živnost v něm stanovenou, pokud její výkon zajišťoval kromě své osoby i dalšími fyzickými osobami, že tyto osoby musejí splňovat odbornou způsobilost stanovenou tímto nařízením – a jeho obsah byl nově vtělen přímo do živnostenského zákona do přílohy č. 5.*

14. **Došlo také k výraznému zpřísnění dočasného poskytování služeb na území České republiky.** Osoba, která je usazena v jiném členském státě³⁶ a na území České republiky poskytuje dočasně nebo příležitostně služby (dále jen "poskytovatel služby"), jejichž součástí je výkon regulované činnosti, která je živností,³⁷ je oprávněna vykonávat tuto činnost, aniž požádá o uznání odborné kvalifikace podle zákona o uznávání odborné kvalifikace a aniž ohlásí živnost nebo požádá o koncesi podle živnostenského zákona. Zda je regulovaná činnost vykonávána dočasně a příležitostně se posuzuje zejména s ohledem na dobu, trvání, četnost, pravidelnost a nepřetržitost výkonu činnosti na území České republiky. Nově musí tato osoba předkládat nejen zákonem požadované doklady, ale i písemně³⁸ oznámit poskytování služeb uznávacímu orgánu, jímž je Ministerstvo průmyslu a obchodu ČR.³⁹ K výhodám občanů členských zemí EU patří svoboda

³³ Ve lhůtě 60 dnů od předložení dokladů v případech podle písm. b) a c) a ve lhůtě jednoho roku od účinnosti novely.

³⁴ Jako náhražka živnostenského listu nebo koncesní listiny se jeví jako nejvhodnější výpis podle ustanovení.

§ 60 odst. 4 písm. a) ŽivZ, neboť výpisy podle písm. b) a c) citovaného ustanovení nesmějí obsahovat rodné číslo podnikatele.

³⁵ Nařízení vlády č. 209/2001 Sb, kterým se stanoví seznam živností, jejichž výkon je podnikatel povinen zajistit pouze fyzickými osobami splňujícími odbornou způsobilost stanovenou tímto nařízením.

³⁶ § 69a odst. 1, 2 a § 70 odst. 1 ŽivZ.

³⁷ Za regulované činnosti jsou považovány živnosti řemeslné, vázané a koncesované.

³⁸ Prostřednictvím formuláře, který je vydán ve verzi zvlášť pro fyzickou a právnickou osobu.

³⁹ § 69a odst. 4, 5 a 6 ŽivZ.

provozovat povolání jako podnikatel nebo zaměstnanec (s ohledem na omezení popsaná níže) v jiném členském státě, než je stát, v němž poskytovatel služeb získal svou odbornou kvalifikaci. Za tímto účelem byl na evropské úrovni vytvořen systém pro uznávání odborné způsobilosti. V říjnu roku 2007 vypršela lhůta pro implementaci směrnice 2005/36/ES, která zavedla dva postupy – pro regulované profese, jež nemají vliv na zdraví a bezpečnost lidí, stanovuje při dočasném působení v rámci volného pohybu služeb proceduru ohlášení, - pro profese s vlivem na zdraví a bezpečnost aplikuje klasickou proceduru uznávání kvalifikace.

15. Novela přinesla i další změny a doplnění (např. živností nově není pronájem nemovitostí, bytů a nebytových prostor, když jsou poskytovány jiné než základní služby, živnostenský zákon již nerozlišuje velkoobchodní a maloobchodní činnost, zavádí jednotnou kategorii obchodní činnosti, do které patří nově rovněž úprava zboží k potřebě kupujícího, ovšem jen na žádost zákazníka), o kterých však z důvodu limitace rozsahu této práce nelze pojednat.

3. UPLATŇOVÁNÍ MODERNÍCH TECHNOLOGIÍ VE STÁTNÍ SPRÁVĚ

Vývoj posledních let je výrazně ovlivněn nástupem moderních technologií; způsob jakým se uplatňují ve všech složkách společnosti je převratný a závratný zároveň a **promítá se i do oblasti živnostenského podnikání a do činnosti živnostenských a jiných úřadů státní správy a to následujícími způsoby:**

- a. Živnostenský rejstřík (dále též „rejstřík“) je veden v elektronické podobě a jelikož je veřejným seznamem, každá osoba má právo do něj nahlížet a pořizovat z něj prosté výpisy nebo požádat každý obecní živnostenský úřad (dále též „ž. úřad“) o výpis nejen v listinné, ale co více i v elektronické podobě, přičemž ověřený výpis a potvrzení⁴⁰ lze získat nejen u ž. úřadu, ale i u dalších orgánů začleněných do informačního systému veřejné správy.⁴¹ Navíc tyto orgány označované jako kontaktní místa veřejné správy⁴² jsou také, vedle ž. úřadů, oprávněny přijímat veškerá podání podle živnostenského zákona. Kontaktní místo přijaté podání neprodleně doručí obecnímu ž. úřadu, který si podatel zvolí. Pokud si podatel obecní ž. úřad nezvolí, doručí se podání obecnímu ž. úřadu příslušnému podle místa podání. Podání však může být učiněno i u zastupitelského úřadu; pak nezvolí-li si podatel obecní ž. úřad, určuje se jeho příslušnost podle správního řádu.⁴³ Podání se doručuje v elektronické podobě způsobem umožňujícím dálkový přístup s využitím komunikační infrastruktury živnostenského rejstříku, pokud to dovoluje povaha podání. Kontaktní místo veřejné správy zašle neprodleně příslušnému obecnímu

⁴⁰ Podnikatel může také požadovat potvrzení ž. úřadu o určitém zápisu, popřípadě potvrzení o tom, že v rejstříku určitý zápis není.

⁴¹ Zákon č. 365/2000 Sb., o informačních systémech veřejné správy, ve znění dalších předpisů.

⁴² Kontaktní místo veřejné správy = český podací ověřovací informační národní terminál = Czech POINT. Kontaktními místy veřejné správy jsou notáři, krajské úřady, matriční úřady, obecní úřady, úřady městských částí nebo městských obvodů územně členěných statutárních měst a úřady městských částí hlavního města Prahy, jejichž seznam stanoví prováděcí právní předpis, zastupitelské úřady stanovené prováděcím právním předpisem, držitel poštovní licence a Hospodářská komora České republiky.

⁴³ Zákon č. 500/2004 Sb., správní řád, ve znění pozdějších předpisů.

živnostenskému úřadu také listinnou podobu podání. Lhůta pro vyřízení podání začne běžet až okamžikem jeho doručení (včetně všech příloh) ž. úřadu.⁴⁴

- b. Údaje z rejstříku slouží nejen široké veřejnosti, ale využívají je při své činnosti i četné orgány státní správy,⁴⁵ přičemž komunikace mezi nimi probíhá zásadně v elektronické podobě umožňující dálkový přístup.⁴⁶
- c. Živnostenský zákon počítá s tím, že veškerá podání bude možné činit také elektronicky za předpokladu, že podatel bude disponovat zaručeným elektronickým podpisem, avšak zatím to praxe neumožňuje.⁴⁷

4. ŽIVNOSTENSKÉ PODNIKÁNÍ VE SLOVENSKÉ REPUBLICE

4.1 ROZDÍLY MEZI ČESKOU A SLOVENSKOU PRÁVNÍ ÚPRAVOU ŽIVNOSTENSKÉHO PODNIKÁNÍ

Ačkoliv došlo k 1.1.1993 k rozdělení České a Slovenské Federativní Republiky na Českou republiku a Slovenskou republiku (dále jen „Slovensko“), zůstal na území Slovenska v platnosti československý zákon č. 455/1991 Sb., o živnostenském podnikání (živnostenský řád), ve znění pozdějších předpisů (dále též „ŽivZ Sk“).⁴⁸ Přestože obě právní úpravy vycházejí ze stejného právního základu, není s podivem, že se za patnáct let separovaného vývoje od sebe v některých ohledech odchýlily. Jaké odlišnosti se tedy vyvinuly?

Činnosti spojené s pronájmem nemovitostí, bytů a nebytových prostor jsou stále živností (§ 4 ŽivZ vs. § 4 ŽivZ Sk).

Bezúhonnost jako jedna ze všeobecných podmínek provozování živnosti je definována úžeji, méně přísně (§ 6 odst. 2 ŽivZ vs. § 6 odst. 2 ŽivZ Sk).

Slovenský ŽivZ obsahuje antidiskriminační ustanovení, které v našem zákonu nenalezneme. (§ 5a ŽivZ Sk).

Vedle výpisu ze živnostenského rejstříku je i živnostenský list a koncesní listina (§ 10 odst. 3 ŽivZ vs. § 10 odst. 2 ŽivZ Sk).

⁴⁴ Kontaktní místo za přijetí podání pro ž. úřad vybere správní poplatek 50 Kč, zastupitelské úřady 150 Kč. Pokud je podání učiněno na ž.úřadu, tento poplatek se nevybírání. Srov. příloha Sazebník správních poplatků, část I., položka 24 zákona a část XII., položka 155 zákona č. 634/2004 Sb., o správních poplatcích, ve znění pozdějších předpisů.

⁴⁵ Český statistický úřad, příslušný správce daně vykonávající správu daní z příjmů, příslušná správa sociálního zabezpečení, příslušný úřad práce, příslušná zdravotní pojišťovna a orgán nebo organizaci, která podle zvláštního zákona vede registr všech pojištěnců všeobecného zdravotního pojištění. Srov. § 45a odst. 4 a § 48 odst. 1 ŽivZ.

⁴⁶ Dálkový přístup je přístup do informačního systému prostřednictvím sítě nebo služby elektronických komunikací např. s využitím internetu.

⁴⁷ Lze očekávat, že elektronická podání by měla být umožněna na přelomu roku 2008/2009. Maximem, kterého lze podle současné praxe dosáhnout, je, že v podnikateli postačí, nevyhovuje-li mu činit podání v písemné formě, ústně poskytnout potřebné údaje k provedení konkrétního úkonu pracovníkovi ž. úřadu, který je přímo zadá elektronicky do systému; nejedná se o povinnost tohoto pracovníka, ale o projev jeho dobré vůle.

⁴⁸ Stejně jako náš ŽivZ, byl i ten slovenský vystaven velmi časté novelizaci. Poslední novelou je zákon č. 112/2008 Z.z.

Odpovědný zástupce nesmí vykonávat tuto funkci pro více než jednu provozovnu a musí být k podnikateli v pracovním poměru, výjimky stanoví zákon. (§ 11 odst. 1 ŽivZ vs. § 11 odst. 1,5 ŽivZ Sk).

Provozuje-li podnikatel více živností, musí mít pro každou z nich samostatné živnostenské oprávnění. (§ 60 odst. 4 písm. a) ŽivZ vs. § 16 ŽivZ Sk).

Jako jeden z předpokladů prokázání odborné způsobilosti k provozování živnosti řemeslné se vyžaduje příslušná praxe v oboru. (§ 21 odst. 1 ŽivZ vs. § 22 odst. 1 ŽivZ Sk).

Existuje více živností volných s tím, že Ministerstvo vnitra Slovenské republiky zveřejňuje na svých internetových stránkách seznam doporučených označení nejčastěji používaných volných živností a jejich obsahové vymezení (§ 25 ŽivZ vs. § 25 ŽivZ Sk).

Pro živnosti koncesované je jako zvláštní podmínka obecně vyžadována spolehlivost, která je posuzována ve vztahu k předmětu podnikání se zřetelem na ochranu života, zdraví, majetkových a jiných práv osob a veřejných zájmů (§ 27 odst. 2 ŽivZ Sk); český ŽivZ vyžaduje spolehlivost jen u konkrétních živností např. Nákup a prodej výbušnin.

V rámci povinností podnikatele je mu uloženo, aby vykonával živnost řádně, poctivě a odborně, a je definováno, že tomu tak nemůže být, pokud bez vážných důvodů neplní daňové povinnosti apod.(§ 29 ŽivZ Sk)

Z hlediska předmětu podnikání se živnosti dále dělí na obchodní, výrobní a poskytující služby (§ 32 a násl. ŽivZ Sk).

Živnostenský úřad může ukládat výrazně nižší pokuty za neoprávněné podnikání než dovoluje český ŽivZ. (např. § 63 odst. 1 písm. c), odst. 2 písm.c) ŽivZ vs. § 65 ŽivZ Sk).

4.2 PODNIKÁNÍ ZAHRANIČNÍCH (ČESKÝCH) OSOB NA SLOVENSKU

Podnikání zahraničních osob na Slovensku je upraveno v páté B části živnostenského zákona (§ 66e a násl.) v podstatě obdobně jako v českém živnostenském zákoně, jen s tím, že zde není zmínka o oprávnění dočasně poskytovat služby v rozsahu podnikatelského oprávnění v souladu se čl. 49 a násl. Smlouvy o založení Evropského společenství, což ovšem na uplatnění tohoto práva nemá vliv.⁴⁹

V případě fyzické osoby s trvalým pobytem mimo území SR platí, že tato osoba může podnikat prostřednictvím organizační složky podniku, zahraniční osoby nebo podniku zahraniční osoby, které zřídí na území SR v tom rozsahu, v jakém získá tato osoba oprávnění na podnikání podle zvláštního zákona. V případě, že fyzická osoba chce založit společnost s ručením omezeným, nepotřebuje notářský zápis.

Při rozhodování, zda zřídit organizační složku nebo podnik na Slovensku, platí, že organizační složku může zřídit fyzická osoba v případě, že v místě svého trvalého bydliště je podnikatelem. Podnik může zřídit pouze v případech, že tato osoba není v místě svého

⁴⁹ Srov. § 69a ŽivZ. Stejně jako v ČR není třeba žádat o uznání odborné kvalifikace, postačí, splňuje-li OSVČ všechny náležitosti k provozování činnosti v ČR. Činnost může být poskytována prostřednictvím vlastních zaměstnanců při dodržení podmínek směrnice 96/71/ES.

trvalého bydliště podnikatelem nebo že plánuje podnikat na území SR v jiném předmětu podnikání než v místě svého trvalého bydliště.

Fyzická osoba se statutem zahraniční osoby musí určit vedoucího (organizační složky podniku zahraniční osoby nebo vedoucího podniku zahraniční osoby), o kterém je povinná poskytnout příslušné údaje místně příslušnému živnostenskému úřadu a v případě vedoucího organizační složky doložit bezúhonnost této osoby. Vedoucí organizační složky podniku zahraniční osoby ani vedoucí podniku zahraniční osoby nemusí mít bydliště na území Slovenské republiky, na rozdíl od osoby odpovědného zástupce, který se ustanovuje pouze v regulovaných živnostech, tj. nikoliv ve volných živnostech.

Pro fyzickou osobu s přechodným nebo trvalým bydlištěm na území SR platí obsahem i formou stejný právní režim, jaký se vztahuje na slovenskou fyzickou osobu. V této souvislosti je však nutno mít na zřeteli dobu, během které má občan EU zájem působit na území SR za účelem podnikání. Podmínky pobytu cizinců včetně těch, kteří mají domicil v některém členském státě EU, upravuje ustanovení §45a zákona č. 48/2002 Z.z., o pobytu cizinců ve znění zákona č. 606/2003 Z.z. upravujícího liberalizované podmínky získání oprávnění k pobytu na území SR pro občany států EU.⁵⁰

4.3 ODLIŠNÉ VÝVOJOVÉ TRENDY A SOUČASNÁ OBCHODNÍ SPOLUPRÁCE

Od zániku ČSFR již uplynulo patnáct let, během kterých se pochopitelně oba státy ubíraly vlastním a často odlišným směrem. Například slovenský daňový systém byl již s účinností od 1. ledna 2004 podroben rozsáhlé a odvážné reformě, která zavedla jednodušší daňová pravidla, např. byla zavedena rovná daň z příjmů ve výši 19%, čímž se stalo atraktivní zemí pro zahraniční podnikatele a investory. Pro oblast daňovou je sjednána mezi Českou republikou a Slovenskou republikou bilaterální smlouva, jejímž účelem je zamezení dvojího zdanění a zabránění daňových úniků v oboru daní z příjmu a z majetku.⁵¹ Slovensko také učinilo poslední formální krok na cestě do eurozóny, když ministři financí členských států EU na svém červencovém zasedání oficiálně schválili, že od 1. ledna 2009 slovenskou korunu nahradí společná měnová jednotka euro.⁵²

Slovensko na své cestě do eurozóny prokázalo značné úsilí a dosáhlo svého ambiciózního cíle. Na základě aktuálního rozložení politických sil v ČR lze odhadovat, že eurem se v ČR začne platit až někdy v letech 2014 či 2015. Česká republika se tak může s několikaletým odstupem poučit ze slovenských zkušeností s procesem nahrazení koruny společnou evropskou měnou.⁵³

⁵⁰ <http://www.businessinfo.cz/>.

⁵¹ 100/2003 Sb.m.s., o sjednání Smlouvy mezi Českou republikou a Slovenskou republikou o zamezení dvojímu zdanění a zabránění daňovému úniku v oboru daní z příjmu a z majetku a Protokolu.

⁵² Evropská komise a ECB začátkem května zveřejnily pravidelnou Konvergenční zprávu, ve které hodnotí hospodářskou a právní konvergenci deseti členských států EU (Bulharsko, Českou republiku, Estonsko, Lotyšsko, Litvu, Maďarsko, Polsko, Rumunsko, Slovensko a Švédsko). Zpráva vyhodnocuje, jak jsou v daných zemích splněna kritéria pro přijetí eura - tzv. maastrichtská kritéria. Z deseti členských států s dočasnou výjimkou ze zavedení eura kritéria splnilo pouze Slovensko. Česká republika aktuálně neplní inflační kritérium a kritérium směnného kurzu. Českou korunu totiž dosud neukotvila k euru v evropském měnovém mechanismu ERM II.

⁵³ Dostupné z: <http://www.businessinfo.cz/cz/clanek/slovensko/komise-doporucila-prijeti-eura-slovensko/1000797/49334/>.

I přes veškeré odlišné vývojové trendy mezi ČR a Slovenskem platí, že zde existuje vzájemná historická a kulturní provázanost a tradice dobré spolupráce, která se přenáší i do oblasti méně prozaické, jakou je podnikání a obchod. Podle aktuálních statistických údajů⁵⁴ je Slovenko po Spolkové republice Německo druhým největším obchodním partnerem České republiky. Jeho současný podíl na celkovém obratu zahraničního obchodu ČR činí 7,2 %.⁵⁵

Z hlediska teritoriální struktury vývozu přímých českých zahraničních investic se Slovensko dlouhodobě řadí mezi nejvýznamnější a nejperspektivnější příjemce.⁵⁶ Český export se v roce 2007 zvýšil v porovnání s rokem 2006 o 18% a dovoz ze Slovenska o 14%. V absolutních číslech dosáhl obrat 345 miliard korun, z toho český vývoz činil 217 miliard korun a dovoz 128 miliard korun. České aktivní saldo tak dosáhlo výše 89 miliard Kč. Pozitivní trend ve vzájemném česko-slovenském obchodu pokračoval i v prvním pololetí 2008.

5. ŽIVNOSTENSKÉ PODNIKÁNÍ V RAKOUSKÉ REPUBLICE

První právní úprava živnostenského podnikání vychází z císařského patentu č. 227/1859, živnostenský řád, platného v Rakousku od 1. května 1860. Jelikož i české království bylo historicky součástí rakouského, později rakousko-uherského, císařství, platil tento živnostenský řád i na našem území⁵⁷ a náš živnostenský zákon vychází z principů, na nichž byl živnostenský řád budován, vychází z jeho systematiky a přejímá většinu v něm pojmenovaných institutů,⁵⁸ pochopitelně ovšem přizpůsobených potřebám současnosti. Není tedy divu, že úprava živnostenského podnikání je v obou státech velmi podobná.

Živnostenské podnikání v Rakouské republice (dále jen „Rakousko“) je upraveno zákonem o živnostenském podnikání Gewerbeordnung 1994. Tento zákon rozlišuje živnosti volné (neregulované, nevyžaduje se profesní zkouška) a vázané-regulované (řemesla

⁵⁴ Základní data o vzájemném obchodu přineslo Ministerstvo průmyslu a obchodu v souvislosti s Česko-slovenským dnem na Mezinárodním veletrhu strojírenství, Brno 2008.

⁵⁵ Mezi hlavní položky českého vývozu do SR patří silniční vozidla, stroje a zařízení, železo a ocel, kovové výrobky, nerostná paliva, chemikálie, průmyslové výrobky a potraviny. Slovenská republika dováží do ČR nejvíce tržní výrobky, nerostná paliva, stroje a zařízení, chemikálie, průmyslové výrobky, potraviny a surové materiály.

⁵⁶ V roce 2006 vyvezla ČR na Slovensko investice za 2,3 miliardy korun, což představuje 7,5% hodnoty všech exportovaných přímých zahraničních investic v daném období. Nejperspektivnějším odvětvím pro investování v SR bude i v dalším období s největší pravděpodobností automobilový průmysl a navazující odvětví výroby. Ten se na exportu průmyslu podílí 30% a dá se očekávat, že se tento trend nezmění. Příchod automobilek následně vyvíjí tlak na rozvoj infrastruktury a bytové výstavby. Dalším atraktivním odvětvím je tak stavebnictví.

⁵⁷ Zrušen byl 1.1.1966, kdy vstoupil v platnost zákon č. 65/1965 Sb., zákoník práce ve znění pozdějších předpisů.

⁵⁸ Živnosti byly rozděleny na svobodné (dnes živnost volná), řemeslné a koncesované, a tyto dále na živnosti výrobní, obchodní a služeb osobních. Tento řád definoval základní instituty živnostenského práva a upravil souhrnně problematiku podnikání po živnostensku, když pojednával o rozdělení živností, o podmínkách provozování živností, o obchodu tržním, o živnostenském pomocnictvu, o společenstvech, o přestupcích a trestech, o zvláštních opatřeních správních a o úřadech a řízeních. Dále živnostenský řád upravoval základní povinnosti a práva osob provozujících živnost, např. stanovil povinnosti při označování provozoven, při oceňování výrobků, při zajišťování hygieny a dozorčím právem byly pověřeny živnostenské úřady. Řád byl i sankčním nástrojem a obsahoval řadu donucovacích prostředků (umožňoval zabavit zboží, zastavit práci strojů, uzavřít provozovnu. Přestupky proti živnostenskému řádu se trestaly důtkou, peněžitou pokutou, vězením až do tří měsíců, odnětím práva mít učedníky či pomocníky nebo odnětím živnostenského oprávnění. Jsou v něm použity pojmy živnostenská policie, policie tržní; zavedl také funkci náměstka, se kterou se lze setkat i v současnosti.

jako např. pekař, řezník, truhlář, další upravené činnosti jako např. maloobchod, obchodní zástupci, fotografové, hotely, restaurace, kosmetičky, pojišťovací agenti, vyžadují se profesní/manažerské zkoušky) jejichž činnost je spojena s prokázáním odborné způsobilosti.⁵⁹ Pro prokázání odborné kvalifikace je nutné obrátit se na rakouské Ministerstvo hospodářství a práce, které uzná kvalifikaci na základě osvědčení o praxi a kvalifikaci vydané Ministerstvem průmyslu a obchodu, odbor živností - týká se převážně řemeslných činností. Každý podnikatel, OSVČ nevyjímaje, má povinnost se zaregistrovat (nahlásit příslušnou podnikatelskou činnost) u místně příslušného městského úřadu a to buď písemně, ústně nebo v případě Vídně elektronicky. Živnost nemůže vykonávat osoba, která není bezúhonná, tzn. osoba, která byla odsouzena za trestní čin k odnětí svobody na dobu minimálně 3 měsíců případně k peněžitému trestu v zákonem dané výši. Zahraniční osoby, které chtějí na území Rakouska vykonávat živnost nikoliv příležitostně, musí mít zde k dispozici provozovnu.

5.1 SVOBODA POSKYTOVÁNÍ SLUŽEB ČESKÝCH PODNIKATELŮ V RAKOUSKU

5.1.1 SMLUVNÍ ZÁKLADNA

Základním smluvním dokumentem je Smlouva o přistoupení České republiky, Estonské republiky, Kyprské republiky, Lotyšské republiky, Litevské republiky, Maďarské republiky, Republiky Malta, Polské republiky, Republiky Slovinsko a Slovenské republiky k Evropské unii.⁶⁰ Její nedílnou součástí je Akt o podmínkách přistoupení České republiky, Estonské republiky, Kyprské republiky, Lotyšské republiky, Litevské republiky, Maďarské republiky, Republiky Malta, Polské republiky, Republiky Slovinsko a Slovenské republiky (dále jen „NČZ“) a o úpravách, na nichž je založena Evropská unie (dále jen „EU“).⁶¹ Dnem 1. 5. 2004 se Česká republika (dále jen „ČR“) stala na základě uvedeného dokumentu plnoprávným členem EU. Pro oblast podnikání se tato skutečnost projevila v následujících ohledech

- a. výměna zboží mezi ČR a jednotlivými členskými zeměmi EU, která probíhá na jednotném vnitřním trhu, se řídí jeho pravidly stanovenými komunitární legislativou. Tzv. vnitrounitní (intra-komunitární) obchod je až na nepatrné výjimky plně liberalizován, jinak řečeno jsou zrušeny všechny tarifní a netarifní překážky bránící přesunům zboží a zboží je přes vnitřní hranice EU převáženo volně. Na celé území vnitřního trhu má veškeré české zboží volný přístup bez cel, poplatků vybíraných obvykle v souvislosti s dovozem nebo vývozem zboží, bez množství omezení, kontrolních režimů a jakýchkoli dalších administrativních řízení vč. pravidelné celní kontroly,
- b. obchodované zboží podléhá dani z přidané hodnoty a spotřební dani, která je legislativně upravena národními předpisy jednotlivých členských států v souladu s příslušnými směrnici ES,

⁵⁹ Vyčet těchto činností lze nalézt na <http://www.no.e.gv.at/Wirtschaft/Gewerbe.htm>.

⁶⁰ Podepsaná 16. 4. 2003 v Athénách; vstup v platnost 1. 5. 2004.

⁶¹ Stanovuje konkrétní podmínky, za nichž přistupují nové země k EU a řeší ostatní technické a jiné otázky související s rozšířením EU.

- c. statisticky je vnitrouijní obchod registrován v rámci systému INTRASTAT. Obchodující subjekty jsou povinny pro potřeby statistiky vyplňovat předepsané výkazy,
- d. komunitárním právem jsou upraveny i další podmínky chování subjektů obchodujících na společném trhu.⁶²

Rakousko je pro české podnikatele a investory atraktivním partnerem, z hlediska vzdálenosti velmi dostupným a z hlediska ekonomického velmi potenciálním. ČR v minulosti dosahovala ve vztahu k Rakousku významného aktiva pouze v nákladní dopravě, které i nadále postupně narůstá. V roce 2007 však bylo poprvé dosaženo aktiva i ve finančních a počítačových službách. Na rozdíl od řady západoevropských zemí však v případě Rakouska ČR zaznamenává významné pasívum v cestovním ruchu, na čemž se rozhodující měrou podílí soukromá turistika, která je pro Rakousko zdaleka největším zdrojem příjmů ve vzájemném obchodě službami. Toto pasívum má dlouhodobě mírně rostoucí tendenci, rok 2007 nebyl výjimkou. Hlavním faktorem způsobujícím celkové hluboké pasívum ČR jsou vedle turistiky i služby obchodní povahy a licenční poplatky. Obchod s nimi je spojen především s přímou aktivitou firem na trhu druhé země, s jejich investicemi a akvizicemi. Rakouské firmy jsou v ČR mnohem aktivnější než je tomu naopak, což s sebou nese i do značné míry jednosměrný obchod s obchodními a finančními službami. Výrazně tomu napomáhá také skutečnost, že přístup k podnikatelům z Rakouska je na straně ČR vstřícnější a liberálnější, co se týká plnění zákonných předpokladů podnikání na našem území.

Vstup České republiky do EU neznamena v oblasti volného pohybu osob a služeb, že již od 1. května 2004 platí úplná volnost pohybu. Na tom nezměnil nic ani přístup ČR k Schengenské dohodě, v jehož důsledku byly koncem roku 2007 odstraněny kontroly na hranicích. V Rakousku sice nelze hovořit ani o obchodních, ani o administrativních překážkách poskytování služeb jako takových s odkazem na univerzální zákaz omezení volného pohybu osob, zboží a služeb na území členských států Evropské unie. Ovšem skutečnou bariérou jsou v rámci přístupové smlouvy vyjednaná přechodná období na volný pohyb pracovních sil a služeb. Rakousko tak uplatňuje ve vztahu k osmi NČZ (s výjimkou Malty a Kypru) od počátku rozšíření EU omezení volného pohybu pracovníků, tzn. omezuje právo českého (dále jen čs.) zaměstnance vykonávat v Rakousku závislou činnost pro rakouského zaměstnavatele, a omezení volného pohybu služeb, tzn. omezení vysílání zaměstnanců českého podnikatele do Rakouska v určitých odvětvích, až do 1. května 2009, nejpozději však až do 1. května 2011.

5.1.2 VYHODNOCENÍ ZÁJMU ČESKÝCH POSKYTOVATELŮ SLUŽEB O TERITORIUM, JEJICH PERSPEKTIVY V OBLASTI SLUŽEB A POPTÁVKY PO ČESKÝCH SLUŽBÁCH

Na rakouském trhu působí především podnikatelé z oboru dopravy, méně cestovního ruchu.⁶³ Naše živnostenské úřady zaznamenávají velký zájem zejména ze strany podnikatelů z oboru stavebnictví a příbuzných odvětví, kde však narážejí na existenci přechodného období na volný pohyb pracovních sil a služeb, jež fakticky znemožňuje export těchto služeb do

⁶² Jedná se především o společné technické normy, jednotnou úpravu odpovědnosti za výrobky, jednotnou úpravu hospodářské soutěže, úpravu poskytování subvencí a dotací nebo ochranu duševního vlastnictví a další méně významné oblasti.

⁶³ Jde např. o ČSA, ČD, Čedok, Moravia Trade Trans.

Rakouska. Postupně narůstá zájem o zakládání maloobchodního prodeje. Zájem poskytovatelů služeb o rakouský trh je však celkově zatím podstatně menší než u výrobců zboží.

Obdobně jako v případě nabídky českých podnikatelů je ze strany rakouských subjektů největší zájem o služby ve stavebnictví a příbuzných oborech a v dopravě. Poměrně často jsou poptávány personální, reklamní a PR agentury. Velký zájem je rovněž o služby polygrafické, zdravotnické, opravárenské, dále také o catering s o projekční, konstrukční a inženýrské činnosti. Samostatnou kapitolou je domácí péče o nemocné a seniory, po níž je velká poptávka.

Perspektivním oborem pro české podnikatele je především stavebnictví a příbuzné obory po uplynutí zmíněných přechodných období. Možnosti skýtá i oblast cestovního ruchu, a to jak s využitím rostoucího zájmu českých občanů o Rakousko (zejména v zimní sezóně), tak i rostoucího zájmu rakouských turistů o ČR. Příležitosti v oblasti dopravy jsou českými podnikateli dobře využívány, další impuls lze očekávat uplynutím přechodného období na kabotáž.⁶⁴ Obecně platí, že perspektivu mají ty služby, kde nemusí docházet k pracovnímu výkonu na území Rakouska - jedná se o služby technických, inženýrských, projekčních a konstrukčních kanceláří, služby výpočetní techniky apod.

5.1.3 PODMÍNKY ZAMĚSTNÁVÁNÍ CIZINCŮ A MÍSTNÍCH SIL

Rakousko si velmi intenzivně chrání svůj trh pracovních sil.⁶⁵ Nezaměstnanost je zde v porovnání s ostatními zeměmi Evropy poměrně nízká. Hospodářská sféra navíc stále silněji upozorňuje na skutečnost, že v mnoha oborech má Rakousko akutní nedostatek pracovních sil a podle demografického vývoje nelze očekávat do budoucna zlepšení z vlastních zdrojů.

Přijatá opatření umožňující legální zaměstnávání osob z nových členských zemí EU v určitých oborech (týká se to domácích ošetřovatelek a 64 dalších profesí, zejména dělnických) vůči nimž je uplatňováno přechodné období na volný pohyb pracovních sil, potvrzují, že v některých oborech je nedostatek pracovních sil již akutní. Nicméně **Rakousko oficiálně prodloužilo přechodné období na volný pohyb pracovních sil o další tři roky do r. 2009 a je velmi pravděpodobné, že bude využita maximálně možná délka, tedy až do r. 2011.** Při srovnání podmínek pro občany třetích zemí a občany NČZ o pracovní povolení, dostává se občanům NČZ jediné výhody, a to v případě střetu uchazeče ze třetí země a uchazeče z NČZ o totéž místo (po překonání různých „bariér“), dostane přednost uchazeč z NČZ.

5.1.4 VOLNÝ POHYB ZAMĚSTNANCŮ A SVOBODA POSKYTOVÁNÍ SLUŽEB

Podnikatelé musejí především rozlišovat mezi volným pohybem zaměstnanců a svobodou poskytování služeb; i když se jedná o dvě provázané oblasti, jsou to i oblasti relativně samostatné, pro něž platí v Rakousku odlišná právní úprava.⁶⁶

⁶⁴ Kabotáž znamená provozování vnitrostátní nákladní silniční dopravy ve státě, v němž dopravce nemá pobočku (může se vztahovat i na dopravu lodní a leteckou).

⁶⁵ V Rakousku je stanoveno tzv. Bundeshöchstzahl, které udává maximální možné procento zaměstnaných cizinců jako 8% celkové pracovní síly v Rakousku.

⁶⁶ Čerpáno z: <http://www.businessinfo.cz/>.

Jak již bylo řečeno výše, volný pohyb zaměstnanců, tzn. právo českého (dále jen čs.) zaměstnance vykonávat v Rakousku závislou činnost a nechat se zaměstnat v rakouském podniku, je dočasně velmi omezen, třebaže průběžně dochází k úlevám. Určitá liberalizace platí od 1. ledna 2008 na základě nařízení o kvalifikovaných pracovních silách 2008. Stejně jako dříve existují pro čs. zaměstnance, kteří chtějí v Rakousku vykonávat závislou činnost, jistá zaměstnanecko-právní omezení.⁶⁷

Čeští zaměstnanci (kromě zvláštních klíčových pracovníků pro pozice jednatelů a členů představenstva s měsíční minimální mzdou ve výši cca. EUR 4 650) nejsou vyňati ze zákona o zaměstnávání cizinců (Ausländerbeschäftigungsgesetz, dále jen „AuslBG“).⁶⁸, ⁶⁹ Pro zaměstnání v Rakousku potřebují nadále podle AuslBG zaměstnanecko-právní titul. Při připuštění na trh práce však musí mít přednost před příslušníky třetích států.⁷⁰

Nařízení o kvalifikovaných pracovních silách 2008,⁷¹ usnadňuje kvalifikovaným čs. zaměstnancům, kteří mohou předložit odpovídající doklad o svém vzdělání a profesní zkušenosti, přístup na rakouský trh práce. To se týká např. profesí jako zedník, tesař, betonář, kameník, pokrývač, pokladač podlah a potěrů, obkladač, klempíř, strojírenský technik, konstruktér zemědělských strojů, elektroinstalatér, výpočetní technik (se středním a vyšším vzděláním), servisní technik (se středním a vyšším vzděláním), mzdový účetní, pojišťovací makléř a pojišťovací agent, kuchař.⁷² Výhoda čs. zaměstnanců v těchto profesích spočívá v tom, že jim může být uděleno potřebné povolení k zaměstnání⁷³ bez ohledu na jinak platnou kvótu. Nadále bude sice aplikována tzv. metoda náhradních sil, podle níž Rakušanovi registrovanému jako nezaměstnaný bude v případě potřeby dána přednost před čs. zaměstnancem.⁷⁴

Povolení k zaměstnání mohou být dle nařízení o kvalifikovaných pracovních silách 2008 udělena na dobu 52 týdnů. To znamená, že příslušný čs. zaměstnanec bude požívat zcela svobody pohybu, a bude tedy smět vykonávat v celé EU jakoukoliv závislou činnost. Takto jednou získané právo je časově neomezené, zanikne však, pokud příslušná osoba opustí

⁶⁷ I přes tuto situaci však lze spatřovat určité pozitivní změny v přístupu na rakouský trh práce pro české občany. 1. 1. 2006 byla zahájena praktická realizace dvou bilaterálních dohod mezi vládou České republiky a vládou Rakouské republiky o výměně zaměstnanců za účelem rozšíření jejich odborných a jazykových znalostí a o zaměstnávání občanů v příhraničních oblastech, neboli dohoda o zaměstnávání pendlerů.

⁶⁸ § 32a odst. 1 ve spojitosti s § 1 odst. 2 písm. l, m) AuslBG.

⁶⁹ Čeští zaměstnanci, kteří k 1. květnu 2004 v Rakousku již pracovali a splnili předpoklady pro osvobození listinu (Befreiungsschein - § 15 AuslBG) nebo byli již 5 let trvale v Rakousku usídlení a disponovali řádným příjmem z povolené výdělečné činnosti, mají v Rakousku volný přístup na trh práce. Tuto skutečnost museli doložit na základě písemného potvrzení rakouského úřadu práce (§ 32a odst. 2 až 4 AuslBG).

⁷⁰ To platí jak pro normální povolovací postup (§ 4b odst. 1, 2. věta AuslBG), tak i pro časově omezené povolení v rámci zvláštních kontingentů (§ 5 odst. 3, 2. věta AuslBG).

⁷¹ Nařízení č. 350/2007 Sbírky zákonů Rakouské republiky, o překročení spolkového limitu pro zaměstnávání cizích kvalifikovaných sil, platnost od 1. ledna 2008; rozšířeno nařízením č. 224/2008 platným od 1. července 2008.

⁷² Příslušný formulář „AMS Vídeň“ je ke stažení na http://www.ams.at/_docs/Fachkraefte-Zulassung_1-2008_V01_00.pdf.

⁷³ Beschäftigungsbewilligung.

⁷⁴ Uvedených profesí je v Rakousku nedostatek, proto lze očekávat, že se v dohledné době nebude dostávat rakouských pracovních sil.

Rakousko - nikoliv pouze dočasně (např. dovolená), ale přemístí-li své bydliště opět do ciziny.⁷⁵

V rámci kontingentu může být čs. zaměstnancům umožněn přístup na trh práce jako tzv. klíčovým silám při závislé činnosti (pro vedoucí pozice s měsíční minimální mzdou ve výši cca. EUR 2 358 - § 2 odst. 5 ve spojitosti s § 32a odst. 8 AuslBG).⁷⁶

Z důvodu volného pohybu osob na území EU již nepotřebují čs. zaměstnanci pochopitelně žádný pobytový titul (např. vízum).

V žádném případě – tedy ani při nepovolené činnosti v Rakousku – nesmějí být čs. státní občané z Rakouska vyhoštěni nebo jim nesmí být bráněno při vstupu do země. V Rakousku proti nim může být pouze zahájeno trestně-správní řízení.

V rámci „omezené“ svobody poskytování služeb⁷⁷ v Rakousku je pro živnostenskou a obchodní činnost a svobodná povolání poskytovaná bez založení provozovny/pobočky nebo dceřiné společnosti zapotřebí rozlišit tři případy, a sice

a. vyslání čs. zaměstnanců s omezením,

b. vysílání čs. zaměstnanců bez omezení,

c. poskytování služeb přes hranici čs. osobami samostatně výdělečně činnými – OSVČ,

přičemž určité hospodářské činnosti⁷⁸ jsou omezeny a čs. podniky je mohou nabízet do Rakouska přes hranici jen za předpokladu, že čs. firma získala pro své čs. zaměstnance, kteří mají být vysláni do Rakouska, od příslušného místního úřadu práce na základě žádosti odpovídající povolení k vyslání nebo dokonce povolení k zaměstnání.

Ad a) Pokud chce čs. podnikatel vyslat do Rakouska čs. zaměstnance pro vykonávání činností - poskytování zahradnických služeb, zpracování a opracování přírodních kamenů, výroba ocelových konstrukcí a konstrukcí z lehkých kovů, strážní a ochranné služby, čistící práce, sociální péče, pak potřebuje povolení k vyslání.⁷⁹ Žádost musí podat rakouský podnikatel pro každého jednotlivého čs. zaměstnance, který má u něho pracovat pro čs. podnikatele. Žádost se musí podat na regionální pobočce místního úřadu práce,⁸⁰ na jejímž území leží

⁷⁵ Tutéž volnost pohybu smí nárokovat také manžel/ka a děti (zvýhodněné osoby); také oni smí pracovat v Rakousku libovolně a neomezeně. Pro děti to platí do 21 let věku, pokud mají společně bydliště s rodiči, kteří jim poskytují výživné.

⁷⁶ K tomu další informace na: http://www.ams.at/_docs/Schlueselkraefte_08.pdf.

⁷⁷ Vyslání čs. zaměstnanců do Rakouska k realizaci zakázek (např. montáže) je v prvních 5 letech (možná dokonce v 7 letech) od vstupu ČR do EU přípustné pouze s omezením. V jednotlivých případech záleží na konkrétní hospodářské činnosti čs. podnikatele, která se posuzuje podle evropské klasifikace hospodářských činností (NACE) a dle doby trvání činnosti v Rakousku.

⁷⁸ ÖNACE 2003 - Rakouská klasifikace hospodářských činností.

⁷⁹ Entsendebewilligung - § 18 odst. 11 AuslBG. Další informace v češtině o povolení k vyslání jsou ke stažení na http://www.ams.at/_docs/DienstleistungenUnternehmenneueEU_CZ.pdf. Interaktivní formulář naleznete na http://www.ams.at/_docs/Antrag_Entsendebewilligung_A_6_1-2006_V04-05.pdf.

⁸⁰ Arbeitsmarktservice – AMS.

předpokládané místo výkonu práce. Povolení k vyslání smí být uděleno v jednotlivých případech nejdéle na dobu čtyř měsíců, pokud práce na příslušném projektu netrvaly déle než 6 měsíců. Při delším trvání se musí žádat o povolení k zaměstnání (viz dále).

Na hospodářské činnosti třídy 45 - přípravné práce na staveništích, inženýrské a pozemní stavitelství, stavební instalace, vnitřní (dokončovací) a pomocné stavební práce - nesmí být uděleno žádné povolení k vyslání, a to i v případě kratšího trvání projektu. V těchto případech potřebuje každý čs. zaměstnanec, který má být vyslán čs. podnikatelem, povolení k zaměstnání.⁸¹

Ad b) Pro všechny ostatní hospodářské činnosti existuje v podstatě od 1. května 2004 úplná svoboda poskytování služeb. Ovšem čs. podnikatel musí podle živnosti splňovat předpoklady pro čs. osoby samostatně výdělečně činné (dále též „OSVČ“) uvedené níže. Pokud chce čs. podnikatel vyslat do Rakouska čs. zaměstnance, který má státní občanství nového členského státu (např. ČR, ale ne jen nutně ČR), musí vysílající čs. podnikatel s určitými přílohami písemně oznámit vyslání⁸² před zahájením prací místnímu úřadu práce, který musí ve lhůtě 2 týdnů potvrdit toto oznámení prostřednictvím potvrzení k vyslání EU.^{83, 84} Lze více než doporučit, aby čs. podnikatel vyčkal vydání potvrzení, a až poté zahájit vyslání,⁸⁵ neboť potvrzení může být odmítnout, pokud nejsou splněny určité předpoklady - cizinec, který má být vyslán, musí být v ČR řádně a právoplatně zaměstnán u vysílajícího čs. podniku po dobu delší, než je doba vyslání a musí být dodrženy rakouské mzdové⁸⁶ a pracovní podmínky (odměna přibližně odpovídající kolektivní smlouvě a odpovídající dovolená), jakož i právní předpisy o sociálním pojištění (formulář E 101 o prokazatelném sociálním pojištění v ČR), obě potvrzení musí být ověřeně přeložena do němčiny.⁸⁷ Potvrzení k vyslání EU platí na dobu vyslání čs. zaměstnance. Vyslané čs. zaměstnance nadále platí čs. zaměstnavatel; jejich mzda je zdaněna v ČR; jsou a zůstanou sociálně pojištěni v ČR a nepotřebují v Rakousku během doby potvrzeného vyslání žádný pobytový titul.

⁸¹ Beschäftigungsbewilligung. Toto povolení lze díky nařízení o kvalifikovaných pracovních silách 2008 získat podstatně jednodušším způsobem než dříve.

⁸² Vyslání – Entsendung - čs. zaměstnanců na základě formulář, který je dostupný z http://www.ams.at/_docs/Anzeige_EU_Entsendung_A_1_1-2006_V04-06.pdf; informace v češtině dostupné na http://www.ams.at/_docs/DienstleistungenUnternehmenneueEU_CZ_08.pdf).

⁸³ EU-Entsendebestätigung.

⁸⁴ Vysílající čs. zaměstnavatel (podnikatel) by měl vhodným způsobem prokázat (včetně ověřeného překladu do němčiny), že jeho činnost, kterou chce v Rakousku vykonávat prostřednictvím vyslaných zaměstnanců, patří podle klasifikace NACE k plně volným službám. K tomu by měl předložit rakouskému úřadu práce (AMS) originál (nebo ověřenou kopii) včetně překladu jeho/jejich čs. živnostenského listu/živnostenských listů společně s oznámením (Entsendung viz výše). Jako doplněk by mohlo být užitečné také potvrzení místně příslušné hospodářské komory v ČR o druhu vykonávané činnosti, což urychlí vystavení potvrzení k vyslání EU. Čs. podnikatel by měl dále předložit jako důkaz o existenci podniku ověřený výpis z čs. obchodního rejstříku včetně ověřeného překladu do němčiny. To sice zákon výslovně nevyžaduje, ale mohlo by to být požadováno správní praxí.

⁸⁵ Při prokazování řádného ohlášení by mohlo dojít k potížím s kontrolním úřadem (Kontrola ilegální práce zaměstnanců - Kontrolle illegaler Arbeitnehmerbeschäftigung - KIAB).

⁸⁶ Existuje výjimka z dodržování rakouské mzdové úrovně pro určité montážní práce a opravy v souvislosti s dodávkami strojů a zařízení tuzemskému (tj. rakouskému) zákazníkovi, pokud tyto práce trvají nejvýše 3 měsíce a nemohou být provedeny tuzemskými (tj. rakouskými) zaměstnanci.

⁸⁷ Čs. zaměstnanec musí dostat jedno vyhotovení potvrzení formuláře E 101, které musí mít vždy u sebe, aby ho mohl předložit při kontrole.

Ad c) OSVČ, které mají sídlo v ČR (nebo v jiném starém nebo novém členském státě EU) a tam disponují příslušným živnostenským oprávněním, mohou poskytovat svoje služby samostatně, tedy bez vyslání závislých zaměstnanců, dočasně a příležitostně v každé jiné členské zemi EU již od 1. května 2004. Protože nevysílají žádné zaměstnance, nepotřebují žádné potvrzení k vyslání EU, a neexistuje – ani ve stavebnictví - žádné omezení u hospodářských činností podle klasifikace NACE, jak je uvedeno výše.

Pokud je činnost OSVČ v ČR regulována nebo pokud mimo to vykonávala činnost v ČR minimálně 2 roky během posledních 10 let, nemusí čs. OSVČ podat v Rakousku žádný důkaz o způsobilosti. Předpokládá se pouze, že čs. OSVČ před prvním poskytnutím služby v Rakousku zašle písemné oznámení Spolkovému ministerstvu hospodářství a práce (dále jen „Ministerstvo“),⁸⁸ a předloží potřebné doklady.^{89, 90}

Ministerstvo musí potvrdit žadateli během měsíce příjem oznámení, eventuálně mu sdělit, zda je (výjimečně) požadována zkouška způsobilosti nebo přírůbovací kurz; důvodem může být například skutečnost, že konkrétní činnost v Rakousku vyžaduje vyšší stupeň odbornosti, delší studijní program. Pokud během dvou měsíců zůstane nečinné, může být činnost vykonávána. Z tohoto důvodu lze doporučit, aby oznámení bylo podáno dva měsíce před zahájením oznamované činnosti. Bude-li OSVČ vykonávat činnost déle než rok, musí oznámení opakovat v každém roce své podnikatelské činnosti.⁹¹

Pokud je činnost v ČR volnou živností, nemusí čs. OSVČ podávat žádné oznámení a předmětnou činnost smí vykonávat ihned a bez formalit.⁹² Ministerstvo však může stanovit svým nařízením výjimky a volné živnosti, které by mohly ohrozit bezpečnost, zdraví, životní prostředí nebo veřejný pořádek, podrobit výše popsané oznamovací povinnosti.

Pokud čs. OSVČ zamýšlí v Rakousku vykonávat trvale (nikoliv dočasně a příležitostně, formou pobočky) živnost, která je v ČR regulována, musí ve vztahu k Ministerstvu prokázat odpovídající odbornou způsobilost. K tomu předloží osvědčení EU o živnostenském oprávnění vystavené v ČR. Následně může nastat dvojí situace

1. pokud z předloženého živnostenského oprávnění a z dalších předložených dokladů o vzdělání a délce praxe vyplyne, že v ČR prokázaná způsobilost koresponduje

⁸⁸ Bundesministerium für Wirtschaft und Arbeit, adresa: Stubenring 1, 1010 Wien, www.bmwa.gv.at, formulář „Dienstleistungsanzeige“.

⁸⁹ Průkaz o státní příslušnosti, osvědčení z ČR o sídle v ČR jakož i o druhu a oprávnění k činnosti v ČR (také u společností), důkaz o profesní kvalifikaci (také u společností), eventuální důkaz o dvouletém vykonávání činnosti v ČR, u bezpečnostních živností (detektiv, ostraha, zbraně, zabezpečovací systémy) výpis z trestního rejstříku.

⁹⁰ U vázaných činností, s nimiž je spojeno obzvláštní riziko, musí BMWA ještě prověřit, zda se v důsledku chybějící profesní kvalifikace není třeba v Rakousku obávat újmy na zdraví a bezpečnosti. BMWA může popřípadě potom požadovat zkoušku způsobilosti nebo přírůbovací kurz v Rakousku. Dále může BMWA u určitých, tzv. „citlivých“ činností požádat o předložení dodatečných dokladů, resp. o důkaz o způsobilosti.

⁹¹ Ministerstvo má povinnost zveřejňovat na internetu příslušné kontaktní údaje a druh činnosti u všech podnikatelů, kteří překročili k takovému oznámení.

⁹² Lze doporučit, aby čs. OSVČ měla vždy u sebe kopii čs. živnostenského oprávnění (včetně překladu do němčiny), jakož i potvrzení o sociálním pojištění z ČR (formulář E 101).

s rakouskými požadavky, potom se rozhodnutím uzná zahraniční živnostenské oprávnění,⁹³

2. pokud by tomu tak nebylo, musí OSVČ úspěšně vykonat srovnávací zkoušku svých znalostí a schopností. Tento postup je časově náročný; o žádosti musí Ministerstvo rozhodnout během 4 měsíců.⁹⁴

V obou případech je zapotřebí k žádosti připojit (vždy v originále nebo v ověřené kopii včetně ověřeného překladu do němčiny) průkaz o občanství EU/EHP, výpis z rejstříku trestů (ne starší 3 měsíců), potvrzení EU (EU-Bescheinigung), jiné doklady o kvalifikaci (živnostenské oprávnění, školní a závěrečná vysvědčení), potvrzení o sociálním pojištění v ČR (formulář E101), na jehož základě nemusí OSVČ v Rakousku platit příspěvky na sociální pojištění.⁹⁵

5.1.5 NĚKOLIK POZNÁMEK K DAŇOVÝM POVINNOSTEM, POSUZOVÁNÍ SAMOSTATNOSTI NEBO ZÁVISLOSTI OSOBY POSKYTUJÍCÍ SLUŽBY PŘI VÝKONU ČINNOSTI, PROVOZOVNA/POBOČKA ČS. PODNIKATELE V RAKOUSKU⁹⁶

Pokud je čs. OSVČ v průběhu roku činná v Rakousku více než 183 dní v roce, potom její příjmy⁹⁷ podléhají rakouské daňové povinnosti⁹⁸ v Rakousku, neboť se v tomto případě předpokládá, že má v Rakousku provozovnu (viz níže). V oblasti daňové se aplikuje mezi Českou republikou a Rakouskem Smlouva o zamezení dvojího zdanění v oboru daní z příjmu a z majetku.⁹⁹

Čs. OSVČ je v Rakousku povinná k dani z obratu¹⁰⁰ teprve tehdy, když obrat přičtený rakouské provozovně (bez daně z obratu) přesáhl v právě uplynulém kalendářním roce částku EUR 30.000,00. Roční daňové přiznání je však třeba odevzdat již při překročení obratu ve výši EUR 7.500,00. Potom také vzniká právo na odpočet daně,¹⁰¹ tedy daně z obratu, kterou vyfakturoval jiný rakouský podnikatel. Žádost o přidělení daňového čísla je zapotřebí podat u Finančního úřadu města Graz.

Pokud nemá čs. OSVČ v Rakousku žádné sídlo/bydliště a žádnou provozovnu, může podat pro celé území Rakouska u příslušného Finančního úřadu Graz-město¹⁰² žádost o náhradu

⁹³ Tiskopis žádosti je ke stažení na <http://www.bmwa.gv.at/schwerpunkte/unternehmen/diplomanerkennung>.

⁹⁴ Tiskopis žádosti je ke stažení na <http://www.help.gv.at/linkhelp/besucher/db/formularauswahl.formular?id=3203>.

⁹⁵ Čs. OSVČ, pokud je činná v Rakousku, by měla nosit u sebe pas, živnostenský list, uznávací potvrzení nebo potvrzení o rovnocennosti, stejně jako potvrzení o sociálním pojištění (E101) v originále/ověřené kopii včetně ověřeného německého překladu, Evropský průkaz zdravotního pojištění.

⁹⁶ Čerpáno z: <http://www.mzv.cz/> a <http://www.businessinfo.cz/Schmidtmayr/Sorgo/WankeRechtsanwaelteOEG>.

⁹⁷ Pod příjmy se rozumí rozdíl mezi tržbami a náklady, které se přičítají provozovně.

⁹⁸ Einkommensteuer.

⁹⁹ 31/2007 Sb.m.s., o sjednání Smlouvy mezi Českou republikou a Rakouskou republikou o zamezení dvojímu zdanění a zabránění daňovému úniku v oboru daní z příjmu a z majetku a Protokolu.

¹⁰⁰ Umsatzsteuer.

¹⁰¹ Vorsteuer.

¹⁰² Graz-Stadt – Referat für ausländische Unternehmer – referát pro zahraniční podnikatele.

zaplacené daně z obratu.¹⁰³ Žádost je však zapotřebí podat do konce června následujícího roku.

Při přeshraničním poskytování služeb se OSVČ nemusí nahlašovat na pracovním úřadě. Pokud však délka pobytu překročí jeden měsíc, OSVČ by se měla přihlásit na místní úřadovně policie. Přesáhne-li délka pobytu tři měsíce, musí požádat na místní úřadovně policie o povolení k pobytu. Musí také věnovat pozornost limitům pro povinné odvádění DPH. Je-li délka pobytu za účelem poskytování služby kratší než jeden rok, platí OSVČ sociální a zdravotní pojištění v ČR.

Pokud se více OSVČ sloučí do pracovního společenství¹⁰⁴ a pracují zejména v chráněných oblastech (stavební a pomocné živnosti), potom by to mohlo být považováno za obcházení svobody poskytování služeb ze strany OSVČ; společnost by musela v Rakousku zřídit pobočku a jejím nutným předpokladem je existence právnické osoby v ČR.

Při vykonávání samostatné činnosti čs. OSVČ v Rakousku, která podle její vnější formy odpovídá závislé činnosti (dělník, úředník), protože je vykonávána v časové, místní a/nebo hospodářské závislosti, je třeba vzít v úvahu vedle živnostensko-právní stránky také stránku pracovněprávní. Samostatně vykonávané činnosti např. hospodyň, uklízeček či doplňovačů zboží mohou být podle okolností zařazeny buď jako závislé činnosti podléhají povolení nebo jako volné samostatné práce. Shledaly-li by místní kompetentní úřady¹⁰⁵ v konkrétním případě samostatného poskytování služeb převahu závislé formy projevu činnosti,¹⁰⁶ mohly by požadovat povolení k zaměstnání,¹⁰⁷ neboť v tomto případě nadále neexistuje volný pohyb pracovních sil. Stejně tak nelze doporučit, aby smlouva s rakouským subjektem, na jejímž základě bude poskytována služba, byla sjednána hodinová či jinak časově vymezená mzda; naopak lze doporučit sjednat odměnu za určitý výkon apod.

Česká OSVČ si může k poskytování svých služeb zřídit v Rakousku provozovnu nebo pobočku, je-li živnostenské oprávnění uznáno za rovnocenné. V opačném případě má možnost jmenovat jako jednatele pobočky odpovědného za živnostensko - právní stránku třetí osobu, která splňuje příslušné živnostensko-právní předpoklady.

Provozovna musí být zřízena v případě, že čs. podnikatel je v Rakousku činný více než 183 dní ročně nebo zde má prokazatelně své sídlo nebo stálou provozovnu (např. sklad, kancelář atd.), odkud vykonává svou činnost. Z praxe vyplývá, že kdo v Rakousku pravidelně poskytuje své služby více dní v týdnu, neobejde se bez provozovny/pobočky, neboť v případě pochybnosti považují místní úřady skutečné místo pobytu podnikatele za provozovnu. Vedle zmíněných živnostensko - právních následků by to ale také znamenalo povinnost zdanění příjmů a daně z obratu v Rakousku ze zisků resp. obrátů docílených v provozovně. Přesně určit, kdy je služba poskytována "přes hranici", resp. kdy je třeba zřídit provozovnu, lze

¹⁰³ Formulář je ke stažení na <http://formulare.bmf.gv.at/service/formulare/BMF/Umsatzsteuererklaerung/2003/U5.pdf>.

¹⁰⁴ Arbeitsgemeinschaft, ARGE.

¹⁰⁵ Inspektorát práce, KIAB a místní úřad práce, AMS.

¹⁰⁶ Pokud někdo vykonává u stejného objednatele stejné práce (podnikatel OSVČ se stará o chod domácnosti objednatele), potom je ve skutečnosti jeho zaměstnancem a nikoliv podnikatelem OSVČ poskytující své služby.

¹⁰⁷ Beschäftigungsbewilligung.

pouze posouzením každého jednotlivého případu. Přitom záleží na druhu a rozsahu činnosti.¹⁰⁸

6. SPOLEČNÁ POZNÁMKA PŘED ZÁVĚREM

Dne 12. prosince 2006 byla schválena směrnice 2006/123/ES o službách na vnitřním trhu. Směrnice usiluje o odstranění stávajících bariér a usnadnění volného pohybu služeb v rámci vnitřního trhu EU. Vztahuje se jak na oblast usazování, tak dočasného přeshraničního poskytování služeb. Směrnice musí být implementována do národního právního řádu do konce roku 2009.

Rozsah působnosti směrnice obecně je klíčem k celému dalšímu obsahu komunitárního aktu; proto ustanovení o rozsahu a působnosti komunitárních aktů bývají často předmětem tvrdých sporů mezi zastánci a odpůrci toho kterého nařízení či té které směrnice.¹⁰⁹ I v případě této směrnice se manipulace s oblastí její působnosti stala jedním ze zásadních střetů mezi liberálně¹¹⁰ a konzervativně¹¹¹ uvažujícími státy. Druhá skupina jmenovaných států, prosadila nakonec nepoměrně širší omezení rozsahu aplikace směrnice, než by se liberálně smýšlejícím státům líbilo.

Jaká je tedy aktuální podoba rozsahu směrnice, které služby se její úpravou budou řídit a které nikoli? Pro názornost lze rozdělit vyloučené služby do dvou skupin. Jednak jsou to ty, jejichž vyloučení je založeno na argumentu, že potřebná komunitární úprava již existuje a případné ponechání těchto služeb v rozsahu směrnice by pouze vedlo k složitě řešitelným otázkám o vztahu speciality a subsidiarity relevantních předpisů. Jedná se o elektronické komunikační služby a finanční služby. Druhá skupina vyloučených služeb jsou pak ty služby, u nichž mohla vzniknout obava,¹¹² že by byl jejich volný pohyb neslučitelný s dodržováním určitých kulturních či právních, standardů. Druhá skupina vyloučených služeb se postupně rozrostla a její aktuální výčet tak tvoří: agentury zprostředkování práce, zdravotnické služby, audiovizuální služby, hazardní hry, sociální služby a soukromé bezpečnostní služby.¹¹³

Další vyloučené služby jsou pak ty, které souvisejí s výkonem veřejné moci. Mezi tyto služby směrnice řadí i některé činnosti poskytované notáři a soudními vykonavateli — jejich povaha jako služeb je sice i v komunitárním prostředí nesporná, jsou však vyloučeny již primárním právem. Proto jejich výslovné vyloučení ve směrnici nepředstavuje zásadní změnu oproti dosavadnímu stavu.

¹⁰⁸ Kdo např. vykonává služby pro různé zákazníky většinu dní v týdnu po delší dobu, aniž by se mezitím vrátil do ČR, si musí nechat zřídit provozovnu v Rakousku. Protože po tuto delší dobu může vykonávat svoji činnost jenom z místa stálé provozovny. Trvalá „kočovná práce“, tedy bez provozovny, by byla podle okolností opět vlastní živností a vyžadovala by odpovídající živnostenské oprávnění.

¹⁰⁹ Nesouhlasící státy totiž často vidí v příležitosti omezení rozsahu legislativního instrumentu možnost, jak ještě na poslední chvíli "strhnout kormidlo" na tu správnou, tedy jim vyhovující, stranu.

¹¹⁰ Státy jimž by vyhovoval co nejširší rozsah směrnice (i ČR).

¹¹¹ Státy, jimž by přílišná liberalizace trhu se službami nevyhovovala — především s ohledem na domácí politickou situaci (např. Francie).

¹¹² Tuto obavu vyjadřovaly konzervativní státy.

¹¹³ Stranou tohoto výčtu stojí služby obecného zájmu nevýdělečné povahy, jež jsou rovněž *expresis verbis* vyloučeny, jejich povaha jako služeb ve smyslu komunitárního práva je ovšem tak jako tak sporná.

Česká Republika vystupovala od počátku vyjednávání na straně států usilujících o maximální liberalizaci volného pohybu služeb. Výjimkou je snad jen oblast hazardních her a daní, jejichž vyloučení z oblasti působnosti ČR prosazovala. Proti koalici tzv. starých členských států se ovšem liberální pohled nově přistoupěných zemí nepodařilo zcela prosadit. Přesto je možné jmenovat i některé zásadní úspěchy, jako například konečné vyškrtnutí služeb veřejného hospodářského zájmu ze seznamu vyřazených oblastí, na kterém má ČR rovněž zásadní zásluhu (v konkrétním případě se může jednat například o služby související s ochranou životního prostředí a jiné).¹¹⁴

Státům EU tedy běží transpoziční lhůta, na jejímž konci by evropská Komise měla shledat směrnici korektně implementovanou. Jako reakci na to schválila Vláda České republiky dne 25.4.2007 materiál "Směrnice 2006/123/ES o službách na vnitřním trhu a její implementace", tedy jakýsi návod odpovídající na otázku, jakým způsobem bude směrnice implementována v českých podmínkách.

7. ZÁVĚR

Právní úprava živnostenského podnikání, resp. živnostenský zákon, není co do interpretace za strany odborné veřejnosti dlouhodobě středem pozornosti; nepatří mezi vyhledávaná a už vůbec ne oblíbená témata odborných úvah či rozprav. Nechám-li ale hovořit fakta - statistické údaje zveřejněné k 31. prosinci 2007, podle kterých byly evidovány bez mála 4 miliony platných živnostenských oprávnění (nejvíce pro živnosti volné, nejméně pro koncese) vydaných pro přibližně 2 miliony podnikatelů (převažují fyzické osoby nad právníckými zhruba v poměru 7:1) z celkového počtu obyvatel přesahujícího 10 milionů 300 tisíc, tedy z 1000 obyvatel je přibližně 198 podnikatelů, přičemž na každého podnikatele připadnou téměř dvě živnostenská oprávnění - nelze pochybovat o tom, že živnostenský zákon hraje důležitou roli v právní regulaci a jeho vliv je celospolečenský.¹¹⁵

Novela živnostenského zákona si jistě zaslouží být označena přívlastky zjednodušující, zpřehledňující, usnadňující. Nicméně se nevyhnula některým formulačním nedostatkům až „nelogismům“. Celkový dobrý dojem, který vyvolala jak u odborné právní a podnikatelské veřejnosti, však poněkud snižuje skutečnost, že se dostalo ŽivZ od data její platnosti - a to i na vzdory proklamaci jejího předkladatele (Ministerstvo průmyslu a obchodu ČR) o tom, že by si živnostenský zákon neměl vyžádat další změny v horizontu alespoň jednoho roku¹¹⁶ - již další a dokonce opakované novelizace. Jestliže by se dvě pozdější novely daly označit za „kosmetické“,¹¹⁷ pak tu v pořadí třetí – zákon č. 274/2008 Sb., kterým se mění některé zákony v souvislosti s přijetím zákona o Policii ČR, takto označit nelze, když vedle i jiných změn přináší s účinností od 1.ledna 2009 znění dvou nových ustanovení týkajících se koncesí, a to § 6a a § 31a.

¹¹⁴ <http://www.mpo.cz/>.

¹¹⁵ Statistika Ministerstva průmyslu a obchodu ČR. Dostupná z: <http://www.rzp.cz/statistiky.html/>.

¹¹⁶ „Ministr také slibuje, že by se minimálně rok po schválení navrhované novely neměl živnostenský zákon novelizovat.“ Bohutínská, Jana. Novela živnostenského zákona: „Živnostňáky v koši neskončí [citováno 11. října 2008]. Dostupný z: <http://www.podnikatel.cz/clanky/novela-zivnostenskeho-zakona/>.

¹¹⁷ Zákon č. 189/2008 Sb. (platný od 2. června 2008, účinný od 1. července 2008).

Zákon č. 230/2008 Sb. (platný od 30. června 2008, účinný od 1. července 2008).

Bez ohledu na zmíněné výtky novela jistě přispěje k realizaci Plánu na snižování administrativní zátěže podnikatelů do roku 2010,¹¹⁸ který zpracovalo Ministerstvo průmyslu a obchodu ve spolupráci s Ministerstvem vnitra v letošním roce, který se dotýká činnosti šesti ministerstev a počítá s redukcí administrativy v podnikání o 20%, tzn. se zrušením 104 povinností a omezením 102 povinností, což by mělo přinést úsporu podnikatelům ve výši 16,7 miliard korun za každý rok. Jen novela živnostenského zákona¹¹⁹ by měla přinést roční úsporu nákladů podnikatelů ve výši 480 milionů korun za rok.

Novela živnostenského zákona již také naplňuje výše zmíněnou směrnici 2006/123/ES.

Pro podnikatelské prostředí panující v ČR je také potěšující zjištění, že se ČR umístila podle Index ekonomické svobody,¹²⁰ který je každoročně sestavován (od roku 1995) The Heritage Foundation ve spolupráci s Wall Street Journal na 37. místě¹²¹ z celkového počtu 157 hodnocených zemí světa. Horší umístění než Česko má Lotyšsko, Maďarsko, Malta, Francie, Portugalsko, Bulharsko, Itálie, Rumunsko, Slovinsko, Řecko a Polsko, které dosáhlo nejhoršího hodnocení z členských zemí Evropské unie, když se umístilo na 83. místě. Jednoznačným premiantem v Evropské unii je naopak Irsko, které dosáhlo 3. místa.¹²²

Kvalitní startovací podmínky pro podnikatele, nízká státní byrokracie a „papírování“, fungující legislativa...to vše se skrývá pod ekonomickou svobodou země. I když je stále co zlepšovat, například v oblasti zakládání obchodních společností a plnění daňových povinností, patří ČR mezi země, kde se podmínky za poslední čtyři roky nejvíce zlepšily; novela živnostenského zákona ke zlepšení také jistě přispěla.

Kontaktní údaje na autora – email:

martina.ditmarova@seznam.cz

¹¹⁸ Usnesení vlády č. 446/2008.

¹¹⁹ Zákon č. 130/2008 Sb.

¹²⁰ 2008 Index of Economic Freedom. Celkem bylo hodnoceno deset kritérií. Každá kategorie je ohodnocena procentem (maximální hodnocení 100 %, nejnižší 0 %) a výsledný index je potom průměrem jednotlivých dílčích hodnocení výše uvedených ekonomických ukazatelů (hodnotí se: svoboda podnikání, svoboda obchodu, fiskální svoboda, státní správa, monetární svoboda, svoboda investování, svoboda finančního trhu, korupce, svoboda práva a justice, svoboda trhu práce). Samozřejmě index ekonomické svobody nevystihuje, jak je daná země „bohatá“ či jaká je životní úroveň občanů. Index ekonomické svobody však slouží k informování všech účastníků trhu o ekonomické situaci v jednotlivých zemích světa a je určitým vodítkem o ekonomické stabilitě v zemi a její otevřenosti světu, protože svoboda v jakémkoliv podání je základem demokratické země.

¹²¹ V roce 2005 jsme byli na 47. místě.

¹²² K dispozici je i studie Světové banky „Doing Business 2009“ hodnotící 181 zemí podle deseti kritérií (např. jednoduchost zahájení a ukončení podnikání, daňové administrativy, ochrany investorů, zaměstnávání pracovníků) a podle níž obsadila ČR 75. místo (65. místo v roce 2007) a zůstala tak pozadu za Slovenskem, Tureckem, Gruzíí, Namibií aj.

PRÁVNÍ ÚPRAVA BYTOVÝCH DRUŽSTEV V EVROPĚ VE VZTAHU K AKTUÁLNÍMU POSLANECKÉMU NÁVRHU NA JEJÍ ZMĚNU V ČESKÉ REPUBLICĚ

HELENA DOLEŽALOVÁ

Právnická fakulta Masarykovy univerzity, Česká republika

Abstrakt v rodném jazyce

Článek se zabývá právní úpravou bytových družstev v České republice a v některých evropských zemích. Uvádí nedostatky této právní úpravy v České republice, kritizované odborníky. Článek odkazuje na poslanecký návrh na změnu obchodního zákoníku, uvádí odmítavá stanoviska zainteresovaných subjektů, a také souvislosti tohoto návrhu. Autorka předkládá stručnou charakteristiku právní úpravy bytových družstev ve čtyřech evropských státech, jež by mohla být inspirací pro zamyšlení nad možným dalším vývojem právní úpravy této oblasti v České republice.

Klíčová slova v rodném jazyce

Bytové družstvo, právní úprava, obchodní zákoník, poslanecký návrh, majetková účast, zánik členství, členský podíl.

Abstract

The article deals with the legal regulation of housing co-operatives in Czech Republic and in several European states. It states weaknesses of this legislation in Czech Republic, criticized by authorities. The article refers to a private member's bill suggesting the recharge of Commercial Code, presents refusing opinions expressed by concerned persons and relations of this bill as well. The author sets forth the brief introduction into legislation of the housing co-operatives in four European states, which can be an inspiration for the consideration about later evolution of the legal regulation of this field in Czech Republic.

Key words

Housing co-operative, legal regulation, Commercial Code, private member's bill, beneficial interest, termination of membership, members share.

1. ÚVOD

Bytové družstevnictví má v Evropě dlouholetou tradici. Jde o poměrně rozšířenou formu bydlení, která má mnoho typů - např. pro nájemce, vlastníky či spoluvlastníky. Bytová družstva se liší mj. typy budov, jejich umístěním (ve městech, na venkově), i finančními mechanismy závislými na politické situaci. Jedno však mají společné: členové se podílí na činnosti bytového družstva. To má za následek, že bydlení je finančně dostupné (poskytování služeb členům družstev má přednost před dosažením zisku), na dobré úrovni, bezpečné, členové kontrolují činnost družstva a rozhodují o jeho záležitostech, vedení družstva se jim zodpovídá a zásadní rozhodnutí musí být členy odsouhlasena. Sociální cíle jsou tedy snáze dosažitelné a prospěch jednotlivých členů je prospěchem celé komunity. Při své činnosti se družstva snaží uplatňovat základní družstevní principy, jimiž jsou dobrovolné a otevřené členství, demokratická kontrola členy, ekonomická účast členů, autonomie a nezávislost, vzdělávání, odborná příprava a informace, spolupráce mezi družstvy a zájem o společenství.

Bytová družstva spolupracují i na mezinárodní úrovni. Součástí mezinárodní družstevní aliance (International Co-operative Alliance - ICA) je i mezinárodní organizace ICA Housing, jejímž členem je i Svaz českých a moravských bytových družstev. Tento svaz (kromě mnoha dalších dotčených subjektů, zejména samotných bytových družstev) vydal odmítavé stanovisko k návrhu poslanců Z. Horníkové a O. Vojíře na změnu zákona o vlastnictví bytů a obchodního zákoníku, v němž tento návrh označuje za likvidační, přičemž uvádí, že *"doplnění obchodního zákoníku o § 233 o vypořádacím podílu by pak způsobilo neobhajitelný zásah do smluvní svobody a autonomie bytových družstev, která by diskriminovala všechna bytová družstva stanovením povinností, kterým by objektivně nemohla dostát"*.¹

Proto by bylo vhodné zamyslet se nejen nad současnou právní úpravou bytových družstev v České republice, ale také se alespoň částečně seznámit s právní úpravou bytového družstevnictví v Evropě. Nelze pominout ani právní úpravu evropské družstevní společnosti. Jen tak lze na tuto záležitost nahlížet v širším kontextu.

2. JAKÁ JE SOUČASNÁ PRÁVNÍ ÚPRAVA BYTOVÝCH DRUŽSTEV V ČESKÉ REPUBLICE?

Právní úpravě družstev v České republice bývá v odborné literatuře vytýkáno, že není jednotná, je neúplná, neřeší střet zájmů skupin členů navzájem ani specifika jednotlivých typů družstev.²

Obecně bytová družstva upravuje obchodní zákoník, který v § 226 odkazuje na individuální úpravu každého družstva ve stanovách. Nájemní vztahy řeší občanský zákoník a některé právní vztahy bytových družstev obsahuje zákon č. 72/1994 Sb., o vlastnictví bytů. Vztahy družstev podléhající transformaci jsou obsaženy v zákoně č. 42/1994 Sb. Na bytová družstva se vztahují i další předpisy, jako např. vyhláška Ministerstva financí č. 85/1997 Sb., o nájemném z bytů pořízených v družstevní bytové výstavbě a úhradě za plnění poskytovaná s užíváním těchto bytů či zákon č. 378/2005 Sb., o podpoře výstavby družstevních bytů ze Státního fondu rozvoje bydlení. Uvedené normy nejsou vždy dostatečně provázané.

Nejvíce bývá kritizováno začlenění právní úpravy družstev do obchodního zákoníku, zákona č. 513/1991 Sb., ve znění pozdějších předpisů, který dle § 1 odst. 1 *"upravuje postavení podnikatelů, obchodní závazkové vztahy, jakož i některé jiné vztahy s podnikáním související"*, čímž se do popředí dostává podnikatelský charakter a úloha družstev jako nástroje svépomoci je odsunuta do pozadí. Přitom zákon, upravující samostatně družstva, bývá považován za vhodnější řešení především s ohledem na cíle družstev.³

3. V ČEM SPOČÍVÁ NAVRHOVANÁ ZMĚNA OBCHODNÍHO ZÁKONÍKU?

Návrh poslanců Z. Horníkové a O. Vojíře na vydání zákona, kterým se mění zákon č. 72/1994 Sb., kterým se upravují některé spoluvlastnické vztahy k budovám a některé vlastnické vztahy k bytům a nebytovým prostorům a doplňují některé zákony (zákon o vlastnictví bytů), ve znění pozdějších předpisů, a zákon č. 513/1991 Sb., obchodní zákoník, ve znění pozdějších předpisů, v části druhé navrhuje tuto změnu obchodního zákoníku:

¹ Dostupné z <http://www.scmbd.cz>.

² Např. Římalová, O., Holejšovský, J.: Družstva, Praha, C.H.Beck, 1999, str. 293-294.

³ Tamtéž, i Pekárek, M.: Majetková účast občanů v družstvech a její právní aspekty, Brno, Masarykova univerzita v Brně, 1999, str. 227.

"V § 233 zákona č. 513/1991 Sb., obchodní zákoník, ve znění zákona č. 370/2000 Sb., se doplňují odstavce 6 a 7, které včetně poznámek pod čarou č. 3b a 3c znějí:

(6) Při zániku členství za trvání bytového družstva má dosavadní člen dále nárok na vypořádání převodem vlastnictví bytu, popř. nebytového prostoru, jehož je nájemcem, je-li byt, popř. nebytový prostor vymezen jako jednotka podle zákona o vlastnictví bytů^{3b}); při vypořádání se postupuje též podle § 24 odstavců 5 až 7 zákona o vlastnictví bytů. Smlouva o převodu vlastnictví bytu, popř. nebytového prostoru musí být uzavřena nejpozději do šesti měsíců ode dne, kdy členství zaniklo. Tím není dotčen nárok dosavadního člena bytového družstva na vypořádací podíl podle odstavců 2 až 5.

(7) Pokud nedojde k uzavření smlouvy o převodu vlastnictví bytu, popř. nebytového prostoru ve lhůtě stanovené v odst. 6 nebo pokud byt, popř. nebytový prostor, jehož je dosavadní člen nájemcem, není vymezen jako jednotka podle zákona o vlastnictví bytů^{3b}), může se dosavadní člen bytového družstva domáhat vypořádání v penězích, a to úhradou částky, která odpovídá obvyklé ceně^{3c}), kterou by bylo možno za převod členských práv a povinností v bytovém družstvu v rozhodné době a místě ke dni zániku členství v bytovém družstvu dosáhnout.

3b) § 2 písm. h) zákona č. 72/1994 Sb., kterým se upravují některé spoluvlastnické vztahy k budovám a některé vlastnické vztahy k bytům a nebytovým prostorům a doplňují některé zákony (zákon o vlastnictví bytů), ve znění zákona č. 103/2000 Sb.

3c) Zákon č. 151/1997 Sb., o oceňování majetku a o změně některých zákonů (zákon o oceňování majetku), ve znění pozdějších předpisů."

Důvodová zpráva mj. uvádí, že cílem je změnit principy stanovení vypořádacího podílu, neboť dle dosavadní úpravy je výše vypořádacího podílu, na který má člen bytového družstva nárok, podstatně nižší než je hodnota jeho členských práv a povinností, pokud by svůj členský podíl převedl na jinou osobu (k čemuž nepotřebuje souhlas orgánů družstva). Tato cena není regulována žádným předpisem. Cílem změny zákona je sjednocení těchto cen tak, aby hodnota členského podílu v bytovém družstvu byla stejná a byla to cena obvyklá, tedy cena tržní.⁴

Tento návrh je v současné době ve druhém čtení ve sněmovně ČR a je přikázán podvýboru pro bydlení.

Navrhovanou úpravu je třeba nejen zvážit v širším kontextu souvisejících ustanovení zejména obchodního a občanského zákoníku, ale také je nutné uvědomit si její následky, už jen proto, že rozdíl mezi tržní cenou a vypořádacím podílem je skutečně podstatný - někdy i v řádu milionů.

Obchodní zákoník v § 231 odst. 1 stanoví, že členství zaniká písemnou dohodou, vystoupením, vyloučením, prohlášením konkursu na majetek člena, zamítnutím insolvenčního návrhu pro nedostatek majetku člena, pravomocným nařízením výkonu rozhodnutí postižením členských práv a povinností, vydáním exekučního příkazu k postižení členských práv a povinností po právní moci usnesení o nařízení exekuce nebo zánikem družstva. Dle § 232

⁴ Dostupné z <http://www.bytovadruzstva.cz>.

odst. 1 zaniká členství fyzické osoby smrtí a dle odst. 4 zaniká členství právnické osoby v družstvu jejím vstupem do likvidace nebo prohlášením konkursu, popřípadě jejím zánikem.

§ 714 občanského zákoníku stanoví, že zánikem členství osoby v bytovém družstvu zanikne její nájem bytu. Osoba, jejíž nájem bytu zanikl, není povinna se z bytu vystěhovat, pokud jí není zajištěna bytová náhrada za podmínek uvedených v § 712 odst. 2 a 3, popřípadě poskytnuto přístřeší za podmínek uvedených v § 712 odst. 5. Vrácení členského podílu se může člen domáhat teprve po vystěhování z bytu, a to ve lhůtě dané stanovami družstva.

Z výše uvedeného je zřetelné, že právní úprava majetkové účasti v družstvu nepoužívá jednotné pojmy. To se obráží mj. i v nejednotné praxi při projednávání dědictví či vypořádávání rozvedených manželů při zániku společného členství manželů v družstvu. Nejvyšší soud v těchto záležitostech vydal několik rozhodnutí, např. rozsudek sp.zn. 33 Cdo 339/98 ze dne 29.6.2000 (na nějž odkazuje důvodová zpráva).

Bytová družstva však nejsou jen ta, která byla transformována, ale také vzniklá během privatizace bytového fondu obcí, vyčleněná dle § 29 z.č. 72/1994 Sb. a nebo založená v souvislosti s tzv. podporou malého rozsahu "de minimis" dle zákona č. 378/2005 Sb., o podpoře výstavby družstevních bytů ze Státního fondu rozvoje bydlení. Dále bude zmíněna evropská družstevní společnost, která může vzniknout i fúzí.

Členové neručí za závazky družstva, i když mohou mít omezenou uhrazovací povinnost. Byli by to však oni, kterých by se případná realizace navrhované právní úpravy nejvíce dotkla, což by bylo v rozporu se základními výše zmiňovanými cíly družstevnictví.

4. POSTAVENÍ A PRÁVNÍ ÚPRAVA BYTOVÝCH DRUŽSTEV V NĚKTERÝCH EVROPSKÝCH ZEMÍCH

V rámci úvah nad možným dalším vývojem právní úpravy v této oblasti považuji za inspirativní seznámit se alespoň stručně s praxí a právní úpravou bytových družstev v evropských státech. Pramenem jsou profily jednotlivých členů ICA Housing.⁵

Není možné zde podrobně zmínit jednotlivé úpravy všech evropských zemí, proto jsem vybrala informace o bytových družstvech a jejich právní úpravě, které jsou dle mého názoru zásadní, a to ve čtyřech evropských zemích - v Rakousku, Německu, Irsku a Švédsku. První dvě jsou naší republice bližší, zvláště Rakousko, se kterým Česká republika do roku 1918 sdílela shodný právní režim úpravy tzv. společenstev pro zřizování bytů (zákon č. 70/1870 ř.z.). Severské státy již vykazují více odlišností.

4.1 RAKOUSKO

V Rakousku bylo první bytové družstvo, které je stále aktivní, založeno v roce 1895. Na konci roku 2005 tvořily družstevní nájemní byty 15% z celkového počtu nájemních bytů a družstevní byty ve vlastnictví členů činily 21% z počtu bytů obývaných jejich vlastníky. Rakouská bytová družstva jsou podporována státem, omezována ve svých aktivitách, získané finanční prostředky musí investovat do bytového fondu a mají povinnost pravidelně procházet auditem.

⁵ Dostupné z <http://www.ica.coop/al-housing>.

Právní úprava bytových družstev je v Rakousku obsažena zejména v družstevním zákonu, zákonu o auditu družstev, dále v zákonu upravujícím činnost bytových družstev registrovaných jako nevýdělečná, a v dalších předpisech. Právní úprava spadá pod federální jurisdikci a vlády jednotlivých zemí jsou zodpovědné za její výkon.

4.2 NĚMECKO

První bytové družstvo bylo v Německu založeno roku 1862, družstevní zákon byl přijat v roce 1889. V současnosti z asi dvou tisíc bytových družstev sídlí většina v západní části země. Ve východní části převládají velká bytová družstva s 7.500 a více byty. Bytová družstva tvoří 10% celkového počtu nájemních bytů.

Pro německá bytová družstva je mj. charakteristické, že členové kupují podíly, které jsou jim při ukončení členství družstvem proplaceny v nominální hodnotě, členové mají jistotu nájmu za předpokladu řádného plnění svých povinností, nájemné je regulováno. O použití zisku rozhoduje členská schůze. Některá bytová družstva rozšiřují své služby pro seniory, děti apod. Téměř každé bytové družstvo má nebydlící členy (fyzické a právnické osoby), kteří svými investicemi družstvo podporují a to jim vyplácí limitované dividendy. Tito členové bývají zváni na členské schůze, ale nemají právo volit. Stát podporuje bytová družstva pouze prostřednictvím daňových úlev, družstva jsou financována výhradně členskými příspěvky a hypotékami. 40 bytových družstev vlastní peněžní instituce, do nichž členové vkládají své úspory na střednědobé a dlouhodobé vklady, úročené více než v komerčních bankách. Takto družstva získávají prostředky pro modernizaci a údržbu budov.

Družstva reguluje shora zmíněný družstevní zákon, reformovaný v roce 2006, a zákon upravující nájemné.

4.3 IRSKO

Zakládání bytových družstev v Irsku sahá do poloviny 20. století. V Irsku existují dva typy bytových družstev. V současnosti jsou vytvářeny družstevní bytové podílové společnosti za účelem podpory dostupného bydlení členů s omezenými příjmy.

Účelem irských bytových družstev není dosažení zisku, stát jim poskytuje daňové úlevy. Členové bytových družstev jsou převážně nájemci, kteří nemohou byt koupit ani prodat. Nájemné je závislé na příjmu člena - nájemce a na provozních nákladech.

Družstva v Irsku jsou tradičně registrována se statutem omezeného ručení na základě "*Industrial and Provident Societies Act 1893-1978*". Tento zákon se nevztahuje pouze na družstva, zaregistrovány mohou být i jiné typy společností, které jsou vytvořené a řízené v souladu s družstevními principy. Další předpisy upravují záležitosti spojené s činností bytových nevýdělečných společností.

4.4 ŠVÉDSKO

Bytová družstva vznikala ve 20. letech minulého století následkem extrémního nedostatku bytů. Dosažení jejich cíle - poskytovat kvalitní bydlení za dostupné ceny - ztěžuje deregulace bytového trhu i vysoké stavební náklady. Ve Švédsku působí 5.500 bytových družstev, tvořících 18% bytového trhu se 750.000 bytů. Většina bytových družstev jsou domy pro několik rodin umístěné v městských oblastech.

Pro švédská bytová družstva je typické zejména to, že nájemci musí být členy družstva, členové kupují podíly, umožňující jim neomezená práva bydlení po dobu, kdy plní své povinnosti, a tyto podíly jsou prodejné za tržní hodnotu. Členové platí měsíční poplatek pokrývající úrok a amortizační náklady družstevních půjček i provozní náklady a plánované opravy. Poplatek je závislý na velikosti bytu. V mnoha bytových družstvech je část měsíčního poplatku uložena do zvláštního fondu k využití pro vnitřní úpravy bytu. Tento fond je převáděn s bytem při jeho prodeji. Vláda neposkytuje finanční podporu. Členové, jejichž finanční situace to umožňuje, mohou obdržet půjčku od finanční instituce k zaplacení podílu, s využitím hodnoty podílu jako zástavy.

Právní nástroje pro bytové družstevnictví jsou zejména zákon o bytových družstvech a zákon o družstevních hospodářských společnostech.

5. EVROPSKÁ DRUŽSTEVNÍ SPOLEČNOST (SCE)

Právní úprava evropských družstevních společností vychází ze zobecnění úpravy družstev v členských státech EU. S touto úpravou by se měla právní úprava družstev v Evropě sbližovat, nikoli však unifikovat.

Evropská družstva upravuje v České republice zejména nařízení Rady (ES) č. 1435/2003 o statutu Evropské družstevní společnosti (SCE), zákon o SCE č. 307/2006 Sb., zákon č. 308/2006 Sb., obchodní zákoník a stanovy jednotlivých evropských družstev.

Předpokládá se, že v budoucnu by měly být evropské družstevní společnosti zakládány častěji než dosavadní národní družstva, neboť jejich právní režim má více předností.⁶

6. ZÁVĚR

Na rozdíl od vyspělých zemí Evropy je v České republice družstevnictví obecně považováno za okrajovou záležitost. Bytovému družstevnictví uškodilo, že prostřednictvím přidělování tzv. stabilizačních bytů v minulém režimu byla bytová družstva využívána státní mocí. Proto se objevily některé snahy téměř až o jeho likvidaci v rámci transformace a privatizace.

Právní úprava bytových družstev v České republice není ideální, ale při jejích změnách by bylo vhodné komplexní nazírání této záležitosti, přičemž jednotlivé prvky je třeba posuzovat s ohledem na širší souvislosti. Zejména je nutné dostatečně si uvědomit eventuelní následky změn právní úpravy. Zkušenosti z této oblasti ve vyspělých evropských zemích mohou být v mnohém inspirující.

V praxi bytových družstev je kromě výše zmíněných mnoho dalších problematických oblastí, která by stála alespoň za úvahu o změně jejich právní úpravy, ale jejich rozbor již přesahuje rozsah tohoto příspěvku.

Literatura:

- Helešic, F., Zachariáš, J.: Stanovy evropského družstva, Praha, Nakladatelství VIP Books, 2007, 196 stran, ISBN 978-80-87134-00-9.

⁶ Helešic, F., Zachariáš, J.: Stanovy evropského družstva, Praha, Nakladatelství VIP Books, 2007, str. 20.

- Pekárek, M.: Majetková účast občanů v družstvech a její právní aspekty, Brno, Masarykova univerzita v Brně, 1999, 233 stran, ISBN 80-210-2145-4.
- Římalová, O., Holejšovský, J.: Družstva, Praha, C. H. Beck, 1999, 401 stran, ISBN 80-7179-229-2.
- www.bytovadruzstva.cz.
- www.ica.coop.
- www.scbd.cz.

Kontaktní údaje na autora – email:

Helena.Dolezalova@law.muni.cz

ZÁSADY „IN DUBIO PRO LIBERTATE“ A „NEMINEM LEADERE“ V PRÁVU PROTI NEKALÉ SOUTĚŽI

PETR HAJN

Právnická fakulta Masarykovy univerzity, České republika

Abstrakt v rodném jazyce

Řada států v rámci EU traktuje právo proti nekalé soutěži tak, že poukazuje na subjekty, jimž je poskytována ochrana (soutěžitelé, spotřebitelé). Není ani v zájmu spotřebitelů ani v zájmu soutěžitelů, aby byly nadměru omezovány síly svobodné tržní konkurence. Je v obecné zájmu, aby nebyla omezován zájem investovat. Opatření omezující soutěž musí být vedena myšlenkou: „in dubio pro libertate“ (viz § 41 českého obchodního zákoníku a jeho text: soutěžitelé mají právo svobodně rozvíjet svou soutěžní činnost v zájmu dosažení hospodářského prospěchu...).

Klíčová slova v rodném jazyce

Právo proti nekalé soutěži, svoboda soutěže, omezení soutěže, ochrana soutěžitelů a spotřebitelů, ochota investovat.

Abstract

The number of states within EU treat the law against unfair competition by reference to the subjects need of protection (competitor, consumer) It is neither in the interest of the competitor nor the consumer that the market forces of free competition are restricted beyond the degree. It is in the general interest that the willingness to invest must be maintained. The measures of restrictions of competitive behavior must be guided by the idea: „in dubio pro libertate“ (see the sec 41 of the Commercial Code of the Czech Republic and it's wording: competitors have the right to the free development of their competitive activity in the interest of acquiring o commercial advantage...).

Key words

Law against unfair competition, freedom of competition, restrictions of competition, protection of competitors and consumers, willingness to invest.

1. ÚVODNÍ POZNÁMKY

V tomto příspěvku se hlásím k myšlence¹, že právo sleduje několik základních hodnot (spravedlnost, právní jistotu a účelnost) a celou řadu dílčích hodnot (cílů účelů). Ty se vůči sobě někdy nalézají ve vztahu souladu (kompatibility) a téměř vždy i ve vztahu protikladů, konkurence. Jejich střety pak musí řešit právní regulace ve všech svých podobách (politická rozhodnutí o právu; legislativní proces; výklad práva; rozhodovací činnost). Vyjádřeno slovníkem ekonomů: Požadavky jednotlivých základních hodnot práva i jeho dílčích hodnot (cílů, účelů) nelze zpravidla současně naplnit v jejich úplnosti; musí být mezi nimi optimalizováno.

Jedním (nikoliv však jediným) právním nástrojem takové optimalizace jsou právní principy (právní zásady), jež jsou v právních normách vyjádřeny pomocí výrazů „dobré mravy“,

¹ Radbruch, G., Der Mensch im Recht, Vandenhoeck & Ruprecht, Goettingen 1957, s. 88 nsl.

„dobrá víra“, „pochtivý obchodní styk“. Ty ovšem neposkytují žádné určitější pravidlo, jak v právním sporu řešit například konflikt zájmů, při němž se jedna ze sporných stran „zaštiťuje“ hodnotou právní jistoty a strana druhá hodnotou spravedlnosti či slušnosti. Pokud použijeme metaforu z méně konfliktní oblasti lidské činnosti, označil bych zmíněné právní zásady a jejich vyjádření v textu zákona (ona velmi obecné ustanovení pozitivního práva, jež pouze otevírají branku pro přirozenoprávní uvažování) za svého druhu „ramínko na šaty“. Dá se na ně „zavěsit“ rozhodnutí, které však soud bude muset „ušít na míru“ jednotlivému případu. Jistou oporou mu v tom může být předchozí judikatura a někdy i ustanovení zákona o tom, jak vyplňovat mezery v právu. Konec konců to však bude umění či neumění argumentace, jež ze soudce učiní v jednotlivých případech „krejčovského mistra“.

Existují však i takové právní zásady, jejichž normativní vyjádření je o něco určitější a které bychom, pokračující v již použitém přirovnání, snad mohli označit za „rozešitou konfekci“ a někdy jen dva druhy nesourodých látek, z nichž má být zhotoven „padnoucí“, jednotně působící oděv. Takové zásady a jejich normativní vyjádření naznačují, které ze střetávajících se zásad (a kterém zájmu, jež se tou či onou zásadou zaštiťuje) dát v určité situaci přednost. Pokusím se to ve zkratce demonstrovat na právních zásadách uvedených v názvu tohoto příspěvku.

2. K ZÁSADĚ SVOBODY LIDSKÉHO JEDNÁNÍ

Jedna z důležitých zásad práva vůbec a soukromého práva zvláště se týká svobody lidského jednání. Obecné normativní vyjádření této zásady obsahuje čl. 1 odst. 1 Ústavy České republiky², podle něhož „Česká republika je svrchovaný, jednotný a demokratický stát založený na úctě k právům a svobodám člověka a občana.“ V čl. 2 odst. 4 Ústavy je pak stanoveno, že každý občan může činit, co není zákonem zakázáno, a nikdo nesmí být nucen činit, co zákon neukládá. Tuto zásadu obsahuje i LISTINA ZÁKLADNÍCH PRÁV A SVOBOD³ v značně podobné, nikoliv však totožné formulaci – nemluví o každém občanu, podle čl. 2 odst. 3 Listiny „každý může činit, co není zákonem zakázáno, a nikdo nesmí být nucen činit, co zákon neukládá“. Je pak zřejmé, že takto vyjádřená svoboda jednání se vztahuje na všechny subjekty práva a zahrnuje i právnické osoby; jde o zjištění významné z hlediska soutěžního práva, neboť v roli soutěžitelů velmi často vystupují právnické osoby.

Právě uvedené formulace Ústavy i Listiny naznačují, že svoboda lidského jednání není bezbřehá (viz část textu „co není zákonem zakázáno“). V jiné podobě to vyjadřuje i čl. 4 odst. 2 Listiny, podle kterého meze základních práv a svobod mohou být za podmínek stanovených Listinou upraveny pouze zákonem; zároveň čl. 4 Listiny stanoví i ostatní podmínky, za nichž může docházet k omezení základních práv a svobod. V dalším svém textu pak Listina konkretizuje různá lidská práva i svobody a stanoví podmínky pro jejich uplatňování. Již na tomto místě poznamenejme (k myšlence se ještě vrátíme), že zákonný zákaz určitých jednání (a omezení lidské svobody z něj vyplývající) nemusí (a někdy ani nemůže) být zákonem stanoven vždy výslovně (ve zcela konkretizované podobě), často se podává z jiné právní zásady a jejího obecného chápání či vyjádření v normativním textu.

² Ústavní zákona č. 1/1993 Sb. Ústava České republiky ve znění pozdějších změn, Ústava České republiky (dále Ústava“).

³ Usnesení předsednictva České národní rady č. 2/1993 Sb. o vyhlášení LISTINY ZÁKLADNÍCH PRÁV A SVOBOD jako součásti ústavního pořádku České republiky ve znění pozdější změny (dále jen „Listina“).

Pokud jde o sféru soukromého práva, Občanský zákoník⁴ ve svém § 1 odst. 1 stanoví, že úprava občanskoprávních vztahů přispívá k naplňování občanských práv a svobod, zejména ochrany osobnosti a nedotknutelnosti vlastnictví. Konkretizaci této zásady lze pak spatřovat v úpravě § 2 odst. 3 ObčZ, podle níž účastníci občanskoprávních vztahů si mohou vzájemná práva a povinnosti upravit dohodou odchylně od zákona, jestliže to zákon výslovně nezakazuje a jestliže z povahy ustanovení zákona nevyplývá, že se od něj nelze odchýlit. Zřejmě právě toto ustanovení vede k tomu, že zásada svobody lidského jednání bývá v teorii soukromého práva traktována zejména v souvislosti se smluvní svobodou. Vztahuje se však na veškerá jednání podřízená režimu soukromého práva, jak ostatně vyplývá z textu již zmíněného ust. § 1 odst. 1 ObčZ. Podává se to ostatně i z čl. 3 ObčZ, který zejména stanoví určité meze pro svobodné jednání a to meze stanovené obecnější právní zásadou (Výkon práv a povinností vyplývajících z občanskoprávních vztahů nesmí bez právního důvodu zasahovat do práv a oprávněných zájmů jiných a nesmí být v rozporu s dobrými mravy).

3. K SVOBODĚ JEDNÁNÍ V SOUTĚŽNÍCH VZTAZÍCH

Vyjádřeme-li závěr předchozího bodu konkrétněji, tj. ve vztahu k právu nekalé soutěže, můžeme konstatovat, že zásada svobody lidského jednání (a zejména problematika mezi této svobody) je neobyčejně významná i z hlediska soukromého práva deliktního⁵. O právu proti nekalé soutěži to platí velmi silně. Soutěž je svého druhu „bojem“ a to co by představovalo delikt v podmínkách běžného života, ho nemusí znamenat v podmínkách soutěže sportovní i hospodářské. Navíc řada obvyklých (obecnějších) civilních deliktů je výsledkem nedbalosti při jednáních rutinního charakteru (a problematika svobody lidského jednání se tu neuplatňuje zvláště zřetelně); naopak soutěžní opatření jsou často nová, tvořivá, neobvyklá. Taková jednání nelze v zákonech výslovně předvídat. Jejich přípustnost či nepřípustnost musí být posuzována specificky z hlediska skutkového (podle okolností jednotlivého případu); z hlediska právního pak přichází v úvahu aplikace některé z generálních klauzulí v právním řádu či použití některé z právních zásad vyjádřených normativně a někdy i jen obecněji přijímaných jako součást právní kultury.

Klade se pak někdy obtížně řešitelná otázka, zda na taková jednání lze či nelze vztáhnout zmíněný čl. 2 odst. 3 Listiny, podle něhož „každý může činit, co není zákonem zakázáno...“. Řešení takové otázky se zdá ulehčovat ustanovení § 41 Obchodního zákoníku⁶, které pro oblast hospodářských soutěžních vztahů konkretizuje zásadu svobody lidského jednání. Přiznává totiž specificky soutěžitelům právo svobodně rozvíjet svou soutěžní činnost v zájmu dosažení hospodářského prospěchu a sdružovat se k výkonu této činnosti. Zároveň však stanoví jistá omezení tohoto práva, když soutěžitelům stanoví povinnost dbát právně závazných pravidel hospodářské soutěže a zakazuje jim zneužívat účast v soutěži (§ 41 ObchZ, část věty za středníkem). V § 42 ObchZ se pak za zneužití účasti v hospodářské soutěži označuje jednak nekalé soutěžní jednání a jednak nedovolené omezování hospodářské soutěže. Zmíněná úprava (a práva i povinnosti z ní vyplývající) se proto vztahuje na obě větve soutěžního práva.

⁴ Zákon č. 40/1964 Sb. občanský zákoník, ve znění pozdějších předpisů (dále jen „ObčZ“).

⁵ Srov. Vlasák, M., Materiální prameny a východiska právní úpravy soukromoprávních deliktů, Právník 11/2008, s. 1217 nsl.

⁶ Zákon č. 513/1991 obchodní zákoník ve znění pozdějších předpisů (dále jen ObchZ).

Zákon v daném ustanovení především vymezuje poměrně široce okruh těch, jimž přiznává právo rozvíjet soutěžní činnost v podobě výše zmíněné. Výslovně říká, že jsou to nejen podnikatelé; právo hospodářsky soutěžit lze proto chápat jako obecnější lidské právo. Bez významu není to, že se v § 41 ObchZ přiznává soutěžitelům právo usilovat o dosažení hospodářské prospěchu; tomuto pojmu se tak dostává legitimacy, i když v určitých svých podobách („prospěchář“) vyjadřuje hanlivé hodnocení.

Z hlediska námětu tohoto příspěvku zdůrazněme skutečnost, že soutěžní činnost (za účelem dosažení hospodářského prospěchu) má být rozvíjena svobodně, to je nepochybně i za použití co nejširšího rejstříku metod, které k úspěchu v soutěži mohou vést. Protože pak zákon mluví o právu rozvíjet soutěžní činnost, přiznává nepochybně i právo na neustálou inovaci soutěžních metod.

Určitá omezení v použití soutěžních metod jsou v § 41 ObchZ uvedena až jako druhá v pořadí. I to lze snad chápat (odhlédneme-li od legislativně-technických důvodů spočívajících ve snazším vyjádření) jako výraz toho, že omezení podnikatelské činnosti mají jen podpůrný význam a že tato omezení by měla být vykládána spíše způsobem omezujícím než rozšiřujícím. K stejnému závěru by mohla vést i ne zcela obvyklá, „měkčí“ dikce v závěru § 41 ObchZ, kde se ukládá povinnost dbát právně závazných pravidel hospodářské soutěže

Úprava v § 41 ObchZ tak není pouhou proklamací či (řečeno jazykem normativní školy) monologem zákonodárce, byť by se na to dalo usuzovat z malého či přezíravého zájmu, jež je tomuto ustanovení věnován v právních spisech o nekalé soutěži. Hierarchické uspořádání § 41 ObchZ i jazykové prostředky použité v tomto ustanovení, však nepochybně poskytují určité výkladové vodítko pro rozhodování v situacích, kdy se zásada svobodného rozvíjení soutěžní činnosti dostává do střetu se zásadou „nikomu neškodit“, jíž se nyní budeme věnovat.

4. K ZÁSADĚ „NIKOMU NEŠKODIT“ V OBECNÉ PRÁVNÍ ÚPRAVĚ

Zásada „nikomu neškodit“ („neminem leadere“) není jako taková (ve své úplné obecnosti) bezprostředně vyjádřena v českém právním řádu. Není ostatně ani zachycena ve velmi obsažném Kinclově přehledu latinských termínů, právních obrátů, pravidel, definic a pořekadel⁷ a lze ji chápat jako součást právní kultury. Nepřímo ji lze odvodit z výroku *Neminem laedit, qui suo iure utitur* – Nikomu neškodí, kdo užívá právo, které má, který již v Kinclově seznamu obsažen je.

V českých právu je zakázáno působit někomu škodu (či šířeji pojato: újmu) jen ve specifických případech. Z ústavních předpisů lze zmínit čl. 3 odst. 3 Listiny (Nikomus nesmí být způsobena újma na právech pro uplatňování jeho základních práv a svobod) a také čl. 4 odst. 4 Listiny (Při používání ustanovení o mezích základních práv a svobod musí být šetřeno jejich podstaty a smyslu. Taková omezení nesmějí být zneužívána k jiným účelům, než pro které byla stanovena). Z úpravy jednotlivých práv a svobod v Listině je pak zřejmé, které dílčí hodnoty jsou Listinou chráněny a v jakém rozsahu nesmí být dotčeny a tím působena jiným újma. Taková vazba mezi oběma zásadami, které tu zkoumáme, je patrná i z již zmíněného ust. § 3 odst. 1 ObčZ (Výkon práv a povinností vyplývajících z občanskoprávních vztahů nesmí bez právního důvodu zasahovat do práv a oprávněných zájmů jiných a nesmí být v rozporu s dobrými mravy). Z něj se podává, že lze zasahovat do práv a oprávněných zájmů jiných (a tímto způsobem jim škodit), pokud je k tomu dán právní důvod. Zákaz jednat

⁷ Kincl, J.: *Dicta et regulae IURIS* aneb právníké mudrosloví latinské, Univerzita Kalova – Praha, 1990.

v rozporu s dobrými mravy pak umožňuje výjimečně řešit různé střety hodnot i jinak, než by naznačovalo konkrétnější právní úprava.

Poměrně široce je zásada neškodit jiným vyjádřena v ust. § 415 ObčZ, kde je uložena obecná povinnost „počínat si tak, aby nedocházelo ke škodám na zdraví, na majetku, na přírodě a životním prostředí“. Ani zde však nejde o obecnou povinnost, neboť jsou taxativně uvedeny jen některé možné objekty, jimž lze přivodit škodu. Na škody (újmy) na jiných objektech (zejména na tzv. nehmotných statcích) pamatuje soukromé právo jen v případech speciálně stanovených. Navíc v § 418 ObčZ jsou uvedeny podmínky, za nichž se za způsobenou škodu neodpovídá, což lze chápat jako výjimky z poměrně obecného zákazu v § 415 ObčZ.

V ústavních předpisech i v obecných ustanoveních soukromého práva lze tak zásadu svobody lidského jednání chápat jako všeobecnější a vůdčí zásadu; naopak zásadu nikomu neškodit jako princip specifitější. Každá z těchto zásad představuje jisté meze pro uplatnění zásady druhé. Míra akcentu na jednu či druhou z nich není ovšem stálá a může se měnit podle společenské situace, podmínek života jednotlivých státních útvarů zvyklostí, oblastí lidského působení. Platí to již proto, že lidská svoboda bývá chápána i ve dvojím smyslu – pozitivním (svoboda aktivního zejména tvořivého jednání) a negativním (svoboda od útisku, bezpečnost, ochrana před újmami). Potvrzuje se tak jedna z našich úvodních myšlenek, že vztah mezi zásadami „svobody lidského jednání“ a zásadou „nikomu neškodit“ (a její důslednou součástí „být chráněn před škodami“) je nejen konkurenční, ale také komplementární.

5. K ZÁSADĚ „NIKOMU NEŠKODIT“ V PRÁVU PROTI NEKALÉ SOUTĚŽI

Výše uvedená myšlenka o všeobecnosti (primátu) práva na svobodu lidského jednání a o specifitě zásady „nikomu neškodit“ našla svůj zajímavý výraz v úpravě hospodářské soutěže. Opakujeme, že ve všeobecné části této úpravy (§ 41 a 42 ObchZ) je výslovně uvedena a akcentována zásada svobodného lidského jednání. Ta musí být brána v úvahu při aplikaci ust. § 44 odst. 1 ObchZ. Zde je sice zakázáno jednat v hospodářské soutěži tak, že tím bude působena újma jiným soutěžitelům či spotřebitelům event. jiným osobám (§ 53), vždy však za podmínky, že takovým jednáním jsou porušovány „dobré mravy hospodářské soutěže“. V tomto výrazu musíme klást důraz na všechna jeho slova i jejich spojení. Pravidla hospodářské soutěžení (stejně jako pravidla soutěže sportovní) nelze koncipovat tak, aby konkurenční střety končily vždy nerozhodným výsledkem. V hospodářské soutěži (opět stejně jako v soutěži sportovní) budou vítězové i poražení, lépe či hůře umístění na soutěžním žebříčku, posílení i oslabení. Taková horší či dokonce katastrofální soutěžní pozice způsobená jiným soutěžitelem, může být pocíťována jako druh újmy a často půjde o buď přechodnou nebo trvalejší újmu skutečnou. Při posuzování a odsuzování takových újem musíme však mít na paměti myšlenku o „pozitivní destrukci“ v ekonomice“, kde některé subjekty musí zanikat, aby uvolnily místo subjektům zdatnějším.

Zásada svobody lidského jednání bude tak mít v soutěžních vztazích rozsáhlejší prostor k uplatnění (vzdálenější meze), než je tomu v jiných oblastech lidského počínání. V pochybnostech, zda jsou dány meze pro kreativní soutěžní jednání či nikoliv, měli bychom se řídit devizou „in dubio pro libertate“. Pokud jde o druhou ze zásad, kterými se tu zabýváme, pak v soutěžních vztazích výrazněji platí, že druhým lze působit újmy, pokud nejsou působeny způsoby, jež právo zapovídá; takový zákaz nemusí být ovšem vždy výslovný. Jestliže obecně pro posuzování svobody lidského chování platí Tocquevillov výrok „Svoboda jednoho rozmáchnout se pěstí končí tam, kde začíná brada toho druhého“ pak v oblasti soutěžních vztahů musí být tato myšlenka modifikována: Svoboda soutěžitele

rozmáchnout se pěstí nemusí končit u brady jiného soutěžitele, pokud se ta pěst nachází v předepsané boxerské rukavici.

Literatura:

- Vlasák, M., Materiální prameny a východiska právní úpravy soukromoprávních deliktů, Právník 11/2008, s. 1217 nsl.
- Kincl, J.: Dicta et regulae IURIS aneb právníké mudrosloví latinské, Univerzita Kalova – Praha, 1990.
- Hilty, R.M., The Law Against Unfair Competition and Its Interfaces, in Hilty, Henning-Bodewig: Law Against Unfair Competition; Towards a New Paradigm in Europe, Springer-Verlag, Berlin-Heidelberg, 2007.
- Radbruch, G., Der Mensch im Recht, Vandenhoeck & Ruprecht, Goettingen 1957.
- Hajn, P. Soutěžní chování a právo proti nekalé soutěži. Brno: MU, 2000.
- Kol.: Freedom of contract conference. Brno: MU, 1997.
- Bartoň, M. Svoboda projevu a její meze v právu České republiky. Praha: Linde, 2002.
- Herczeg, J. Meze svobody projevu. Praha: Orac, 2004.
- Salač, J. Rozpor s dobrými mravy a jeho následky v civilním právu. 2. vydání. Praha: C. H. Beck, 2004.

Kontaktní údaje na autora – email:

petr.hajn@law.muni.cz

NEKALÁ SOUTĚŽ NA SCESTÍ ANEB KUDY CESTA NEVEDE PO REFORMĚ B2C VZTAHŮ

TOMÁŠ HULLE

Právnická fakulta Masarykovy univerzity; Lovells, Česká republika

Abstrakt v rodném jazyce

Příspěvek se věnuje zejména novému trendu na poli ochrany proti nekalé soutěži a to potenciálnímu rozdělení na vztahy B2B a B2C. Je to spojeno i s transpozicí směrnice 2005/29/ES do českého právního řádu, která byla provedena na počátku roku 2008. Spousta kritických poznámek již na toto téma bylo prezentováno a tento příspěvek se tedy zaměřuje jen na dílčí aspekty s touto procedurou spojenou. Skládá se ze tří částí a to rozboru potenciálního střetu úpravy nekalé soutěže s úpravou nekalých obchodních praktik, práci s jednotlivými částmi směrnice a v závěru de lege ferenda se zamýšlí nad možnou budoucí úpravou problematiky ve světle reformy civilního práva.

Klíčová slova v rodném jazyce

Nekalá soutěž, nekalé obchodní praktiky, B2C vztahy, B2B vztahy, revoluce v soukromém právu, nový občanský zákoník, směrnice 2005/29/ES, problematická transpozice, souběh úprav.

Abstract

The contribution mostly concentrates on the new trends on the field of unfair competition law, especially potential division of the relationship B2C and B2B. It is connected with transposition of the Directive 2005/29/EC to the Czech legal system, which was done at the beginning of the year 2008. Many critical notices were presented about this topic and this contribution focus only on partial aspects which are connected to this procedure. It consists of three parts – analysis of potential conflict of regulations against unfair competition and unfair commercial practices, work with individual parts of directive and at the end de lege ferenda offers the solution of future development in the revolution of private law.

Key words

Unfair competition, unfair commercial practices, B2C relationships, B2B relationships, revolution in the private law, new Civil Code, Directive 2005/29/EC, problematic transposition, concurrence of the regulations.

Vzmemme-li si v úvahu vývoj v oblasti nekalé soutěže během posledních několika let, tak zjistíme, že se v jejím rámci formuje velice výrazná tendence k rozlišování mezi vztahy B2C a B2B. Nejvíce patrné je to kupříkladu na přijetí směrnice 2005/29/ES o nekalých obchodních praktikách (dále jen směrnice), které se vymezuje jednoznačně tak, že B2B vztahy hodlá regulovat jen nepřímo prostřednictvím poskytnutí regulace ve vztazích B2C a tak vytvoření předvídatelnějšího a spravedlivějšího prostředí i pro vztahy mezi profesionálními obchodníky. Je třeba se zamýšlet nad tím, jakým způsobem by měl právní řád na tuto situaci reagovat, zejména s ohledem na skutečnost, že právě v posledních letech dochází k výrazné příležitosti ke kompletnímu přerodu civilního práva v souvislosti s tvorbou nového občanského a obchodního zákoníku a také zákona o mezinárodním právu soukromém. V souvislosti s tím bych také rád ve svém příspěvku zmínil možný způsob práce se směrnicí a zejména vztah regulace nekalých obchodních praktik za předpokladu, že se rozsahem střetává s úpravou nekalé soutěže dle obchodního zákoníku a možné problémy z toho vznikající.

Je třeba ještě podotknout, že v tomto článku se nebudu blíže věnovat samotné směrnici o které se můžete dočíst na jiných místech¹. Hlavním účelem je věnovat se některým z kritických bodům v souvislosti s transpozicí, z nichž některé již byly dříve řešeny²

1. STŘET JEDNOTLIVÝCH ÚPRAV

Směrnice byla transponována do českého právního řádu zejména změnou zákona o ochraně spotřebitele, kde vytvořila de facto kvazi-nekalosoutěžní úpravu pro vztahy B2C. V souvislosti s tímto však mohou vznikat problémy, protože bude docházet ke křížení obou úprav³. Pakliže budeme uvažovat o možnosti křížení, tak mohou nastat potenciálně čtyři situace:

Negative u nekalé soutěže X Negative u nekalých obchodních praktik:

V tomto případě nedochází prakticky k žádným problémům z pohledu právního. Potenciálně by mohly nastat snad jen potíže pro klienta advokáta, jež by chtěl tento spor z pozice žalobce vyhrát.

Negative u nekalé soutěže X Positive u nekalých obchodních praktik:

Za této situace taktéž větší problémy vznikat nebudou. Žalující bude uplatňovat své nároky prostřednictvím úpravy nekalých obchodních praktik a nedojde k výraznějšímu problematickému konfliktu obou úprav. Z pohledu akademického i praktického bude zajímavý střet dvou generálních klauzulí, kdy jedna nebude vyargumentovatelná, kupř. z důvodů absence soutěžní nekalosti, ale druhá díky absenci této podmínky v generální klauzuli bude aplikovatelná⁴.

Positive u nekalé soutěže X Negative u nekalých obchodních praktik:

Je první ze situací, kdy vznikají zásadní problémy. Prvním je tzv. minimální standard směrnice, který však může být respektován jen do roku 2013, tj. od 12.6.2007 po dobu šesti let. Po uplynutí této lhůty bude třeba splnit požadavky kladené směrnicí a to bez jakýchkoliv výjimek. S ohledem na tuto skutečnost bude třeba dořešit právě situaci tohoto příkladu, která by po uplynutí výše zmíněné lhůty nesměla nastat. Možná je předčasné uvažovat již o pět let dopředu, ale s ohledem na právě probíhající změnu v oblasti soukromého práva by mělo dojít i k řešení otázek a problémů budoucích, aby později nemuselo docházet k nepřehledné a zbytečné novelizaci některých ustanovení či dokonce celých právních předpisů. V tomto ohledu nebylo kupříkladu odůvodněno, proč transpozice proběhla právě do zákona o ochraně spotřebitele a nikoliv do obchodního zákoníku, přičemž tímto způsobem by dal tento problém minimalizovat a snadno vyřešit v momentě evropské unifikace B2C vztahů.

Další otázky vzbuzuje i ustanovení směrnice, která stanovuje, že odlišnou transpozicí, resp. překročení minimálního standardu, je možno uskutečnit jen za předpokladu, že je to nutné pro

¹ Hajn, P.: Zákon o regulaci reklamy a nekalé obchodní praktiky, Právní zpravodaj, 2006, č.4, s.12.

² Kriticky zaměřený článek – Čech, P.: Nedotažená revoluce v právní úpravě nekalých obchodních praktik, Právní zpravodaj, 2008, č.3, s.1.

³ Správné transpozici směrnic se věnuje článek Mlsna, P.: Směrnice ES a problém jejich transpozice do českého právního řádu, Právní zpravodaj, 2006, č.6, s.10.

⁴ Této otázce se však budu v příspěvku věnovat ještě později.

zajištění náležitě ochrany spotřebitelů a současně musí být přiměřené. Pakliže tomu tak nebude, tak může být Česká republika žalována u Evropského soudního dvora za špatný postup při transpozici směrnice. V tomto případě je jen velice obtížně představitelná argumentace pro transpozici směrnice právě způsobem, jakým proběhla, a překročení míry jejího rozsahu a intenzity prostřednictvím ustanovení na ochranu proti nekalé soutěži⁵. Pravděpodobnost překročení intenzity je dána opět jednak pojetím zcela odlišných generálních klauzulí a taktéž prostřednictvím jiných rozsahů skutkových podstat nekalosti, eventuálně black listu směrnice.

Je třeba rovněž zdůraznit prvek nesystematičnosti celé transpozice směrnice. Jak bylo již zdůrazněno výše, je třeba hodnotit celý právní řád jako celek a hledat vhodná ustanovení, popř. i obor práva, kde svou úpravou může daná směrnice nejlépe regulovat dané vztahy a naopak zrušit veškeré ustanovení, která by byla eventuálně s touto úpravou v nesouladu, popř. ji obcházel. V tomto bodě by se dal zákonodárce odsuzovat za poněkud lajdácký přístup, jelikož směrnicí chránící spotřebitele jednoduše transponoval do zákona na ochranu spotřebitelů. Bez znalosti tohoto zákona by zřejmě většina konstatovala, že to byl krok zcela logický a předvídatelný. Budeme-li však zkoumat strukturu, způsob regulace a i celkové zaměření tohoto zákona, tak zjistíme, že je poněkud odlišný, jelikož spíše stanovuje administrativně povinnosti podnikatelům, ale nereguluje přímo vztahy B2C, které spadají spíše do oblasti práva soukromého, tedy regulovaného prostřednictvím občanského, či obchodního zákoníku. V tomto bodě je však hodnocení značně subjektivní, jelikož každý odborník bude mít na strukturu práva a jeho vnitřní systém odlišný názor.

Jednou z nejzásadnějších výtek však musí být zcela jednoznačně porušení právní jistoty a předvídatelnosti práva pro zahraniční subjekty v pozicích podnikatele. Dalo by se sice argumentovat profesionalitou a nutností počínat si obezřetně, ale účelem směrnice a celé regulace B2C vztahů na úrovni EU byla nediskriminace a sjednocení pravidel pro podnikání na celém území Evropské unie, což samostatná úprava některých praktik vůči spotřebitelům neumožňuje. Je sice předpokládáno směrnicí, že může dojít k úpravě přísnější, ale ta musí být odůvodnitelná. Z důvodů obdobných jako v případě České republiky by mohla zůstat úprava širší ve všech státech Evropské unie a její význam by se tedy značně zmenšil.

Positive u nekalé soutěže X Positive u nekalých obchodních praktik:

Tento střet sice zdánlivě nepředstavuje všechny problémy zmíněné u předchozího bodu⁶, ale vzniká zde další zásadní problém. Tento problém představuje vyřešení střetu, resp. Vztahu úpravy nekalých obchodních praktik a nekalé soutěže. Tato otázka nebyla ještě stále nikde v odborné literatuře řešena a je třeba se zabývat tím, zda-li se v tomto případě bude možno bavit o nějaké posloupnosti, resp. subsidiaritě některé z úprav či nezávislosti a tedy užití dle volby stran⁷. S ohledem na skutečnost, že vztah explicitně nereguluje ani český řád, ani

⁵ Považuji nesporné to, že tyto dvě úpravy budou po nějakou dobu v českém právním prostředí koexistovat a navzájem se překrývat. Problematické bude, jestliže širší prvek bude představovat nekalá soutěž, jelikož bude nutno respektovat právě minimální standard. Rozsah úpravy nekalé v soutěži v českém právním řádu byl řešen již mnohokrát a je nesporné, že pokrývá jak vztahy B2C, tak i B2B. Více viz.: Večerková, E.: Nekalá soutěž a reklama (vybrané kapitoly) , 1.vydání, Brno: Masarykova univerzita, 2005, s.30 a násl. nebo Hajn, P.: Soutěžní chování a právo proti nekalé soutěži, 1.vydání, Brno: Masarykova univerzita, 2000, s.239.

⁶ Jedinou zásadní výjimkou je problém unifikace od roku 2013 a nutnost jeho řešení.

⁷ Jako je tomu kupř. v právu na ochranu osobnosti ve vztahu k nekalé soutěži. Opakem by mohl být např. vztah odpovědnostní dle občanského zákoníku, kde existuje odpovědnost obecná a k ní mnoho speciálních druhů, které mají aplikační přednost.

směrnice, tak až aplikační praxe bude muset tuto skutečnost dostatečně vyjasnit. Dle současného znění je mnohem pravděpodobnější varianta druhá, tj. nezávislost obou úprav a tedy volby žalobce na základě kterých ustanovení bude vůči žalovanému uplatňovat své nároky. Není však zcela jasné, zda-li je to varianta ideální, protože obě řešení regulují de facto stejné situace, tz. „nekalé jednání podnikatele“ vůči spotřebiteli, což však ve většině ostatních souběhů nenastává.

2. VÝKLAD A PRÁCE SE SMĚRNICÍ ANEB JE TO SKUTEČNĚ TAK SNADNÉ JAK TO ZATÍM VYPADÁ?

Vezmeme-li v úvahu dikci generálních klauzulí v Evropě proti nekalé soutěži⁸ a současně i anglické znění směrnice, tak můžeme zjistit, že vzniklo něco nového, zdánlivě až nejasného. Důvodem pro tuto skutečnost je zejména souběh generální klauzule v článku 5 odst. 2. směrnice a prováděcího ustanovení k příloze č.1 směrnice, tj. blacklistu, které je obsaženo v článku 5. odst. 5. směrnice, transponovaném do zákona o ochraně spotřebitele v §5 odst.3 a §5a odst. 2..

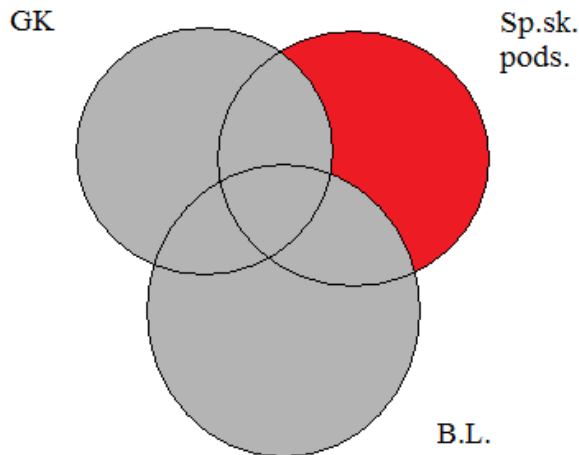
V tomto případě nemůžeme vycházet z transponovaného znění, jelikož překlad směrnice byl poněkud změněn a z českého překladu směrnice: „V příloze I. Je uveden výčet obchodních praktik, které jsou považovány za nekalé za všech okolností...“⁹ je nyní „Klamavou (popř.agresivní) obchodní praktikou je vždy praktika uvedená v příloze č.1 (2) k tomuto zákonu“. V tomto případě nebudeme přistupovat ke kritice samotné problémové transpozice, ale vezmeme-li v úvahu řešení nastíněné směrnici, tak není zcela vyjasněn její vztah ke generální klauzuli. Současná teorie vychází z postupu, který prezentuje např. prof. Hajn ve svých člancích a jež bez dalšího zvažování prohlašuje praktiky dle blacklistu za nekalé¹⁰ a až následně zkoumá další ustanovení směrnice představované generální klauzulí, popř. speciálními skutkovými podstatami. Je to patrné kupř. z příloženého obrázku. Na něm je znázorněn vztah tří základních skupin nekalých praktik dle směrnice, jejich vzájemné vztahy a rovněž situace za kterých je jednání regulované směrnicí považováno za nekalé. Tři množiny představují jednotlivé skupiny vztahů, které směrnice může regulovat. Jedná se jmenovitě o vztahy dle blacklistu, generální klauzule a rovněž speciálních skutkových podstat, tj.klamavých a agresivních. Šedá část obrázku představuje vztahy, které budou nekalými, pakliže budou odpovídat skutkovou podstatou rozsahu ustanovení směrnice. Jejich průsečíky následně situace, kdy dojde k souběhu a možnosti subsumování pod rozsah více ustanovení současně, což je v mnoha případech dokonce nutné. Vyhodnotíme-li si tedy situaci, tak lze dovodit, že rozsah směrnice a nekalých obchodních praktik dle tohoto způsobu je skutečně velice široký. Přispívá k tomu zejména blacklist, který by se dle této teorie neměl ohlížet na abstraktní termíny generálních klauzulí, ale přímo regulovat praktiky obchodníků. Tento způsob řešení má svá pozitiva, ale i negativa. Mezi pozitivy je třeba zmínit relativní právní jistotu účastníků a předvídatelnost regulace. Na druhou stranu je třeba upozornit i na negativa, která budou představovány kupříkladu skutečností, že i přes relativní konkrétnost blacklistu je

⁸ Kubáč, R.: Právní úprava nekalé soutěže se zaměřením na klamavou a srovnávací reklamu v Německu, Rakousku a na Slovensku a porovnání s úpravou českou, Právní rozhledy, 2006, č.18, s.577 nebo Hilty, Reto M., Henning-Bodewig, F.: Law Against Unfair Competition: Towards a New Paradigma in Europe. Berlin: Springer Berlin Heideberg, 2007.

⁹ V anglickém znění ještě výstižnější: „Annex 1. contains the list of those commercial practices which shall in all circumstances be regarded as unfair...“

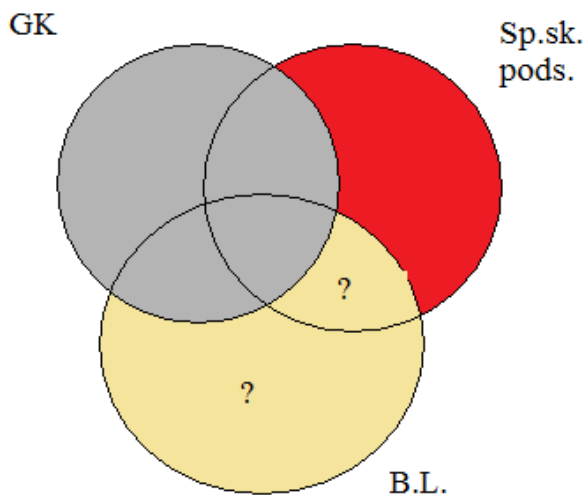
¹⁰ I tak je třeba však podotknout, že tak jednoznačné to není, protože i v tomto případě bude třeba nesporně subsumovat jednání podnikatele pod rozsah ustanovení v příloze a tak prokázat nekalost praktiky.

třeba stále subsumovat skutkovou podstatu přesně pod rozsah jednotlivých praktik popsanych v příloze, což nemusí být vždy snadné. Jediné slovo dikce přílohy je schopno zamezit možnosti argumentace prostřednictvím blacklistu směrnice. Je třeba taktéž zmínit, že práce pomocí této metody může v některých případech vést ke zbytečné tvrdosti vůči podnikatelům, protože zde zcela schází zohlednění některých faktorů konkrétní situace, jak tomu nabízí současná úprava nekalé soutěže prostřednictvím pojmu dobrých mravů v §44 obchodního zákoníku.



Obrázek č.1

Na druhou stranu je možno taktéž postupovat odlišně, čemuž přisvědčuje ustanovení anglického znění, ale i českého překladu, směrnice. Při tomto řešení by se postupovalo obdobně jako při práci s generálními i klauzulemi proti nekalé soutěži, což znamená nutnost zohlednění ustanovení generální klauzule a podmínek tam definovaných při stanovení nekalosti za každých okolností (viz. obrázek č.2). Bez tohoto zohlednění by nebylo možno následně praktiku definovat jako nekalou, jelikož by zde scházel element nekalosti. Tomuto přístupu nasvědčuje nejen možná interpretace, ale taktéž pozitiva v podobě celistvosti zohlednění celého případu a všech jeho aspektů. Jako negativa by se dala prezentovat menší předvídatelnost, právní nejistota a celkově obtížnější práce s touto metodou.



Obrázek č.2

Je třeba konstatovat, že žádné z řešení není zcela správné či chybné. Obecně teorie aplikuje řešení první, což však může vést někdy k nespravedlivému výsledku. Judikatura bohužel k tématu zatím neexistuje, jelikož je směrnice, resp. změny v českých právních předpisech, účinná na území České republiky teprve od počátku roku 2008. Nezůstává tedy alespoň po dobu nejbližší nic jiného, než interpretovat předpis dle jeho znění a pomocí teleologického výkladu, který by mohl přisvědčovat taktéž postupům oběma.

3. CO PŘINESE BUDOUCNOST?

Jak již bylo zmíněno v úvodu, v současné době se stále více a více přibližuje revoluce v soukromém právu. Dojde ke změnám v obchodním, občanském a mezinárodním právu soukromém, což však nevylučuje i další možné výrazné změny. Pakliže je tedy někdy třeba uvažovat *de lege ferenda*, tak by to mělo být právě dnes, kdy by změna byla nejsnadnější a současně nejlépe reflektující novou situaci. Dle současné podoby navrhovaných změn dojde k přesunu úpravy nekalé soutěže a úpravy související kompletně z obchodního do občanského zákoníku a nekalé obchodní praktiky jsou již transponovány do zákona o ochraně spotřebitele. Zda-li je toto řešení ideální je obtížné odpovědět, ale přinejmenším je třeba upozornit na značnou inkonzistenci této varianty z pohledu historického vývoje a taktéž nesouladu skutečnosti, že úprava nekalých obchodních praktik je obsažena v zákoně, jež má chránit spotřebitele a nekalá soutěž bude v zákoně s obdobným zaměřením. Jako logické řešení by se mohlo jevit sloučení obou úprav, či naopak definitivní rozštěpení úpravy na ochranu soutěžních pravidel.

Na základě vývoje z poslední doby se stává stále více a více evidentním fakt, že nekalá soutěž a její úprava se štěpí. Po vývoji z minulosti¹¹, kdy byl trend opačný se opět začíná rozlišovat mezi vztahy B2B a B2C a vývoj tedy spěje k možnému rozdělení úpravy. Do budoucna je možnost zavedení jednoho z těchto řešení:

¹¹ Večerková, E.: Nekalá soutěž a reklama (vybrané kapitoly), 1. vydání, Brno: Masarykova univerzita, 2005, s. 13.

Společná varianta:

V tomto případě by se maximalizoval efekt sloučení úprav a tak by komplexní úprava mohla být obsažena v občanském či obchodním kodexu. Taktéž by mohl vzniknout samostatný zákon, který by problematiku upravoval. V současné situaci se jeví tato varianta jako nepravděpodobná, protože by znamenala zrušení podstatné části zákona ochrany spotřebitele a současně nerozdělení úpravy, jež má být obsažena v budoucím občanském zákoníku. Výhodou tohoto řešení by byla přehlednost, jednoduchá dohledatelnost či snadná novelizovatelnost.

Varianta dělená:

Zde dojde k naprostému oddělení obou úprav a nadále se bude operovat s nekalostí pro vztahy B2C a B2B. Z první větve vztahů se zřejmě postupem času vytvoří část spotřebitelského práva, která bude regulovat vztahy B2C a to jednak z pohledu soukromoprávního a jednak veřejnoprávního. B2B úprava by potom následovala vzor prvorepublikový a vrátila se tedy ke klasickému pojetí nekalé soutěže mezi podnikateli. Úprava vztahu B2C by se mohla vyskytovat v zákoníku občanském, spojeném se zákonem na ochranu spotřebitele; B2B vztahy by následně mohly být v zákoníku obchodním či v samostatném předpise na ochranu proti nekalé soutěži. Výhodou tohoto řešení by byl soulad s komunitárním právem, jasná vymezenost obou řešení, možnost vhodnější a přesnější úpravy pro jednotlivé typy vztahů.

Varianta smíšená:

Poslední z možných řešení představuje kombinaci v podobě úpravy společné pro oba typy vztahů, které však bude doplněné i dalším předpisem. Tento typ existuje částečně i dnes v podobě obchodního zákoníku (v budoucnu občanském zákoníku) jako předpisu relativně obecného pro tuto problematiku a vedle něj existujícím zákoně o ochraně spotřebitele, jež upravuje problematiku nekalých obchodních praktik. Toto je však jen jedno z možných řešení, protože tato varianta může stavět jednak na vztahu subsidiarity, ale také naprosté nezávislosti. Současně s tím mohou být upraveny samostatně praktiky v B2B, ale i B2C vztazích. Toto řešení nabízí pozitiva obou předchozích řešení, ale současně je i částečně zmenšuje, protože přehlednost, dohledatelnost, ale i novelizace je značně obtížnější, ale na druhou stranu silné prvky varianty dělené zůstávají zachovány.

Závěrem celého příspěvku je třeba upozornit na skutečnost, že Česká republika je z pohledu transpozice nejhorším státem z celé Evropské unie, jak vypovídají statistiky z uplynulého roku¹². Je třeba si uvědomit, že pro zlepšení této nelichotivé bilance je třeba zapracovat na legislativním procesu a transponovat směrnice obecně mnohem přesněji, systematictěji a koncepčně. Typickým příkladem by mohla být směrnice, jíž je věnován tento článek. K transponovaným předpisům by mělo prostřednictvím diskuze či důvodové zprávy docházet ke konkretizaci práce a skutečnému zdůvodnění jednotlivých ustanovení a nejenom pouhému přepisování obecně známých faktů a frází. Krom této skutečnosti je třeba zapracovat i nad dlouhodobými řešeními a tedy koncepčností práce, pakliže má nový předpis zasahovat do celého právního odvětví. Ostatně jak již řekl T.A.Harris: „Není možné se učit navigaci za bouře“.

¹² *Transpozice směrnic vnitřního trhu – Nejlepší výsledek pro EU, nejhorší pro ČR*, Právní zpravodaj, 2008, č.8., s.2.

Literatura:

- Čech, P.: Nedotažená revoluce v právní úpravě nekalých obchodních praktik, Právní zpravodaj, 2008, č.3.
- Hajn, P.: Soutěžní chování a právo proti nekalé soutěži, 1.vydání, Brno: Masarykova univerzita, 2000.
- Hajn, P.: Zákon o regulaci reklamy a nekalé obchodní praktiky, Právní zpravodaj, 2006, č.4.
- Hilty, Reto M., Henning-Bodewig, F.: Law Against Unfair Competition: Towards a New Paradigm in Europe. Berlin: Springer Berlin Heidelberg, 2007.
- Kubáč, R.: Právní úprava nekalé soutěže se zaměřením na klamavou a srovnávací reklamu v Německu, Rakousku a na Slovensku a porovnání s úpravou českou, Právní rozhledy, 2006, č.18.
- Mlsna, P.: Směrnice ES a problém jejich transpozice do českého právního řádu, Právní zpravodaj, 2006, č.6.
- Večerková, E.: Nekalá soutěž a reklama (vybrané kapitoly), 1.vydání, Brno: Masarykova univerzita, 2005.

Kontaktní údaje na autora – email:

Hulle.tomas@gmail.com

PUBLICIZÁCIA PRÁVNEJ REGULÁCIE OBCHODOVANIA

JÁN HUSÁR

Právnická fakulta Univerzity Pavla Jozefa Šafárika v Košiciach, Slovenská republika

Abstrakt v rodném jazyce

Právna regulácia obchodovania má dominujúco súkromnoprávny charakter, avšak exestuje nemalo prípadov, keď verejná moc z rôznych dôvodov zasahuje do obchodovania a právnou reguláciou ustanovuje špecifické pravidlá obchodovania. Verejnoprávnou reguláciou obchodovania sa určujú pravidlá obchodovania pre vybrané subjekty, najmä pre tie, ktoré majú verejnoprávny charakter alebo ktoré podnikajú pod dohľadom, či nad podnikaním, ktorých sa vykonáva dozor, resp. tie, ktoré pri obchodovaní používajú prostriedky z verejných zdrojov. Okrem toho je predmetom verejnoprávnej regulácie obchodovania s určitými komoditám, organizovanie obchodovania na určitých obchodných miestach, respektíve organizovanie vybraných trhov.

Klíčová slova v rodném jazyce

Obchodovanie, dohľad nad podnikaním, ekonomická sila, hrozba zneužitia ekonomickej sily, verejné obstarávanie, zákaz obchodovania, uvádzanie komodit na trh, obchodná licencia, cenová regulácia.

Abstract

The civil character dominates the legal regulation of trading. However, there are some cases where a public authority intervenes in trading for certain reasons and through legal regulation stipulates specific rules for trading. Statutory regulation of trading determines the trading rules for selected subjects, especially for those which have a statutory character or for those which run a business under supervision or under control, i.e. for those which use public funds while trading. Besides this, the subject of the statutory regulation of trading with certain commodities is also the organisation of the trading at specific locations, or the organisation of specific markets.

Key words

Public regulation, trading, commerce, business control, economic power, the threat of abusing economic power, public procurement, embargo, trading ban, launching commodities on the market, trading license, price regulation.

1. PUBLICIZÁCIA PRÁVNEJ REGULÁCIE OBCHODOVANIA ¹

Obchodovanie je činnosťou založenou na autonómnom rozhodovaní zúčastnených subjektov. Dobrý obchod je taký obchod, ktorý je výsledkom slobodného rozhodnutia všetkých zúčastnených subjektov a ktorý je aj pre všetky zúčastnené subjekty výhodný. Zdalo by sa teda, že právna regulácia obchodovania by mala mať výsostne súkromný charakter a že verejná moc by zásadne nemala do právnej regulácia obchodovania zasahovať. Právna regulácia obchodovania, má skutočne výrazne dispozitívny charakter a predstavuje často „poistku“ pre zmluvné strany, ktoré sa pri dojednaní konkrétneho obchodu opomenuli

¹ Príspevok vznikol v rámci riešenia grantovej úlohy VEGA č. 1/4655/07: Súčasnosť a perspektívy právnej regulácie obchodných zmlúv.

dohodnúť o určitej otázke, resp. takáto právna regulácia zodpovedá predstave zákonodarcu o spravodlivom usporiadaní záležitostí a teda dáva návod zmluvným stranám, ako by mohli spravodlivo usporiadať svoje obchodné záležitosti.

Napriek tomu, že transformácia hospodárskeho systému u nás bola spojená s liberalizáciou obchodovania vrátane cenovej liberalizácie a že proces liberalizácie obchodovania možno považovať v zásade za ukončený, existuje nemálo prípadov, kedy verejná moc z rôznych dôvodov zasahuje do obchodovania a právnymi úpravami stanovuje špecifické pravidlá obchodovania.

Verejnoprávna regulácia obchodovania sa môže vzťahovať:

- na určovanie pravidiel obchodovania pre vymedzené subjekty, najmä pre tie, ktoré majú verejnoprávny charakter alebo ktoré podnikajú pod dohľadom, či nad podnikaním ktorých sa vykonáva dozor;
- na obchodovanie s určitými komoditami;
- na organizáciu obchodovania na určitých obchodných miestach.

Napriek vyššie deklarovanému stavu procesu liberalizácie obchodovania, však možno konštatovať, že sa zreteľne prejavuje tendencia rozširovania verejnoprávnych zásahov do obchodovania, a to vo všetkých vyššie naznačených oblastiach. Rozširuje sa tak okruh subjektov, ktoré sú povinné obchodovať (podnikať) podľa osobitných, prísnejších podmienok, rozširuje sa tiež okruh komodít s ktorými je možné obchodovať len podľa osobitných pravidiel a rozširuje sa aj okruh obchodných miest, na ktorých sa obchoduje podľa osobitných pravidiel, resp. rozširuje sa organizovanie trhov, organizovanie obchodovania, teda inštitucionalizácia obchodovania. Rozširovanie verejnoprávnej regulácie obchodovania paradoxne nenaráža na výrazné odmietanie zo strany zástancov liberalizácie obchodovania. V odbornej literatúre a aj v podnikateľskom prostredí sa len zriedka prejavujú názory, ktoré by spochybňovali napr. opodstatnenosť verejnoprávnych obmedzení obchodovania bánk, poisťovní alebo obmedzení obchodovania so zbrojnými materiálmi, tovarmi a technológiami dvojakého použitia, či napr. organizovania trhu s vybranými poľnohospodárskymi produktmi a pod. Problémy verejnoprávnej regulácie obchodovania tak spočívajú predovšetkým v metódach, ktorými sa táto verejnoprávna regulácia uskutočňuje, v ich účinnosti, ich dopadoch na tretie osoby, či na súvisiace, resp. nadväzujúce vzťahy.

Dôvody verejnoprávnych zásahov do regulácie obchodných vzťahov, ktoré nie sú spravidla v normatívnych textoch vyjadrené treba hľadať v potrebe verejnoprávnej ochrany takých hodnôt, akými sú:

- zdravie obyvateľstva,
- ochrana životného prostredia,
- zabezpečenie obrany a bezpečnosti štátu,
- ochrana tých účastníkov záväzkových vzťahov, ktorí nedokážu dostatočne účinne sami ochrániť svoje práva v týchto vzťahoch,
- plnenie záväzkov vyplývajúcich pre štát z medzinárodných zmlúv.

Tieto dôvody sa často prelínajú a nie je možné ale ani potrebné upresniť nejaké konkrétne hranice medzi nimi.

Popri verejnoprávných regulačných mechanizmoch obchodovania sa formuje aj oblasť obchodných vzťahov, v ktorej sa vytvára autonómia regulačných mechanizmov. Príkladom takejto autonómie v regulácii obchodovania je stanovovanie pravidiel obchodných vzťahov medzinárodnými športovými federáciami resp. národnými športovými zväzmi². Medzinárodné a vnútroštátne športové organizácie vydávajú vlastné pravidlá ktoré sú záväzné len pre ich členov, a ktoré sú založené na prijatí záväzku týchto členov, že sa so svojimi nárokmi z takto upravených vzťahov nebudú obracať na všeobecné súdy, ale na orgány vytvorené na tento účel medzinárodnými resp. národnými športovými organizáciami³.

Povaha regulačných zásahov športových federácií do sféry obchodných záväzkových vzťahov nie je doposiaľ podrobne preskúmaná, i keď tieto, či už národné alebo medzinárodné federácie, zasahujú formou rozhodnutí veľmi prísne do aktivít jednotlivých účastníkov obchodno-záväzkových vzťahov. Takéto zásahy zahŕňajú napr. aj zákaz činnosti konkrétneho športovca, trénera, športového funkcionára alebo športového klubu⁴.

Verejnoprávna regulácia obchodovania je formovaná, tak ako aj súkromnoprávna regulácia, za účelom vytvoriť efektívnu právnu úpravu⁵. Pri efektívnosti právnej úpravy rozlišuje K. Marek dve skupiny funkcií práva, a to funkciu organizačno-regulačnú a ochrannozabezpečovaciu⁶. Tieto funkcie môžu byť navzájom komplementárne alebo môžu byť tiež vo vzťahu vzájomnej konkurencie⁷.

Verejnoprávna regulácia obchodovania je limitovaná najmä článkom 2, ods. 2 Ústavy SR, podľa ktorého štátne orgány môžu konať iba na základe ústavy, v jej medziach a v rozsahu a spôsobom, ktorý ustanoví zákon. Ak by štátna moc alebo iná verejná moc svojimi regulačnými zásahmi vybočila z uvedeného ústavného rámca, nastúpila by zodpovednosť orgánu verejnej moci za škody spôsobené pri výkone verejnej moci. Jedným z príkladov takýchto zásahov verejnej moci do obchodovania je aj poskytovanie protiprávnej štátnej pomoci⁸. Základné obmedzenie poskytovania štátnej pomoci predstavuje ustanovenie čl. 88

² O takejto autonómii v regulácii obchodnoprávných vzťahov pri činnosti agentov hráčov pojednáva napr. J. Čorba, vid': ČORBA, J.: Prejavy autoregulácie obchodnoprávných vzťahov pri činnosti agentov hráčov a klubov, in: Bejček, J. (ed.): Regulace, deregulace, autoregulace - zborník, Masarykova Univerzita Brno 2007, s. 189-207.

³ Podrobnejšie pozri ČORBA, J.: Prejavy autoregulácie obchodnoprávných vzťahov pri činnosti agentov hráčov a klubov, in: Bejček, J. (ed.): Regulace, deregulace, autoregulace - zborník, Masarykova Univerzita Brno 2007, s. 191 a nasl.

⁴ K tejto problematike sa na Slovensku v ostatnom období zásadnejšie vyjadroval len J. Čorba napr. ČORBA J. Obmedzenie výkonu športovej činnosti z dôvodu použitia dopingu v zmysle pripravovanej úpravy, in: Husár J. Ingerencia orgánov verejnej moci do podnikania (Zborník z vedeckej konferencie - (editor Husár J.), UPJŠ Košice, 2006, str. 25 – 35.

⁵ K efektívnosti právnej úpravy zmluvných vzťahov pozri napr. MAREK K.: Smluvní obchodní právo kontrakty, Spisy právnické fakulty Masarykovej univerzity v Brne, zväzok 303, Masarykova univerzita Brno, 2006, s. 10 a nasl.

⁶ Tamtiež, str. 11.

⁷ Tamtiež, str. 11.

⁸ Problematikou právnych následkov zasahovania verejnej moci do podnikania pri poskytovaní štátnej pomoci sa zaoberá napr. K. Csach, pozri: CSACH, K.: Protiprávna štátna pomoc - právne následky nezákonnej ingerencie

ods. 3 Zmluvy o európskom spoločenstve (tretia veta), v ktorej je obsiahnuté tzv. porušenie povinnosti stand-still, ktorý zakotvuje povinnosť členského štátu neposkytovať štátnu pomoc pred tým, ako o poskytnutí rozhodne komisia pozitívne⁹. Z toho možno vyvodiť, že členský štát EÚ je vo svojej normotvornej činnosti pri regulácii zasahovania do obchodovania obmedzený najmä ustanoveniami primárneho európskeho práva¹⁰.

1.1 URČOVANIE PRAVIDIEL OBCHODOVANIA PRE VYMEDZENÉ SUBJEKTY

Osobitné pravidlá pre obchodovanie sú upravené napr. pre tieto kategórie subjektov:

- štátne podniky,
- subjekty, ktoré podnikajú pod dohľadom, napr. pre banky, poisťovne, dôchodcovské správčovské spoločnosti a pod.,
- subjekty, ktoré sa vyznačujú ekonomickou silou a ktoré hrozia zneužitím ekonomickej sily,
- subjekty, ktoré pri obchodovaní využívajú prostriedky z verejných zdrojov.

ad 1.) Štátne podniky - Opodstatnenosť verejnoprávnej regulácie obchodovania štátnych podnikov vyplýva predovšetkým z požiadavky transparentného nakladania s majetkom, ktorý je vo vlastníctve štátu a na druhej strane však takáto verejnoprávna regulácia by nemala viesť ku nekonkurencieschopnosti štátnych podnikov vo vzťahu k iným, najmä súkromnoprávnym účastníkom hospodárskej súťaže na relevantnom trhu. Verejnoprávna regulácia obchodovania štátnych podnikov je obsiahnutá v zákone o štátnom podniku¹¹ a spočíva napr. v obmedzení hotovostných platieb štátneho podniku do sumy 10 000 Sk denne, v povinnosti uskutočňovať platby bezhotovostnou formou, v povinnosti uprednostňovať v platobnom styku zmenku a akreditívne formy platenia.

ad 2.) Subjekty, ktoré podnikajú pod dohľadom - Medzi takéto subjekty, ktoré podnikajú pod dohľadom patria napr. banky, poisťovne, dôchodcovské správčovské spoločnosti a ďalšie subjekty. Opodstatnenosť verejnoprávnej regulácie obchodovania týchto subjektov je daná predovšetkým potrebou ochrany klientov týchto subjektov, ktorí sú spravidla v pozícii veriteľov a nedokážu účinne chrániť svoje záujmy sami, ale tiež rozsahom negatívnych dopadov na chod hospodárstva, ktoré by mal neúspech v podnikaní týchto subjektov a napokon aj záväzkami, ktoré pre Slovenskú republiku vyplývajú z medzinárodných zmlúv a z nášho členstva v EÚ. Verejnoprávna regulácia obchodovania napr. bánk využíva inštitút predchádzajúceho súhlasu Národnej banky Slovenska¹² ako orgánu dohľadu na uskutočnenie niektorých obchodov, napr. na zlúčenie, splynutie alebo rozdelenie banky s inou bankou, resp. s inou právnickou osobou, na predaj podniku banky. Udelený predchádzajúci súhlas na uskutočnenie uvedených úkonov platí najviac jeden rok, pričom sankciou je neplatnosť úkonu, ktorý bol urobený bez predchádzajúceho súhlasu Národnej banky Slovenska.

verejnej moci do podnikania , in: Husár J. Ingerencia orgánov verejnej moci do podnikania (Zborník z vedeckej konferencie -. (editor Husár J.), UPJŠ Košice, 2006, str. 12 – 24.

⁹ Tamtiež, str. 14.

¹⁰ Tamtiež, str. 15.

¹¹ Zákon č. 111/1990 Zb. o štátnom podniku.

¹² § 28 zákona 483/2001 Z. z. o bankách.

Obmedzením obchodovania bánk je napr. zákaz vykonávania obchodov s osobami, ktoré majú osobitný vzťah k banke a ktoré by banka vzhľadom na povahu týchto obchodov, účel alebo riziko nevykonala s ostatnými klientmi¹³. Ďalším obmedzením je zákaz poskytovania úverov nezabezpečených záložným právom k nehnuteľnostiam zamestnancom banky alebo iným osobám, ktoré majú k banke osobitný vzťah, nad limit ich príjmov za bezprostredne predchádzajúcich 24 mesiacov. Zákaz nadobudnúť pohľadávku od osoby s osobitným vzťahom k banke, pri ktorej sa oprávnené predpokladá, že nebude uspokojená riadne a včas. Uskutočňovanie obchodov tak, aby pri každom obchode za banku konali najmenej dve osoby¹⁴, zákaz uskutočňovania nevýhodných obchodov pre banku. Špecifickým obmedzením obchodovania bánk, ktoré však vyznieva skôr len proklamatívne, je povinnosť uskutočňovania obchodov za výhodných ekonomických a právnych podmienok pre banky a pre ich klientov pri nimi vykonávaných obchodoch na účet klienta a pri vynaložení odbornej starostlivosti¹⁵. Verejnoprávna regulácia subjektov, ktoré podnikajú pod dohľadom, je však oveľa zložitejšia a nevystačí len s metódami zákazu, príkazu či predchádzajúceho súhlasu, ale využíva aj zložitejšie nástroje tak, aby na jednej strane bola zabezpečená funkčnosť dohľadu, avšak na druhej strane, aby tieto subjekty mohli rozvíjať svoje podnikateľské aktivity, aj keď v „zúženom“ priestore, pretože ide o subjekty svojim charakterom súkromnoprávne. Skutočnosť, že tieto subjekty podnikajú pod dohľadom, má pre takéto subjekty v ich podnikateľskej činnosti popri obmedzeniach aj nesporné pozitíva, ktoré spočívajú predovšetkým v tom, že takéto subjekty sa stávajú pre klientov, pre zákazníkov dôveryhodnými, resp. dôveryhodnejšími než subjekty, ktoré podnikajú v takýchto činnostiach ale nad podnikaním ktorých nie je vykonávaný dohľad

ad 3.) Subjekty, ktoré sa vyznačujú ekonomickou silou a ktoré hrozia zneužitím ekonomickej sily - Medzi subjekty, ktoré sa vyznačujú ekonomickou silou patria napr. obchodné reťazce podľa zákona 358/2003 Z. z. o obchodných reťazcoch. Za obchodný reťazec sa považuje obchodná prevádzkareň alebo zoskupenie obchodných prevádzkárni, ktoré používajú rovnaké alebo vzájomne zameniteľné označenie obchodným názvom, alebo ktoré sú prevádzkované tým istým podnikateľom, alebo vzájomne majetkovo a personálne prepojenými podnikateľmi, ak majú ekonomickú silu. Obchodným reťazcom je aj obchodná aliancia. Zneužitím ekonomickej sily takýchto obchodných reťazcov je podľa zákona zneužitie vyjednávacej výhody pri uzatváraní zmluvy s dodávateľom a vynucovanie si výhodnejších podmienok, než aké by bolo možné dosiahnuť bez takejto vyjednávacej výhody. Zneužitím ekonomickej sily je napr. vynucovanie neprimerane výhodných obchodných podmienok alebo uplatňovanie diskriminačných obchodných podmienok voči jednotlivým dodávateľom pri zhodnom alebo obdobnom plnení. Zaradenie tejto kategórie subjektov medzi subjekty, pre ktoré platia osobitné pravidlá pre obchodovanie, je však veľmi problematické a v súčasnej praxi sa zatiaľ nevyskytol prípad, kedy by bol obchodný reťazec postihnutý za zneužitie svojej ekonomickej sily. Otázny je tiež vzťah úpravy zneužitia ekonomickej sily, podľa zákona č. 358/2003 Z. z. o obchodných reťazcoch a zákona č. 136/2001 Z. z. o ochrane hospodárskej súťaže podľa ustanovenia § 8, ktoré zahŕňa aj dočasné zneužívanie ekonomickej sily, s cieľom vylúčiť súťaž. Deklarovaním, že zneužitie ekonomickej sily je v rozpore so zásadami poctivého obchodovania podľa § 265 Obch. zákonníka zákonodarca výslovne ustanovil, že výkon práv z týchto vzťahov nepožíva právnu ochranu. Súčasne je tým zvýhodnená druhá strana, teda ten

¹³ § 35 zákona 483/2001 Z. z. o bankách.

¹⁴ § 27, ods. 1, písm. b) zákona 483/2001 Z. z. o bankách.

¹⁵ § 27, ods. 1, písm. c) zákona 483/2001 Z. z. o bankách.

subjekt, ktorý bol dotknutý zneužitím ekonomickej sily, že nemusí preukazovať, že zneužitie ekonomickej sily je v rozpore so zásadami poctivého obchodného styku.

ad 4.) Subjekty, ktoré pri obchodovaní využívajú prostriedky z verejných zdrojov - Verejnoprávna regulácia obchodných vzťahov, pri ktorých sa hradí odplata za poskytnuté plnenie z verejných zdrojov, je založená na povinnosti postupovať pri uzatváraní takýchto obchodov podľa pravidiel stanovených v zákone o verejnom obstarávaní¹⁶. Podľa tohto zákona sa pri uzatváraní obchodov musí postupovať podľa zákonom stanovených postupov, ktorými sú:

- verejná súťaž
- užšia súťaž
- rokovacie konanie
- súťažný dialóg.

Subjekty, ktoré vo svojej činnosti využívajú prostriedky z verejných zdrojov, môžu uzavrieť konkrétnu zmluvu len s tým subjektom, ktorý uspel v konkrétnom postupe verejného obstarávania. Výber obchodného partnera je tak obmedzený len na subjekty, ktoré spĺňajú kritériá dôveryhodnosti, schopnosti plniť záväzky, ktoré majú dobrú povesť a ktorých ponuka sa ukázala ako najlepšia.

1.2 OBCHODOVANIE S URČITÝMI KOMODITAMI

Jednotlivé komodity v zásade možno členiť na komodity, s ktorými je možné obchodovať voľne, bez akýchkoľvek kvantitatívnych, kvalitatívnych alebo iných obmedzení a na komodity, s ktorými je možné obchodovať podľa osobitných pravidiel. Takéto komodity sa niekedy označujú ako tzv. citlivé komodity. Medzi takéto citlivé komodity patria napr. niektoré chemikálie, lieky humánne i veterinárne, ohrozené druhy zvierat a rastlín, zbrane, munícia, jedy, drogy, prekursori, odpady, emisie a pod. Tieto komodity sú citlivými z viacerých dôvodov, napr.

- z dôvodu ochrany zdravia a životného prostredia,
- z dôvodu ochrany bezpečnostných a obranných záujmov štátu,
- z dôvodu plnenia záväzkov z medzinárodných zmlúv.

Zabezpečenie ochrany uvedených verejných záujmov a plnenie záväzkov z medzinárodných zmlúv je možné okrem iného zabezpečiť aj právnou reguláciou obchodovania s takýmito komoditami.

Verejnoprávna regulácia obchodovania s určenými komoditami sa uskutočňuje viacerými spôsobmi:

- zákazom obchodovania,

¹⁶ Zákon 25/2006 Z. z. o verejnom obstarávaní.

- stanovením podmienok uvádzania určitých komodít na trh,
- udelením licencie na obchodovanie s určitými komoditami,
- obmedzením obchodovania s určitými komoditami len na určité subjekty,
- cenovou reguláciou.

1.2.1 ZÁKAZ OBCHODOVANIA

Zákaz obchodovania je obsiahnutý napr. v zákone č. 179/1998 Z. z. o obchodovaní s vojenským materiálom a o doplnení zákona č. 455/1991 Zb., živnostenskom podnikaní (Živnostenský zákon). Podľa uvedeného zákona je zakázané obchodovať, dovážať, vyvážať, nadobúdať, sprostredkovať obchodovanie alebo prepravovať zbrane hromadného ničenia, ktorými sú jadrové, chemické alebo biologické zbrane a ich komponenty. Sankciou za porušenie tohto zákazu je absolútna neplatnosť právneho úkonu na ktorý sa takéto ustanovenie vzťahuje (podľa § 39 Obč. zákonníka).

1.2.2 STANOVENIE PODMIENOK UVÁDZANIA URČITÝCH KOMODÍT NA TRH

Niektoré tovary môžu byť uvádzané na trh len ak sú splnené ustanovené kritériá. Príkladom takýchto tovarov sú niektoré vinárske produkty, napr. oblastné víno, akostné víno, akostné víno s prívlastkom, akostné víno z ohraničenej vinohradníckej plochy, tokajské víno a ďalšie produkty¹⁷, ktoré možno uvádzať na trh len po ich preskúšaní a zatriedení, ak získali osvedčenie o zatriedení. Uvádzaním na trh sa podľa zákona rozumie nielen samotný predaj, ale aj prepravovanie, skladovanie a ponúkanie týchto produktov¹⁸. Obdobne aj podľa zákona 152/1995 Z. z. o potravinách je možné umiestňovať na trh nové potraviny a výživové doplnky len so súhlasom a za podmienok ustanovených rozhodnutím Úradu verejného zdravotníctva SR a geneticky modifikované potraviny a potraviny s výživovým tvrdením a zdravotným tvrdením len so súhlasom a za podmienok ustanovených Ministerstvom pôdohospodárstva SR a schválených Európskou komisiou. Pri nepotravinárskych výrobkoch sú taktiež stanovené podmienky uvádzania týchto výrobkov na trh, ako stiahnutie takýchto výrobkov z predaja alebo stiahnutie z trhu¹⁹.

1.2.3 UDELENIE LICENCIE NA OBCHODOVANIE S URČITÝMI KOMODITAMI

Príkladom obchodovania s komoditami, s ktorými je regulovaný obchod z dôvodu zabezpečenia obranných a bezpečnostných záujmov štátu, je obchodovanie s vojenským materiálom, ktoré je regulované zákonom 179/1998 Z. z. o obchodovaní s vojenským materiálom.

1.2.4 OBMEDZENIE OBCHODOVANIA S URČITÝMI KOMODITAMI LEN PRE URČITÉ SUBJEKTY

Príkladom obmedzenia obchodovania s určitými komoditami len pre určité subjekty je obchodovanie s vojenským materiálom. Podľa zákona 179/1988 Z. z. obchodovať

¹⁷ Tieto produkty sú taxatívne vypočítané v § 27, ods. 2 zákona č. 182/2005 Z. z. o vinohradníctve a vinárstve.

¹⁸ Podľa § 2 ods. 42 zákona č. 182/2005 Z. z. o vinohradníctve a vinárstve.

¹⁹ Podľa § 2 Nariadenia vlády č. 404/2007 o všeobecnej bezpečnosti výrobkov.

s vojenským materiálom môžu len osoby, ktoré majú na takéto obchodovanie povolenie Ministerstva hospodárstva SR, ktoré takéto povolenie vydá po vyjadrení Ministerstva zahraničných vecí SR, Ministerstva obrany SR, Ministerstva vnútra SR a Národného bezpečnostného úradu SR. Pri obchodovaní s vojenským materiálom rozlišuje zákon medzi obchodníkom, ktorý len obchoduje s vojenským materiálom ale tento materiál nevyrába, ktorý musí splniť prísnejšie podmienky²⁰ a obchodníkom, ktorý obchoduje s vojenským materiálom, ktorého je výrobcom. Popri povolení na obchodovanie s vojenským materiálom, môže byť udelené aj povolenie na sprostredkovateľskú činnosť pri obchodovaní s vojenským materiálom. Subjekt, ktorý získal povolenie na sprostredkovateľskú činnosť, musí vo svojej činnosti rešpektovať zákonné obmedzenia, ktoré majú jednak

evidenčný charakter - je povinný viesť najmenej počas piatich rokov od konca kalendárneho roku, v ktorom došlo k sprostredkovaniu obchodu s vojenským materiálom evidenciu o sprostredkovateľskej činnosti, ktorá musí obsahovať stanovené údaje;

informačný charakter - je povinný informovať Ministerstvo hospodárstva SR o počte a rozsahu sprostredkovateľských činností v určitom období.

Okrem týchto povinností má však takýto sprostredkovateľ tiež zdržať sa sprostredkovateľskej činnosti, ak by viedla k poškodeniu zahranično-politických, bezpečnostných alebo obchodných záujmov Slovenskej republiky, medzinárodných záväzkov SR alebo k poškodzovaniu záujmov medzinárodných organizácií a inštitúcií, ktorých je SR členom alebo ktoré uznáva. Povinnosť zdržať sa sprostredkovateľskej činnosti má takýto sprostredkovateľ aj vtedy, ak by touto činnosťou mohol byť podporovaný terorizmus alebo medzinárodný organizovaný zločin. Osoba, ktorá má povolenie na obchodovanie s vojenským materiálom, môže s týmto materiálom obchodovať od nadobudnutia povolenia až do jeho zániku, resp. zrušenia či vrátenia povolenia. Oprávnená osoba môže vykonávať zahraničnú obchodnú činnosť s vojenským materiálom len na základe, v rozsahu a za podmienok obsiahnutých v udelenej licencii. O udelenie licencie teda môže požiadať len subjekt, ktorý má vydané povolenie obchodovať s vojenským materiálom. O udelení licencii rozhoduje Ministerstvo hospodárstva SR, ktoré môže požiadať Ministerstvo zahraničných vecí SR, Ministerstvo obrany SR, Ministerstvo vnútra SR, Národný bezpečnostný úrad SR o vyjadrenie k žiadosti o udelenie licencie. Obchodovanie s vojenským materiálom sa uskutočňuje pod kontrolou Ministerstva hospodárstva SR. Samotné obchodovanie s vojenským materiálom z hľadiska zmluvných vzťahov nie je predmetom osobitnej úpravy a teda, pokiaľ by išlo o kúpu alebo predaj vojenského materiálu do zahraničia, resp. zo zahraničia, posudzoval by sa tento vzťah ako záväzkový vzťah medzi dvomi subjektami, z ktorých každý má sídlo v inej krajine a riadil by sa spravidla režimom dohovoru OSN o zmluvách o medzinárodnej kúpe tovaru (Viedenský dohovor o medzinárodnej kúpe tovaru). Ak by náš obchodník nemal licenciu na daný obchod, mohol by takýto obchodný vzťah realizovať s dojednaním odkladacej alebo rozväzovacej podmienky, ktorá by sa týkala udelenia licencie na daný obchod. Ak by odkladacia alebo rozväzovacia podmienka dohodnutá nebola a k uzavretiu zmluvy, ktorej predmetom by bol vojenský materiál, by došlo. pričom na tento obchod by nebola udelená licencia, nešlo by o neplatnú zmluvu, ale o tzv. dodatočnú nemožnosť plnenia.

²⁰ Podľa § 6 ods. 1 písm. a) zákona, musí takýto obchodník mať základné imanie najmenej 5 miliónov Sk, ktoré je tvorené viac ako 51 percentami vkladov pochádzajúcich od tuzemských osôb.

Na obchodovaní s emisnými kvótami, ktoré predstavujú nový druh obchodov, sa môžu podieľať len účastníci schémy obchodovania a účastníci systému obchodovania, pričom účastníkmi schémy obchodovania sú povinní účastníci a dobrovoľní účastníci ako aj každá iná osoba, ktorá sa prihlási do registra kvót. Rovnako je tomu aj pri účastníkoch systému obchodovania. Iné osoby než uvedené, sa nemôžu podieľať na obchodovaní s emisnými kvótami. Register kvót vedie Ministerstvo životného prostredia SR²¹.

1.2.5 CENOVÁ REGULÁCIA

Cenová regulácia je podľa platného zákona o cenách²² ponímaná prevažne ako mimoriadne opatrenie, ktoré je opodstatnené len v prípade, ak vznikne mimoriadna trhová situácia, ak dôjde k hrozeniu trhu vplyvom nedostatočne rozvinutého konkurenčného prostredia, ak si to vyžaduje verejný záujem, najmä ochrana spotrebiteľa a z ďalších v zákone uvedených dôvodov. Cenová regulácia sa uskutočňuje úradným určením cien, a to buď určením maximálnej ceny, ktorú nie je dovolené prekročiť, alebo pevnej ceny, ktorú nie je prípustné zmeniť. Tento spôsob verejnoprávnej regulácie sa v súčasnosti uplatňuje len v minimálnej miere, napr. pri regulácii cien tovarov v sieťových odvetviach, či napr. pri regulácii poštových služieb alebo taríf železničnej dopravy.

1.3 ORGANIZÁCIA OBCHODOVANIA NA URČITÝCH OBCHODNÝCH MIESTACH ALEBO NA ORGANIZOVANÝCH TRHOCH

Osobitnými miestami, na ktorých sa obchoduje a na ktorých je obchodovanie upravené úpravou, ktorá má prevažne verejnoprávny charakter, sú burzy, a to v našich podmienkach Burza cenných papierov Bratislava alebo Komoditná burza Bratislava. V ostatnom období sa rozvíja obchodovanie predovšetkým s poľnohospodárskymi výrobkami na organizovaných trhoch, napr. trh obchodovania s mliekom, s ktorým sa obchoduje na organizovanom trhu, ktorého pravidlá ustanovuje ministerstvo pôdohospodárstva v trhovom poriadku. Verejnoprávna regulácia obchodovania na burzách, ako osobitných miestach obchodovania, sa odvíja od toho, že komoditná burza môže vzniknúť len na základe štátneho povolenia. Zakladateľmi komoditnej burzy, ako právnickej osoby, sú predovšetkým tí, ktorí majú záujem na obchodovaní s určitými produktmi a ktorí podieľaním sa na založení komoditnej burzy sledujú aj svoje súkromné ekonomické záujmy. Udelením povolenia na založenie komoditnej burzy umožňuje štát vznik transparentného organizovaného trhu a tým podporuje rozvoj obchodu. Verejnoprávne zásahy do obchodovania na komoditnej burze sú založené na tom, že na komoditnej burze je možné obchodovať a môžu obchodovať len oprávnené osoby, a to v miestnostiach a priestoroch určených burzovou komorou, pre uzavieranie a sprostredkovanie burzových obchodov.²³ Na obchodovaní na burze sa tak môžu zúčastniť len osoby, ktoré sa podrobia štatútu burzy a burzovým pravidlám. Predovšetkým sú to zakladatelia komoditnej burzy a osoby prijaté burzovou komorou za členov komoditnej burzy. Na obchodovanie na komoditnej burze sú oprávnené aj iné osoby, ktoré majú oprávnenie na výrobu alebo spracovanie tovaru, ktorý je predmetom burzových obchodov a ktorí dostanú vstupenku na burzové zhromaždenie. Početne nevelikú skupinu osôb, ktoré sú oprávnené obchodovať na komoditnej burze predstavujú právnické osoby zriadené zákonom, za účelom regulácie trhu komodít, akou je napr. Pôdohospodárska platobná agentúra alebo osoby

²¹ Podrobnejšie zákon 572/2004 Z. z. o obchodovaní s emisnými kvótami v znení neskorších zmien a doplnkov.

²² Zákon č. 18/1996 Z. z. o cenách.

²³ § 20 zákona 229/1992 Zb. o komoditných burzách.

zriadené zákonom, za účelom vytvárania a ochraňovania hmotných rezerv, napr. Správa štátnych hmotných rezerv. V mene právnických osôb, ktoré sú oprávnené obchodovať na burze, uzavierajú konkrétne burzové obchody nimi ustanovené fyzické osoby ako ich splnomocnenci, ktoré však môžu byť určené len s predchádzajúcim súhlasom burzovej komory. Osoby, ktoré majú oprávnenie na výrobu alebo spracovanie tovaru, ktorý je predmetom burzových obchodov a ktoré obchodujú na základe vstupenky na burzové zhromaždenie, môžu uzavierať jednotlivé burzové obchody len prostredníctvom dohodcov. Iné osoby sa nemôžu zúčastňovať obchodov na burze a z obchodovania na burze môžu byť vylúčené osoby, ktoré síce mali oprávnenie na obchodovanie na komoditnej burze ale ktorým toto oprávnenie v zákonom stanovených prípadoch zaniklo.²⁴ Obchodovanie na komoditnej burze je založené na čestnosti obchodovania. Čestnosť obchodovania je v zákone o komoditnej burze konkretizovaná požiadavkou rovnakej dostupnosti, rovnakých informácií v rovnakom čase pre všetkých účastníkov o skutočnostiach významných pre vývoj kurzov komodít, s ktorými sa na burze obchoduje. Ďalšie požiadavky čestnosti obchodovania na komoditnej burze predstavujú zákaz uzavierať burzové obchody zamerané na poškodzovanie tretích osôb, zákaz zneužitia informácií o skutočnostiach, ktoré môžu ovplyvniť vývoj kurzov komodít, s ktorými sa na burze obchoduje a povinnosť členov burzy, ako aj zamestnancov burzy zachovávať mlčanlivosť o skutočnostiach, ktoré získali zo svojho postavenia a ktoré majú význam pre vývoj kurzov komodít, s ktorými sa na burze obchoduje. Porušenie takto stanovených pravidiel čestnosti obchodovania na burze má za následok neplatnosť uzavretých obchodov podľa § 39 Občianskeho zákonníka. Inštitút čestnosti obchodovania na komoditnej burze je konštruovaný prísnejšie ako inštitút poctivého obchodného styku podľa § 265 Obchodného zákonníka. Na druhej strane však, podľa môjho názoru, nepredstavuje takto koncipovaný inštitút čestnosti obchodovania na komoditnej burze dostatočne účinnú ochranu pre účastníkov obchodov, najmä pre tých, ktorí obchodujú na základe vstupenky, pretože preukázanie napr. uzavretia burzového obchodu zameraného na poškodzovanie tretích osôb, resp. preukázanie zneužitia informácií, môže byť problematické a ťažko dokázateľné. Účinnosť ochrany čestnosti obchodovania by sa výrazne zvýšila možnosťou postihu už v prípade, ak je dôvodné podozrenie z uskutočnenia zakázaných konaní. Podstatným verejnoprávnym obmedzením obchodovania na komoditnej burze je skutočnosť, že na komoditnej burze možno obchodovať iba s tými komoditami, ktoré sú zapísané v obchodnom registri a ktorých prijatie na burzový obchod schválil príslušný orgán. Toto obmedzenie je významné z hľadiska právnej istoty obchodovania na komoditnej burze, pretože pri všetkých komoditách, s ktorými sa obchoduje na burze, musia byť zaznamenané ceny z burzových obchodov spôsobom určeným zákonom, a pre všetky komodity s ktorými sa obchoduje na komoditnej burze určuje burzová komora po skončení burzového zhromaždenia kurz danej komodity (cenovú kotáciu). Kurzy uverejňuje burzová komora v kurzovom liste, ktorý sa zverejní v obchodnom vestníku. Takýmto spôsobom vlastne všetci, ktorí obchodujú na komoditnej burze, vedia, aké sú aktuálne ceny komodít, s ktorými sa obchoduje. Nad činnosťou komoditnej burzy vykonáva štát štátny dozor prostredníctvom ním vymenúvaného a odvolávaného burzového komisára. Burzový komisár je okrem iného oprávnený pozastaviť burzový obchod, avšak len z dôvodu, ak inak nemožno zabrániť veľkým hospodárskym škodám. Pozastavenie obchodovania však nemá za následok neplatnosť už uzavretých obchodov. Dôsledkom takéhoto rozhodnutia je nemožnosť uzavierať na komoditnej burze obchody, ktoré boli pozastavené.

²⁴ § 22 zákona 229/1992 Zb. o komoditných burzách.

Osobitosti produkcie poľnohospodárskych produktov a obchodovania s týmito produktmi, ako aj zabezpečenie dostupnosti poľnohospodárskych produktov pre výživu obyvateľstva, sú dôvodmi pre organizovanie trhu s vybranými poľnohospodárskymi produktmi, ktorým je poverená Pôdohospodárska platobná agentúra. Pre jednotlivé druhy výrobkov sa môžu vytvárať komoditné rady, ktorých členmi sú zamestnanci Pôdohospodárskej platobnej agentúry, Ministerstva pôdohospodárstva SR a zástupcovia záujmových združení výrobcov, spracovateľov a predajcov daného výrobku, ktorých navrhuje Slovenská poľnohospodárska a potravinárska komora. Organizovanie trhu s konkrétnym poľnohospodárskym produktom sa môže realizovať len týmito nástrojmi:

- štátnym intervenčným nákupom za intervenčné ceny²⁵, dopravou, skladovaním, úpravou a spracovaním daných výrobkov,
- predajom výrobku získaného štátnym intervenčným nákupom,
- kvantitatívnym regulovaním výroby, odbytu a spotreby (kvotácia),
- uložením povinnosti odstrániť z trhu určené množstvo výrobku.²⁶

Organizovanie trhu má za cieľ zmenšenie rozdielu medzi ponukou a dopytom daného výrobku. Takéto organizovanie trhu sa vzťahuje na výrobky pôvodom zo Slovenskej republiky a na podnikateľov, ktorí majú sídlo alebo trvalý pobyt na území Slovenskej republiky. Štátny intervenčný nákup nemožno uskutočniť kedykoľvek, ale len vtedy, ak v určenom období ustanoveným spôsobom zistená cena výrobku dosahovaná na vymedzenom trhu poklesne pod vopred určenú cenovú úroveň.²⁷ Rovnako ani predaj výrobkov nakúpených cez štátny intervenčný nákup nemožno dodať na trh kedykoľvek, ale len ak v určenom období ustanoveným spôsobom zistená cena výrobku dosahovaná na vymedzenom trhu presiahne vopred určenú cenovú úroveň.

Špecificky je organizované obchodovanie s emisnými kvótami. Obchodovanie s emisnými kvótami sa uskutočňuje na základe plánu vypracovaného Ministerstvom životného prostredia SR v spolupráci s Ministerstvom hospodárstva SR. Takýto plán má byť vypracovaný na päťročné obdobie začínajúce od 1. januára 2008. Obchodovanie je možné realizovať len v súlade s pridelenými kvótami na stanovené obchodovateľné obdobie. Samotné obchodovanie sa uskutočňuje prevodom kvót z prevádzajúceho na nadobúdateľa, ktorý za nadobudnutie kvót zaplatí dohodnutú úplatu. Takéto obchody sa môžu realizovať len medzi osobami, ktoré sú účastníkmi schémy obchodovania a systému obchodovania²⁸.

Prehľad verejnoprávnych zásahov do obchodovania, prezentovaný v tomto príspevku, predstavuje len veľmi úzky exemplikatívny výpočet verejnoprávnych regulačných mechanizmov, ktorými štát určuje pravidlá obchodovania pre vybrané subjekty, ktorými reguluje obchodovanie s určitými komoditami a organizuje obchodovanie na vymedzených obchodných miestach. Aj tento úzky výpočet však naznačuje, že verejnoprávna regulácia

²⁵ Intervenčnou cenou je cena výrobku pri jeho prebytku na trhu v štandardnej kvalite (§ 4, ods. 3 zákona 491/2001 Z. z.).

²⁶ § 4 ods. 2 zákona 491/2001 Z. z.

²⁷ § 5, ods. 1 zákona 491/2001 Z. z.

²⁸ Podrobnejšie pozri str. 8 a 9.

obchodovania má svoje nezastupiteľné miesto a v čoraz zložitejších technických, obchodných a spoločenských podmienkach možno očakávať skôr jej ďalšie rozširovanie než redukciu. Zatiaľ je len ťažko dosiahnuteľným želaním zabrániť ďalšiemu rozširovaniu verejnoprávných zásahov do obchodovania uplatnením „systému jeden dnu – jeden von“, ktorý sa už uplatňuje pri regulácii iných oblastí, najmä v podmienkach európskej legislatívy. Z hľadiska práva by bolo žiaduce zaviesť do týchto regulačných mechanizmov určitý systém založený na ustálení nástrojov (metód) používaných pri verejnoprávnej regulácii obchodovania, medzi ktorými by mali dominovať metódy orientované na prevenciu, akými sú napr. predchádzajúci súhlas, preventívna kontrola a pod. pred sankčnými nástrojmi, akým je napr. zákaz obchodovania.

Literatura:

- ČORBA, J.: Prejavy autoregulácie obchodnoprávných vzťahov pri činnosti agentov hráčov a klubov, in: Bejček, J. (ed.): Regulace, deregulace, autoregulace - zborník, Masarykova Univerzita Brno 2007, s. 189-207.
- MAREK K.: Smluvní obchodní právo kontrakty, Spisy právnickej fakulty Masarykovej univerzity v Brne, zväzok 303, Masarykova univerzita Brno, 2006, s. 10 a nasl.
- CSACH, K.: Protiprávna štátna pomoc - právne následky nezákonnej ingerencie verejnej moci do podnikania , in: Husár J. Ingerencia orgánov verejnej moci do podnikania (Zborník z vedeckej konferencie - (editor Husár J.), UPJŠ Košice, 2006, str. 12 – 24.

Kontaktní údaje na autora – email:

jan.husar@upjs.sk

STŘET SVOBODY USAZOVÁNÍ S PRÁVNÍ ÚPRAVOU POSTAVENÍ JEDNATELŮ V ČLENSKÝCH STÁTECH

PETRA JELÍNKOVÁ

Právnická fakulta Masarykovy Univerzity, Česká republika

Abstrakt v rodném jazyce

Obsahem tohoto příspěvku je otázka přednosti svobody usazování obchodních společností před právní úpravou v jednotlivých členských státech a negativní důsledky s tím spojené. V souvislosti s tímto, se daný článek zabývá stanovisky Evropského soudního dvora jako Daily Mail, Centros či Inspire Act a základními rozdíly v právních úpravách některých členských států. Tímto chce autor upozornit na nepřípravenost členských států na přednost komunitárního práva v této oblasti.

Klíčová slova v rodném jazyce

Svoboda usazování, komunitární právo, Daily Mail, Centros, Inspire Act, jednatel, odpovědnost, právní postavení, funkční období, Belgie, Velká Británie, Německo.

Abstract

The content of that paper deals with the question of the priority of the settlement freedom of the company to legal regulation of the individual member states and with the negative consequences that follow that priority.

In connection with this, the mentioned paper deals with the European Court of Justice point of view stated, for example: in Daily Mail, in Centros or in Inspire Act, and with the fundamental differences in the legal regulations of some member states.

The author of that paper would like to give a notice by means of that above-mentioned European Court of Justice cases and stated legal regulation of some member states on the unpreparation of that member states to manage to carry burden of the negative consequences of the priority of the settlement freedom in this area.

Key words

The settlement freedom, common law, Daily Mail, Centros, Inspire Act, the director, the liability, the legal status, the term of office, the Belgium, the Great Britain, the German.

Oblast obchodních společností, je jedním z nejvíce kontroverzních ohnisek na poli komunitárního práva, a to i přesto, že zde komunitární právo zvolilo k odstranění rozdílu v právní úpravě obchodních společností v členských státech jemnější cestu, a to harmonizaci pomocí směrnic.

Jednou z nejvíce sporných oblastí, která je ostatně předmětem tohoto mého zamyšlení, je problematika střetu svobody usazování s právní úpravou obchodních společností v jednotlivých členských státech, konkrétně s právní úpravou jednatelů.

Svoboda usazování je jednou ze základních svobod, které členským státům nabízí komunitární právo. Je však dvojsečnou zbraní, neboť na jedné straně členským státům skutečně rozšiřuje, již řečenou, svobodu, avšak z druhé strany tato svoboda usazování obchodních společností nastolila, alespoň dle dosavadního vývoje judikatury Evropského soudního dvora, proces postupného omezování suverenity členských států v této oblasti.

Toto právě uvedené mé tvrzení vychází z toho, že na jedné straně mohou být obchodní společnosti inkorporovány v jednom členském státě a v jiném členském státě mohou pak zřídit pobočku, dceřinou společnost či dokonce přenést do něj své sídlo, avšak na druhé straně členské státy nemohou, a pokud, tak ne zcela, uplatňovat své inkorporační podmínky na obchodní společnosti, které jsou již inkorporovány v jiném členském státě, byť stěhují své sídlo, zřizují pobočku či dceřinou společnost na jejich území.

Členské státy nemohou uplatňovat stejné podmínky na zahraniční obchodní společnosti jako na společnosti inkorporovány na jejich území dokonce ani v případě, kdy zahraniční společnosti vykonávají prostřednictvím své dceřiné společnosti či pobočky své podnikatelské aktivity pouze na jejich území.

Otázkou toho, zda upřednostnit právní úpravu jednotlivých členských států před svobodou usazování či nikoli se zabýval v mnohých svých rozhodnutích i Evropský soudní dvůr, který v nazírání na tuto problematiku zaznamenal v průběhu několika let skutečně dramatický posun. Zatímco v případě „Daily Mail“¹, Evropský soudní dvůr potvrdil právo zahraničních společností zřizovat pobočky či dceřiné společnosti v jiných členských státech, avšak restriktivně se vyjádřil ke skutečnosti přemístování sídla zahraniční obchodní společnosti do jiného členského státu či vyvíjení podnikatelských aktivit pouze ve státě přesídlení, tak v případě „Centros“² již je Evropský soudní dvůr nakloněn myšlence, kdy je možné, aby veškerá podnikatelská aktivita byla vyvíjena pouze v rámci pobočky či dceřiné společnosti nacházející se v jiném členském státě.^{3,4}

Tento posun k postupnému upřednostnění svobody usazování před právní úpravou obchodních společností jednotlivých členských států, jak je nastíněn i příkladem uvedených rozhodnutí, dovršil Evropský soudní dvůr v předběžné otázce „Inspire Act“⁵, ve kterém bylo tímto soudem jednoznačně potvrzeno právo obchodních společností přesídlit svoji pobočku do jiného členského státu, beztoho, aniž by musela tato obchodní společnost prostřednictvím své pobočky dodatečně splnit podmínky nutné pro založení a vznik společností v daném státě přesídlení.

Tento posun naprosté akceptace svobody usazování a naprosté arogance právní úpravy jednotlivých členských států, je dle mého názoru pro právní úpravu obchodních společností, zvláště pro oblast odpovědnosti jednatelů, nevhodný, neboť v současné době je právní úprava odpovědnosti jednatelů v jednotlivých členských státech natolik rozdílná, že postup státu v souladu s názorem Evropského soudního dvora projevený v „Inspire Act“, vysoce narušuje,

¹ Srov. Web: Daily Mail (case number 81/87) [citováno dne 20.10. 2008]. Dostupný z: http://www.worker-participation.eu/company_law_and_cg/ecj_case_law/daily_mail.

² Srov. Web: Centros (case number C-212/97). [citováno dne 20.10. 2008]. Dostupný z: http://www.worker-participation.eu/company_law_and_cg/ecj_case_law/centros.

³ Srov. Salač, Jaroslav., Doležil, Tomáš. Web: Evropský soudní dvůr dotváří svobodu usazování (podnikání) obchodních společností – k rozsudku Inspire Art. [citováno 24.10. 2008]. Dostupný z: http://www.ipravnik.cz/cz/clanky/pravo-evropske-a-mezinarodni/art_3740/evropsky-soudni-dvur-dotvari-svobodu-usazovani-podnikani-obchodnich-spolecnosti-k-rozsudku-inspire-art.aspx.

⁴ Srov. Kersting, Christian., Schindler, Clemens Philipp. German Law Journal No. 12 (1 December 2003) - Private Law Web: The ECJ's Inspire Art Decision of 30 September 2003 and its Effects on Practice, [citováno 24.10. 2008]. Dostupný z: <http://www.germanlawjournal.com/article.php?id=344>.

⁵ Srov. Web: Inspire act (case C-167/02, 30. September 2003). [citováno dne 22.10. 2008]. Dostupný z: http://www.worker-participation.eu/company_law_and_cg/ecj_case_law/inspire_art.

především, právní jistotu subjektů stojících mimo danou korporaci, například věřitelů, a tak zeslabuje i vážnost právního řádu České republiky, což může vést z krajního pohledu až k oslabení stability daného státu.

Z důvodu toho, že jsem výše negativně vystoupila proti postupu Evropského soudního dvora, který stále více razí cestu upřednostnění svobody usazování na úkor rozdílnosti právních úprav jednotlivých členských států, domnívám se, že je zde více jak vhodné zmínit alespoň u některých členských států, v čem spočívá jejich rozdílnost v právní úpravě odpovědnosti jednatelů.

BELGIE

Právní úprava jednatelů dle belgického práva je poněkud více odlišná od právní úpravy v České republice. Odlišnosti, o kterých tu mluvím, je možné spatřit především v předpokladech, jež je nutné splnit proto, aby se daná osoba stala jednatelem. Belgické právo totiž nevyžaduje jako předpoklad určitý věkový limit, národnost či trvalé bydliště.⁶

Další velmi zajímavou odlišností, o kterou se v právním řádu České republiky zatím jen pře odborná veřejnost, je skutečnost, že dle belgického práva může být jednatelem jak osoba fyzická tak i právnická. Co se právnické osoby týče, její přístup k pozici jednatele je mnohem přísnější, než jak je tomu v případě fyzické osoby, neboť u ní je nezbytné, aby výkon tohoto jejího jednatelského oprávnění v obchodní společnosti spadal do spektra účelu její existence jako obchodní společnosti.⁷

I oblast délky funkčního období představuje v porovnání s českou právní úpravou působnosti jednatele diferenciativní prvek, neboť, není-li jinak stanoveno v zakladatelském dokumentu, platí, že funkční období je šesti-leté, na rozdíl od pětiletého období, není-li stanoveno jinak dle české právní úpravy. Je zde však možnost opětovného zvolení daného jednatele do funkce dle ust. § 518 odst. 3 belgického obchodního zákoníku.⁸

Co se však dispozitivnosti délky funkčního období týče, i v belgickém právu stejně jako v právní úpravě české platí limitace dispozitivnosti délky funkčního období shora, neboť dle belgického i českého práva je umožněno v zakladatelském dokumentu či stanovách upravit jinou délku funkčního období než šest let, v případě Belgie, a 5 let v případě ČR, avšak nikdy zvolená délka funkčního období nesmí přesáhnout tuto uvedenou výši stanovenou v právní úpravě v těchto zemích.

Jako zásadní potíže v případě přesídlení sídla, zřízení pobočky či dceřiné společnosti na území České republiky společností inkorporovanou v Belgii, vidím zejména v odlišné právní úpravě odpovědnosti jednatele.

⁶ Srov. Nieuwdorp, R., Van Santvliet, C. International Liability of Corporate Directors.Belgium. Volume I. In. Sborník z konference „International Liability of Corporate Directors“ Salzburg: Yorkhill Law Publishing, 2006, s. 110.

⁷ Srov. Nieuwdorp, R., Van Santvliet, C. International Liability of Corporate Directors.Belgium. Volume I. In. Sborník z konference „International Liability of Corporate Directors“ Salzburg: Yorkhill Law Publishing, 2006, s. 111.

⁸ Srov. Nieuwdorp, R., Van Santvliet, C. International Liability of Corporate Directors.Belgium. Volume I. In. Sborník z konference „International Liability of Corporate Directors“ Salzburg: Yorkhill Law Publishing, 2006, s. 111.

Zatímco v právní úpravě v ČR může dle ust. § 131a ObchZ podat žalobu za společnost vůči jednatelem jakýkoli, byť i jen jeden společník, bez ohledu na skutečnost, zda mu byla chováním jednatele způsobena škoda či nikoli, tak dle belgického práva může podat žalobu za vůči jednatelem společník jen sám za sebe, tedy jen v případě, kdy mu byla přímo jednáním některého z jednatelů způsobena škoda. Co je nutné v této souvislosti podotknout je dále to, že se zde vždy uplatní presunkce solidární odpovědnosti všech společníků, kteří pak individuálně musí prokazovat to, že se skutečně jednání, jež způsobilo společnosti či některému ze společníků škodu, neúčastnili.⁹¹⁰

Jak vyplývá z výše uvedeného, podat vůči jednatelem žalobu za společnost je dle belgického práva možné jen za předpokladu schválení podání žaloby k soudu na valné hromadě příslušným počtem hlasů.

Domnívám se, že tato rozdílnost v právní úpravě odpovědnosti jednatele české a belgické, bude působit z praktického hlediska, budeme-li se držet stanoviska Evropského soudního dvora, nemalé potíže. Jednatelé společností zřízených dle českého práva budou totiž v nevýhodném postavení oproti jednatelem společnosti inkorporované v Belgii avšak přesídlené na území ČR, neboť belgická společnost je bude moci žalovat jen za předpokladu schválení podání žaloby společníky prostřednictvím valné hromady.

V této souvislosti nelze opominout ani velmi znevýhodněné postavení například společníka dané společnosti s trvalým bydlištěm na území České republiky, neboť vezmeme si příklad, kdy na mne jako osobu s trvalým bydlištěm v České republice bude úplatně převeden či přechodem nabyt obchodní podíl v této společnosti byť sídlící na území České republiky avšak inkorporované v Belgii. Za této situace budu mít velmi nevýhodné postavení oproti společníkům v jiných společnostech sídlících i inkorporovaných v České republice, neboť nebudu moci proti počínání jednatele podat vůči němu žalobu na náhradu škody za společnost, které byla jeho počínáním způsobena škoda, neboť se budu muset spoléhat na schválení podání této žaloby na valné hromadě.

VELKÁ BRITÁNIE

Dle právní úpravy Velké Británie, nejsou stanoveny žádné zvláštní předpoklady k tomu, aby se daná osoba stala jednatelem společnosti s ručením omezeným. Existují zde však přeci jen omezení, které nezná česká právní úprava, a která zavírají cestu mnohým, a to především věk přesahující 70 let. Tento horní věkový limit není v právní úpravě České republiky známý a tak může v důsledku aplikace v právní praxi působit taktéž značné potíže, neboť pak společníku společnosti, která přesídlila své sídlo s Velké Británie, s trvalým bydlištěm na území České republiky se může stát, že přesáhne tuto věkovou hranici a pak bude nutné, aby svůj obchodní podíl nějakým způsobem ze sebe „setřásl“, což tohoto jednatele výrazně znevýhodňuje, nehledě na skutečnost, že bude pro něj s největší pravděpodobností velmi těžké nastudovat právní úpravu belgického práva pro zodpovězení otázky, jak postupovat přesáhl-li věkovou hranici 70 let, nehledě na skutečnost, že stejně tak bude těžké najít právního zástupce, který

⁹ Srov. Nieuwdorp, R., Van Santvliet, C. International Liability of Corporate Directors. Belgium. Volume I. In. Sborník z konference „International Liability of Corporate Directors“ Salzburg: Yorkhill Law Publishing, 2006, s. 132.

¹⁰ Srov. Nieuwdorp, R., Van Santvliet, C. International Liability of Corporate Directors. Belgium. Volume I. In. Sborník z konference „International Liability of Corporate Directors“ Salzburg: Yorkhill Law Publishing, 2006, s. 141.

bude rozumět belgickému právu a poskytne mu patřičné právní posouzení toho, co dále s daným obchodním podílem nejlépe pro svůj prospěch učinit.¹¹

NĚMECKO

Zatímco dle naší právní úpravy týkající se odpovědnosti jednatelů vykonávají jednatelé jak obchodní vedení tak i jednatelské oprávnění, v německé právní úpravě je tomu jinak.

Jednatelé, v postavení, tak jak je známe dle obchodního zákoníku platného na území České republiky, tedy ty subjekty, které jsou voleny na valné hromadě a zapisované do obchodního rejstříku, vykonávají pouze jednatelská oprávnění, tedy zastupují obchodní společnost vůči vnějšímu světu. To však také jen ve značně omezené oblasti, například před soudními orgány. Naopak k obchodnímu zastoupení a k jednání za společnost v oblastech, jež souvisí s obchodním vedením, jsou oprávněni tzv. výkonní ředitelé, kteří obstarávají každodenní obchodní záležitosti a zajišťují vnitřní chod společnosti, a kteří nejsou zapisováni do obchodního rejstříku a jejich vztah vůči společnosti je na rozdíl od jednatelů výše uvedených a na rozdíl od jednatelů dle české právní úpravy založen pouze na pracovní smlouvě.¹²

Tento rozdíl v pojmání šíře jednatelského oprávnění může způsobit v praxi nemalé potíže zejména třetím osobám, které v domněnku, že platí česká právní úprava a tedy, že daný jednatel, který je zapsán v obchodním rejstříku má taktéž oprávnění například uzavírat pracovní smlouvy či schvalovat dodávku výrobního materiálu, uzavřou s touto osobou tento kontrakt, ač, jak se později dozví, daný jednatel k tomu nebyl oprávněn.

Výhodu tohoto německého modelu výkonných ředitelů a jednatelů na straně druhé, kteří se dělí o v českém právu pojímané oprávnění jednatele, je skutečnost, že zabraňuje zkosnatění v právní praxi a podtrhuje flexibilitu vnitřního chodu společnosti, neboť výkonní ředitelé nejen že nejsou zapisováni v obchodním rejstříku, ale taktéž jejich funkce vzniká pouze na základě pracovní smlouvy nikoli mandátní smlouvy či smlouvy o výkonu funkce jak je tomu v případě jednatelů jak v německé tak i české právní úpravě.

Je však dále nutné pamatovat i na hluboké narušení právní jistoty třetích osob v případě postupu vývoje svobody usazování obchodních společností dle stanovisek Evropského soudního dvora, které jsou uvedeny výše, neboť výkonný ředitel vykonávající značnou část oprávnění jednatele dle českého práva je odpovědný pouze jako zaměstnanec, zatímco v české právní úpravě, za obchodní vedení, které je podstatnou součástí výkonu funkce jednatele, odpovídá jednatel dle české právní úpravy mnohem rozsáhleji.

ZÁVĚR

Na základě všeho, co bylo výše uvedeno, je dle mého soudu zapotřebí rozlišovat právo obchodních společností, jako samostatných identit, se usazovat v jiných členských státech, ať už prostřednictvím dceřiných společností, poboček či přímo přesídlením sídla a právo každého členského státu, na druhé straně, stanovit více či méně přísné podmínky, jež je nutné

¹¹ Srov. Barham, R., Sapte Wilde, D. International Liability of Corporate Directors. England. Volume I. In. Sborník z konference „International Liability of Corporate Directors“ Salzburg: Yorkhill Law Publishing, 2006, s. 220.

¹² Srov. Wittuhn A, G., Hahn Dietrich, H. International Liability of Corporate Directors. Germany. Volume I. In. Sborník z konference „International Liability of Corporate Directors“ Salzburg: Yorkhill Law Publishing, 2006, s. 323-325.

splnit proto, aby na jeho území mohla určitá obchodní společnost být založena či později vzniknout.

Můj vlastní vnitřní pocit se zcela přičí tomu, aby komunitární právo zbavilo „svéprávnosti“ členské státy, k tomu, aby si sami stanovily své vlastní podmínky a předpoklady pro založení a vznik obchodních společností na jejich území.

Důvodem toho, proč tolik usiluji o zachování stejných podmínek stanovených v určitém státě pro zakládání a vznik obchodních společností i pro obchodní společnosti z jiných členských států, které se usadily v dané zemi, je skutečnost, že se domnívám, že obsah podmínek určených pro zakládání a vznik obchodních společností v jednotlivých státech vychází z dlouhé historie a tradic dané země.

Z důvodu toho, jsem toho názoru, že zbavit členské státy možnosti stanovit si sami vstupní bránu pro založení a vznik obchodních společností či pro usazení zahraničních společností v jejich zemi, znamená odtrhnout je od jejich minulosti, od tradic a jejich historie. Setřesení minulosti z každého členského státu, pak spolu nese větší či menší ztrátu jejich osobitosti.

Nemyslím si, že ztráta osobitosti členských států je cílem či přímo úmyslem komunitárního práva, neboť v případě, kdyby skutečně členské státy byly odtrženy od své minulosti, ztratily by tak svůj typický ráz a „charakter“, pozbylo by tak smyslu i samo komunitární právo jako právo společné všem rozličným členským státům, nikoli jako právo společné jedné identické mase, která má svoji rozlohu, obyvatele, a organizační strukturu.

Jsem toho názoru, že pokud má být dle stanovisek Evropského soudního dvora umožněno zahraničním společnostem zřizovat své pobočky, dceřiné společnosti či dokonce přemísťovat sídla na území jiných členských států s tím, že si ponechají vnitřní uspořádání dle svého domovského státu, pak je zapotřebí, aby tyto podmínky či předpoklady, chcete-li, byly nejdříve postupně harmonizovány a stanoveny obecně, tedy nediskriminačně, jak pro obchodní společnosti původem inkorporovány v daném státě a v daném státě skutečně vyvíjející podnikatelskou činnost, tak i pro obchodní společnosti založené v jednom členském státě, jež využily svého práva, a svobodně se usadily v jiném členském státě.

Až teprve po provedené harmonizaci je dle mého soudu namístě směr vývoje svobody usazování obchodních společností, tak jak jej nastínil ve svých, již zmíněných, stanoviscích Evropský soudní dvůr.

Literatura:

- Barham, R., Sapte Wilde, D. International Liability of Corporate Directors. England. Volume I. In. Sborník z konference „International Liability of Corporate Directors“ Salzburg: Yorkhill Law Publishing, 2006.
- Centros (case number C-212/97). [citováno dne 20.10. 2008]. Dostupný z: http://www.worker-participation.eu/company_law_and_cg/ecj_case_law/centros.
- Daily Mail (case number 81/87) [citováno dne 20.10. 2008]. Dostupný z: http://www.worker-participation.eu/company_law_and_cg/ecj_case_law/daily_mail.
- Inspire act (case C-167/02, 30. September 2003). [citováno dne 22.10. 2008]. Dostupný z: http://www.worker-participation.eu/company_law_and_cg/ecj_case_law/inspire_art.

- Kersting, Christian., Schindler, Clemens Philipp. German Law Journal No. 12 (1 December 2003) - Private Law Web: The ECJ's Inspire Art Decision of 30 September 2003 and its Effects on Practice, [citováno 24.10. 2008]. Dostupný z: <http://www.germanlawjournal.com/article.php?id=344>.
- Nieuwdorp, R., Van Santvliet, C. International Liability of Corporate Directors. Belgium. Volume I. In. Sborník z konference „International Liability of Corporate Directors“ Salzburg: Yorkhill Law Publishing, 2006.
- Salač, Jaroslav., Doležil, Tomáš. Web: Evropský soudní dvůr dotváří svobodu usazování (podnikání) obchodních společností – k rozsudku Inspire Art. [citováno 24.10. 2008]. Dostupný z: http://www.ipravnik.cz/cz/clanky/pravo-evropske-a-mezinarodni/art_3740/evropsky-soudni-dvur-dotvari-svobodu-usazovani-podnikani-obchodnich-spolecnosti-k-rozsudku-inspire-art.aspx.
- Wittuhn A, G., Hahn Dietrich, H. International Liability of Corporate Directors. Germany. Volume I. In. Sborník z konference „International Liability of Corporate Directors“ Salzburg: Yorkhill Law Publishing, 2006.

Kontaktní údaje na autora – email:

petra.jelinkova.lawpartners@gmail.com

ÚLOHA SPRÁVCE V INSOLVENČNÍM ŘÍZENÍ

PAVEL JIŘIČKA

Fakulta sociálně ekonomická, Univerzita J.E.Purkyně v Ústí nad Labem, Česká republika

Abstrakt v rodném jazyce

Jak již vyplývá ze samotného názvu příspěvku jeho hlavním cílem je přiblížit úlohu insolvenčního správce v insolvenčním řízení. Úloha správce je zde vymezena jako soubor práv a povinností, které zákon insolvenčnímu správci v jednotlivých fázích řízení přiznává. Tyto práva a povinnosti jsou dále členěny do skupin podle charakteru činnosti insolvenčního správce v insolvenčním řízení.

Klíčová slova v rodném jazyce

Insolvenční správce, insolvenční řízení, insolvenční soud, dlužník.

Abstract

As it indicated by the title of the contribution, the main objective of the work is to outline the role of the insolvency administrator in the process of filing for bankruptcy protection. The role of the administrator is framed into a set of rights and obligations, to which is the administrator in a given phase legally entitled. These rights and obligations are further linked into groups with the respect to the type of the administrator's activity who is in charge in the given case.

Key words

Insolvency administrator, insolvency proceedings, bankruptcy.

1. INSOLVENČNÍM ŘÍZENÍ

Co je to insolvenční řízení?

Insolvenční řízení je soudní řízení jehož předmětem je dlužníkův úpadek nebo hrozící úpadek a způsob jeho řešení. Tato definice insolvenčního řízení je upravena v ust. § 2 písm. a) insolvenčního zákona (IZ) tj. zákona č. 182/2006 Sb., o úpadku a způsobech jeho řešení. Insolvenční řízení je tedy specifické soudní řízení jehož cílem je řešit úpadek nebo hrozící úpadek dlužníka tj. na základě dokazování nebo osvědčení provedeného insolvenčním soudem zjistit zda je dlužník v úpadku nebo zda mu úpadek hrozí a případně navrhnout způsob jeho řešení.

Samotné insolvenční řízení je možné rozdělit do několika relativně samostatných částí:

- od zahájení insolvenčního řízení do rozhodnutí soudu o úpadku nebo zamítnutí či odmítnutí insolvenčního návrhu
- od rozhodnutí o úpadku do přezkumného jednání
- od přezkumného jednání do ukončení insolvenčního řízení

První část insolvenčního řízení počíná dnem jeho zahájení. Tímto dnem je den, kdy insolvenční návrh dojde věcně příslušnému soudu a končí rozhodnutím insolvenčního soudu o úpadku. V této části insolvenčního řízení pak insolvenční soud především zjišťuje zda je

dlužník v úpadku nebo zda mu úpadek hrozí. Výsledkem této zjišťovací činnosti soudu je pak rozhodnutí insolvenčního soudu, kterým rozhodne o úpadku dlužníka nebo zamítnutí či odmítnutí insolvenčního návrhu. S rozhodnutím o úpadku může také soud za určitých zákonem stanovených podmínek spojit své rozhodnutí o způsobu řešení úpadku (konkurzem, reorganizací či oddlužením).

V případě, že insolvenční správce je ustanoven soudem až v rámci rozhodnutí o úpadku do této úvodní části vůbec nezasahuje. Za podmínek stanovených zákonem však může insolvenční soud ustanovit tzv. **předběžného správce** a to ještě před výše uvedeným rozhodnutím o úpadku. Úloha předběžného insolvenčního správce jako soubor práv a povinností je upravena zejména v ust. § 112 IZ. Hlavní povinností předběžného správce v této části řízení je tak především

- provedení opatření ke zjištění dlužníkovy majetku
- provedení opatření k zajištění tohoto majetku
- přezkoumání dlužníkovy účetnictví
- vypracování zprávy o činnosti za podmínek uvedených v § 112 IZ

Druhá část insolvenčního řízení počíná dnem rozhodnutí insolvenčního soudu o úpadku případně ve spojení s rozhodnutím o způsobu řešení úpadku a končí přezkumným jednáním. V této části řízení dává insolvenční soud prostor věřitelům k přihlášení svých pohledávek a také ustanovuje insolvenčního správce. Pokud jde o úlohu správce v této části insolvenčního řízení lze hovořit o zejména o povinnostech zjišťovacích, administrativních, přezkumných a poradních.

Třetí část insolvenčního řízení počíná dnem skončení přezkumného jednání a trvá do úplného ukončení insolvenčního řízení v závislosti na zvoleném řešení způsobu úpadku. Úloha insolvenčního řízení v této části řízení je upravena zákonem a je taktéž přímo závislá na zvoleném řešení způsobu úpadku.

2. INSOLVENČNÍ SPRÁVCE

Definici pojmu insolvenční správce bychom v právním předpise, který je základním pramenem insolvenčního práva tj. v insolvenčním zákoně, marně hledali. Zde jsou uvedeny zejména okolnosti související s ustanovením správce do jeho funkce, jeho odvolání či zproštění a dále také jeho povinnosti např. k pojištění odpovědnosti za škodu či související s výkonem jeho funkce.

Tento pojem tak upravuje jiný právní předpis a to zákon č. 312/2006 Sb., o insolvenčních správcích, který v ust. § 2 stanoví, že insolvenčním správcem je

- a. Fyzická osoba, která je oprávněná vykonávat činnost insolvenčního správce
- b. Veřejná obchodní společnost
- c. Zahraniční obchodní společnost
- d. Zahraniční sdružení

a to za podmínek dále tímto zákonem stanovených.

3. ÚLOHA SPRÁVCE V INSOLVEČNÍM ŘÍZENÍ

Jakou úlohu má tedy správce v insolvenčním řízení?

Na tuto otázku jsme již částečně odpověděli v úvodních ustanoveních tohoto příspěvku. Pokud bychom úlohu správce v insolvenčním řízení chápali jako soubor jeho práv a povinností mohli bychom obecně konstatovat, že úloha insolvenčního správce tj. výkon jeho práv a povinností v insolvenčním řízení závisí zejména na

- i. části insolvenčního řízení. Jinou úlohu bude jistě insolvenční správce mít v době po ustanovení do funkce insolvenčním soudem před prvním přezkumným jednáním a jinou po tomto přezkumném jednání
- ii. způsobu řešení úpadku nebo hrozícího úpadku dlužníka. Opět jinou úlohu jako soubor práv a povinností bude mít insolvenční správce při řešení úpadku např. konkurzem nebo oddlužením.

ad i. Pokud jde o úlohu správce v řízení v době po ustanovení do funkce insolvenčním soudem v rámci rozhodnutí tohoto soudu o úpadku do doby přezkumného jednání je tato úloha tj. soubor práv a povinností vymezena v první řadě insolvenčním zákonem a dále pokyny insolvenčního soudu uvedenými v jeho rozhodnutí a lze ji charakterizovat jako soubor práv a povinností **administrativní, zjišťovací, přezkumné a poradní** povahy.

V případě vymezení úlohy správce rozhodnutím ins. soudu v této části insolvenčního řízení je nutno konstatovat, že soud vyžaduje po správci splnění zejména těchto základních povinností:

- vypracovat zprávu o činnosti / zprávu o hospodářské situaci dlužníka
- sestavit seznam přihlášených pohledávek
- vyjádřit se ke vhodnosti navrženého způsobu řešení úpadku
- spravovat zjištěný majetek

Povinnosti administrativní

Mezi povinnosti insolvenčního správce v této části insolvenčního řízení, které bychom mohli označit jako povinnosti administrativní povahy lze považovat zejména povinnost sestavit a vést seznam přihlášených pohledávek. Tato povinnost je zakotvena v ust. § 189 odst. 1 a odst. 2 IZ. Administrativní povinností je proto, neboť nevyžaduje od insolvenčního správce výkon jakékoliv další odborné činnosti k jejímu splnění. Jediným úkolem insolvenčního správce je tak přijetí přihlášek pohledávek od insolvenčního soudu a jejich zapracování do seznamu v pořadí dle jejich doručení soudu. Administrativní povinností je také dále povinnost správce výše uvedený seznam pohledávek vést. Tato povinnost úzce souvisí s oprávněním účastníků řízení nahlédnout do tohoto seznamu a také do dokladů, na jejichž základě by sestaven.

K povinnostem administrativním patří dále povinnost doručovací. Insolvenční zákon stanoví správci povinnost písemně vyrozumět ve vybraných případech účastníky insolvenčního řízení

a zároveň stanoví způsob doručení. Pokud doručuje správce písemnosti týkající se insolvenčního řízení osobně, má při tom postavení soudního doručovatele.

Povinnosti přezkumné

Další povinností insolvenčního správce, jejíž splnění je zákonem požadováno ještě před přezkumným jednáním, je povinnost přezkumu podaných přihlášek a to zejména podle přiložených dokladů a podle účetnictví dlužníka dle ust. § 188 IZ. Insolvenční správce v této souvislosti zkoumá přihlášenou pohledávku co do její pravosti, výše a pořadí. V rámci této přezkumné činnosti může insolvenční správce provést vlastní šetření v případě pochybnosti týkající se přihlášené pohledávky a využít součinnosti orgánů, které jsou povinny mu ji poskytnout.

Povinnosti zjišťovací

Tuto povinnost insolvenční zákon ukládá IS přímo v ust. § 209 IZ v souvislosti se zjišťováním majetkové podstaty. Jedná se zejména o povinnost IS zjistit majetek patřící do majetkové podstaty dlužníka. S touto povinností však úzce souvisí naopak oprávnění IS vyžadovat součinnost orgánů veřejné správy spočívající v poskytnutí údajů o majetku dlužníka a některé další údaje, které jsou důležité pro výkon správy. IS je také oprávněn provádět vlastní šetření o tom, zda do majetkové podstaty nepatří i jiné věci, práva, pohledávky a majetkové hodnoty než ty, které dlužník uvedl v seznamu svého majetku. V rámci tohoto vlastního šetření je IS oprávněn se souhlasem insolvenčního soudu provést prohlídku bytu, sídla, místa podnikání dlužníka. Insolvenční správce je dokonce oprávněn zapsat do soupisu majetkové podstaty na základě vlastního šetření věci, práva, pohledávky a jiné majetkové hodnoty, které nenáleží dlužníku nebo jejichž zahrnutí do majetkové podstaty je sporné zejména proto, že k nim třetí osoba uplatňuje práva, která to vylučují.

Povinnost zjišťovací tj. povinnost IS zjistit potřebné údaje vyplývá dále např. z ust. § 149 odst. 3 IZ, který stanoví, že k tomu, aby mohl insolvenční soud rozhodnout o způsobu řešení úpadku musí být projednána tzv. zpráva insolvenčního správce o jeho dosavadní činnosti. Insolvenční zákon v této souvislosti přímo nestanoví co by mělo být obsahem zprávy o činnosti avšak vzhledem k tomu, že tato zpráva je důležitým podkladem pro rozhodnutí o způsobu řešení úpadku měla by zejména obsahovat okolnosti týkající se osobních a majetkových poměrů dlužníka. K tomu, aby insolvenční správce správně a úplně zjistil majetkové poměry dlužníka je třeba vždy vycházet v první řadě z podkladů, které předkládá insolvenčnímu soudu dlužník tj. seznam majetku, a dále z vlastních šetření. Tímto postupem tak IS získá zejména údaje o tom jaký majetek tvoří majetkovou podstatu dlužníka a rozsah jeho závazků.

Povinnost poradní

Povinnost poradní je vyjádřena v ust. § 149 odst. 3 IZ, kdy k rozhodnutí soudu o způsobu řešení úpadku je vždy třeba vyjádření IS o vhodnosti navrženého způsobu řešení úpadku. Z tohoto ustanovení zákona je zřejmé, že insolvenční soud při svém rozhodování o způsobu řešení úpadku přihlédne k vyjádření IS, který ze své činnosti zná nebo by měl znát podstatné okolnosti, které by mohli mít vliv na konečné rozhodnutí soudu o způsobu řešení úpadku.

Kontaktní údaje na autora – email:

pavel.jiricka@centrum.cz

NĚKOLIK POZNÁMEK K ÚPRAVĚ HLASOVÁNÍ VALNÉ HROMADY V NÁVRHU OBCHODNÍHO ZÁKONA

JAROMÍR KOŽIAK

Právnická fakulta Masarykovy univerzity, Česká republika

Abstrakt v rodném jazyce

Tento příspěvek se zabývá tím, jak se návrh nového obchodního zákona staví k hlasování valné hromady a vybírá si k podrobnějšímu rozboru zákazů dohod o výkonu hlasovacího práva. V textu najdete zejména polemiku se změnou rozsahu zákazu, která se zdá být důsledkem novelizace technického rázu a rozbor systému sankcionování těchto dohod. Dále se příspěvek okrajově zabývá také hlasováním per rollam.

Klíčová slova v rodném jazyce

Obchodní zákon, valná hromada, hlasování na valné hromadě, dohody o výkonu hlasovacího práva, hlasování per rozlam.

Abstract

This paper is focused on the regulation of company general meeting vote in the draft of new Commercial Act. It is concerned mostly with the prohibition of agreements on execution of voting rights. You may find polemics on the change in range of the prohibition, which seems to be unintentional result of technical novelization and analysis of penalization of these agreements in this entry. The paper also mentions “per rollam” vote.

Key words

Commercial Act, general meeting, general meeting vote, agreements on execution of voting rights, “per rollam” vote.

1. ÚVODEM

Chystaná rekodifikace obchodního práva si klade za úkol v souvislosti se záměrem přijmout nový občanský zákoník odpovídajícím způsobem rekodifikovat obchodní právo. V současné době návrh čerstvě prošel veřejným připomínkovým řízením (ukončeným 31.10.2008), stojí tedy před další fází zpracování. Jeho budoucnost však pochopitelně není zcela bezmračná. Zkušenost ukazuje, že české legislativní prostředí není pro rekodifikační snahy nejpříznivější, vzpomeňme například trnitou cestu návrhu trestní zákona nebo občanského zákoníku. Na otázku kdy a hlavně zda vůbec se dočkáme této navrhované úpravy tedy neexistuje spolehlivá odpověď.

Přesto bych se rád textu tohoto návrhu blíže věnoval, neboť je v mnoha ohledech velmi zajímavý a i pokud by nakonec nebyl uzákoněn jako celek, mohly by přeci jen alespoň některé jeho pasáže posloužit jako inspirace pro novelizaci obchodního zákoníku.

Návrh směřuje zejména k reakci na návrh občanského zákoníku a evoluci současné úpravy¹. Výrazně se mění koncepce zákona, opouští se zejména regulace obchodních závazkových vztahů a celkově posilují vazby na občanský zákoník. Pokud však jde o jednotlivé instituty

¹ Důvodová zpráva k návrhu obchodního zákona str. 6.

práva obchodních společností, lze změnu hodnotit zejména jako precizaci úpravy a její rozšíření přijetím nových institutů.

Tvůrci návrhu obchodního zákona také dle mého vcelku racionálně uvádí, že se návrh „nepokouší jít cestou uměle vytvářeného vlastního pojmosloví a specifické pojmy přijme jen v rozsahu odůvodněném povahou věci, též s přihlédnutím k tradičnímu pojetí obchodního práva“² a skutečně do značné míry přejímají současné názvosloví, ačkoliv lze vysledovat i výjimky z tohoto pravidla (např. pojem obchodní korporace).

S ohledem na značný rozsah návrhu (182 stran, 585 paragrafů) není vhodné věnovat se mu na této platformě jako celku, vyberu tedy pouze několik tematických okruhů odpovídajících názvu příspěvku, které přináší do dosavadní úpravy něco nového a ne zcela obvyklého a které mě nějakým způsobem zaujaly. Tematicky se jedná o okruh hlasovacího práva na valné hromadě.

2. ROZSAH ZÁKAZU DOHOD A O VÝKONU HLASOVACÍHO PRÁVA

Zajímavý problém se v návrhu objevuje v ustanovení § 164 (resp. § 296), které obsahuje úpravu zákazu některých dohod o výkonu hlasovacího práva společníka na valné hromadě společnosti.

Pokud jde o rozsah zákazu, návrh obchodního zákona jej na první pohled novelizuje pouze technicky, když stávající písmeno c) rozděluje na dvě části a jeho konec vtěluje do nového písmene d). Při bližším pohledu se však ukáže, že přes minimální rozdíl ve znění ustanovení má tato změna významné právní následky.

Dle § 186d současného obchodního zákoníku jsou zakázány dohody kterými se akcionář (společník) zavazuje:

- a) dodržovat při hlasování pokyny společnosti nebo některého z jejích orgánů o tom, jak má hlasovat, nebo
- b) že bude hlasovat pro návrhy předkládané orgány společnosti, nebo
- c) že jako protiplnění za výhody poskytnuté společností uplatní hlasovací právo určitým způsobem nebo že nebude hlasovat

Písm. c) v současné podobě je formulováno s ohledem na to, že rozhodnutí valné hromady lze ovlivnit jak hlasováním, tak i zdržením se hlasování.

Nové znění § 164, písm. c) (že jako protiplnění za výhody poskytnuté společností uplatní hlasovací právo určitým způsobem) a písm. d) (že nebude hlasovat) není jen ryze technickou úpravou, neboť při podrobnějším prostudování je zřejmé, že písm. d) zakazuje dohody o tom, že společník nebude hlasovat obecně, bez dřívější vazby na podmínku protiplnění za výhody poskytnuté společností. Z výše uvedeného vyplývá zajímavý závěr že i formalistická změna zákona může mít podstatné právní následky.

Poněkud paradoxní je, že výše uvedená úprava znění se dotýká jen dohod o výkonu hlasovacího práva společníka (§ 164 návrhu), zatímco akcionáře váže stále rozsah původní (§

² Důvodová zpráva k návrhu obchodního zákona str. 4.

296 návrhu) rozdělený pouze do tří písmen. Poslední část písmene c) (nebo že nebude hlasovat) je ovšem zde od začátku věty obsahujícího podmínku (hlasování jako protiplnění za výhodu poskytnutou společností) nově oddělena čárkou. Pokud se na tuto skutečnost podíváme čistě z pohledu slovního výkladu, musíme dojít k závěru, že se obsah ustanovení i zde mění! Tato čárka z gramatického pohledu znemožňuje nahlížet na ustanovení jako na výčet v souřadném poměru a osamostatňuje poslední větu od podmínky uvedené na začátku písmene c). Obsah ustanovení je tedy prakticky stejný jako u § 164 návrhu, ač je jeho změna vyjádřena jinak a ještě méně transparentně. Na druhou stranu, výše uvedený jazykový argument není v případě § 296 natolik silný, aby se mu nebylo možné postavit jinými metodami výkladu a judikatura by v tomto případě mohla mít cestu k udržení současného výkladu.

Skutečně si tvůrce uvědomoval, že změnou § 164 návrhu, resp. přidáním čárky do § 296 návrhu může dojít ke změně právních účinků? Nebo jde pouze o nedopatření? Domnívám se, že druhá možnost je pravděpodobnější – i s ohledem nato, že se od sebe §§ 164 a 296 navzájem liší a to bez zjevného důvodu. Proč si ale potom někdo vůbec dělal tu práci a měnil znění těchto ustanovení? Z mého pohledu se zdá že jde o ne zcela vydařenou snahu o technickou precizaci úpravy.

Vraťme se ale k provedené změně a zabývejme se jejími důsledky. Zákaz veškerých dohod o tom, že hlasovací právo nebude vykonáno (pod tento pojem lze podle mne zařadit jak zdržení se hlasování, tak cílenou neúčast na valné hromadě), který změna přináší, není dle odpovídajícím způsobem odůvodnitelný. Současná úprava zakazuje dohody, které jsou škodlivé z důvodu, že pokřivují vztahy mezi společníky a společností – dohody, kdy společnost sama různými způsoby ovlivňuje společníky, resp. hlasování valné hromady a získává tím značnou autonomii na společnících, je schopná sama ovlivnit zásadní rozhodnutí týkající např. se její existence, struktury, orgánů apod. Tento stav jistě není žádoucí a omezení takových dohod je pochopitelné.

Na druhou stranu některé dohody o výkonu hlasovacího práva škodlivé být nemusí, naopak mohou být zcela přijatelným nástrojem strategického uvažování společníka o který není vhodné jej připravit. Do této kategorie je možné řadit např. dohody mezi společníky o výkonu hlasovacích práv. Proč by měla být sankcionována dohoda dvou společníků o tom, že se zdrží hlasovacího práva? Takové dohody jsou přirozenou realizací principů fungování valné hromady ve společnostech bez většinového společníka, kdy způsobem získání většiny je právě dohoda mezi společníky. Všeobecný zákaz dohod o nehlasování je proto na první pohled nepraktický, nedůvodný a postihoval by jednání, které je celospolečensky vnímáno jako jednoznačně dovolené.

Když přemýšlím nad řešením této situace, napadají mě dvě víceméně rovnocenná východiska. Tím prvním je setrvání u dosavadní úpravy rozsahu dohod, která sice technicky není dokonalá, ale aspoň má už ustálený výklad. Druhým možným řešením je exaktnější formulace ustanovení návrhu obchodního zákona tak aby nedocházelo k obsahové expanzi zákazu. Příkladem takového znění § 164 resp. 296 pís. c) návrhu může být podle mého následující: „c) že jako protiplnění za výhody poskytnuté společností buď uplatní hlasovací právo určitým způsobem nebo nebude hlasovat.“ Změna je to pochopitelně v jádru triviální (a rozsahem minimální), ale drží se původního významu a z jazykového hlediska je znění jednoznačnější.

Jistých problémů není ani písmeno b) řečených ustanovení („hlasovat pro návrhy předkládané orgány společnosti“), které nadále teoreticky spadá i na běžnou a ničemu neškodící praxi „předjednání“ otázek podléhajících souhlasu valné hromady mezi orgánem společnosti

a majoritním společníkem. Vzhledem k tomu, že majoritní společník je řadu rozhodnutí schopen prosadit sám, orgán společnosti připravující valnou hromadu se často před svoláním valné hromady domluví s majoritním společníkem na znění návrhu valné hromady a o tom, že ho v tomto znění společník schválí. Tento problém je ale překlenutelný výkladem a navíc mnohdy nebude možné dovodit, že se jedná o skutečnou dohodu, ale spíš o seznámení s postojem společníka.

3. HLASOVÁNÍ V SOULADU S DOHODOU

Návrh obchodního zákona také zavádí sankci, kterou je stíháno hlasování v souladu s dohodou o výkonu hlasovacího práva. Zatímco dohoda sama je stíhána neplatností, k hlasování se dle textu návrhu nepřihlíží.

Tato sankce reaguje na připomínky odborné veřejnosti k tomu, že hlasování podle dohody o výkonu hlasovacího práva je platné a de-facto tak dohody mohou svůj účel naplnit³. Toto je bezpochyby pádný argument a v teoretické rovině těžko vyvratitelný. Realizace však bude problematická. Přímo na jednání valné hromady nebude možné spolehlivě existenci dohody prokázat (očekávat že bude písemná a navíc dostupná by bylo ve většině případů naivní). V případě, že je valná hromada svolána a řízena bez postranních úmyslů, nebo v případě, že zápis z ní pořizuje notář, nelze předpokládat, že bude nepřihlédnutí k hlasování často a důvodně aplikováno, právě s ohledem na neprokazatelnost uzavřených dohod. Naopak, tato možnost poskytuje prostor pro manipulaci s výsledky hlasování valné hromady a nezohlednění hlasů některých společníků (akcionářů) na základě proklamované (byť fiktivní) existence nebo např. zfalšování dohody o výkonu hlasovacího práva (postačí napodobit prostý neověřený podpis společníka, resp. akcionáře).

Návrh se také výslovně nezabývá otázkou účinku nepřihlédnutí na usnášeníschopnost valné hromady, nicméně z podstaty nepřihlédnutí k hlasům se domnívám, že lze dovodit že se k hlasům nepřihlédne ani při výpočtu kvóra a valná hromada tak může o usnášeníschopnost přijít. Opačné řešení není přijatelné s ohledem, že by to mohlo vést k tomu, že by po vyloučení hlasů majoritního společníka prakticky jakákoli minorita hlasů (zneužitelnost menšinových práv).

Skutečnou právní realizaci tohoto ustanovení ve většině případů lze očekávat až ve fázi soudního řízení, kde bude možné se podrobněji zabývat dokazováním. Nicméně i zde platí, že se účastníci zpravidla dostanou do důkazní nouze a rozhodování tak bude často viset na vlásku. Je třeba vzít v potaz, zda taková další ingerence do rozhodování valné hromady je důvodná a potřebná, neboť do značné míry dále degraduje sílu rozhodnutí valné hromady a činí hlasovací právo společníka, resp. akcionáře zranitelným vůči nekalým praktikám.

4. ROZSAH ZÁKAZU – SPOLEČENSKÁ SMLOUVA, ROZHODNUTÍ VALNÉ HROMADY, PŘÍSLIB.

Návrh obchodního zákona hovoří o tom, že „k ujednání stanov nebo rozhodnutí valné hromady, které zavazují akcionáře k jednání podle odstavce 1 se nepřihlíží“. Obdobné pravidlo platí i pro společníky společnosti s ručením omezeným. V tom případě jsou stanovy nahrazeny pojmem společenská smlouva. Bylo by patrně vhodné toto ustanovení

³ Viz např. Štenglová I., Plíva S., Tomsa M. et al: Obchodní zákoník, komentář, Praha: C. H. BECK, 2005, str. 427 a str. 700.

přeformulovat tak, aby se vztahovalo výslovně i na jiné vnitrospolečenské předpisy – např. stanovy společnosti s ručením omezeným, pokud je vydá, nicméně domnívám se, že tento problém je v případě jeho neřešení možné překlenout i výkladem.

Základním smyslem ustanovení je rozšířit dosavadní úpravu, která se týká pouze zakladatelských dokumentů i na rozhodnutí valné hromady. Zda je to skutečně třeba je těžké posoudit, nicméně uškodit to podle mého názoru nemůže.

Za povedené považuji sankcionování takovýchto dokumentů „nepřihlédnutím“ k jejich obsahu, což dle mého názoru dobře odpovídá povaze situace. Předmětné ustanovení stanov (resp. spol. smlouvy) i rozhodnutí valné hromady totiž v tomto případě zavazují akcionáře k tomu, aby nějakým způsobem jednal – stanoví mu povinnost. Prosté nepřihlédnutí k takovému ustanovení umožní operativní a pružné řešení přímo při hlasování, kdy hlasy akcionářů odevzdané v rozporu s takovou povinností budou jednoznačně zohledněny, aniž by bylo nutné se na konání zabývat problematickou otázkou platnosti (např. pokud je zakázané ustanovení obsažené ve veřejné listině).

Otázkou je, zda by nějakým způsobem neměly být postihovány také jednostranné akty společnosti, které mohou hlasování ovlivnit, např. příslib výhod apod. Sankce v podobě nepřihlédnutí zde není pochopitelně vhodná (příslib nezavazuje akcionáře, tedy není třeba ho zprošťovat povinností). Obtížná sankcionovatelnost je sama hlavním argumentem proti takovému řešení.

5. HLASOVÁNÍ PER ROLLAM

Z alternativních způsobů hlasování valné hromady obsahuje návrh obchodního zákon hlasování per rollam, které umožňuje realizovat rozhodnutí valné hromady korespondenční cestou. Úprava tohoto hlasování bezpochyby ještě bude precizována (zejména výčet náležitostí návrhu není ani zdaleka úplný), princip samotný je však bezesporu užitečný.

Dle mého názoru ovšem obchodní zákon nejde v těchto otázkách dostatečně daleko a měl by zohlednit znění směrnic EU o obchodních společnostech, které nebyly do českého práva zatím transponovány. Osobně bych také považoval za vhodné, kdyby návrh byl více odvážný a pokrokový a umožňoval např. elektronické hlasování apod.

6. ZÁVĚREM

Návrh obchodního zákona je bezesporu v mnoha ohledech velice zajímavý dokument. Jeho znění v současné době ale ještě podle mého názoru projít řadou změn, být dopracováno a do detailu promyšleno. Legislativní tvorba je bohužel obtížná a zdlouhavá práce a jak tento příspěvek ukazuje, i velmi drobná změna, pokud není do detailu promyšlena může způsobit nežádoucí změnu významu právního textu. Rád bych však vyjádřil podporu snaze o skutečnou modernizaci (a ne pouhou reformulaci) obchodního práva, neboť pokud bude provedena vhodným způsobem, může přinést mnoho dobrého.

Literatura:

- Štenglová I., Plíva S., Tomsa M. et al: Obchodní zákoník, komentář, Praha: C. H. BECK, 2005 str. 1515, ISBN 80-7179-346-9.

Kontaktní údaje na autora – email:

jkoziak@seznam.cz

SOCIETAS PRIVATA EUROPAEA

LUKÁŠ KVOKAČKA

Právnická fakulta, Trnavská univerzita v Trnave, Slovensko

Abstrakt v rodném jazyce

V júni 2008 Komisia uverejnila návrh nariadenia o stanovách európskej súkromnej spoločnosti (Societas Privata Europaea). Príspevok sa zaoberá navrhovanou právnou úpravou nadnárodnej právnej formy a hodnotí navrhované právne riešenia vo svetle prebiehajúcich diskusií a zmien v európskom práve obchodných spoločností. V závere príspevok hodnotí šance navrhovanej právnej formy stať sa úspešným a využívaným nástrojom (cezhraničného) podnikania.

Klíčová slova v rodném jazyce

Európska súkromná spoločnosť, nadnárodné právne formy, cezhraničné podnikanie.

Abstract

On 25 June 2008 the European Commission presented draft of EU regulation on the European Private Company. The contribution addresses the draft of proposed trans-national legal form and assesses its legal solutions in perspective of on-going discussions and reforms of European Company Law. To conclude, the contribution evaluates the proposed trans-national company form's chances to become successful tool of (cross-border) business.

Key words

European Private Company, trans - national legal forms, cross-border business.

1. ÚVOD

V júni 2008 Komisia predstavila návrh nariadenia o stanovách európskej súkromnej spoločnosti (ďalej ako návrh)¹. Cieľom je prijať nadnárodnú právnu formu, ktorá by požiadavky malých a stredných podnikateľov spĺňala viac ako európska spoločnosť alebo iné nadnárodné právne formy.

1.1 HISTORICKÝ VÝVOJ

S ideou európskej súkromnej spoločnosti (ďalej ako SPE) začalo v 70-tych rokoch 20. storočia pracovať oddelenie právneho výskumu obchodnej a priemyselnej komory v Paríži (Centre de recherche sur le droit des affaires – ďalej ako CREDA). To v roku 1973 vydalo štúdiu „Pour une S.A.R.L. Européenne“, ako výsledok prieskumov potrieb nemeckých a francúzskych podnikateľov. Až začiatkom 90-tych rokov však projekt v spolupráci s Inštitútom nemeckého a európskeho obchodného a hospodárskeho práva v Heidelbergu

¹ Príspevok v stručnosti približuje predchádzajúci vývoj, diskusiu, ako aj dohodnuté riešenia v návrhu nariadenia o stanovách európskej súkromnej spoločnosti. V prípadoch, kedy by použitie budúceho času alebo podmienovacieho spôsobu vyjadrujúceho štádium návrhu šlo na úkor zrozumiteľnosti textu sme od ich použitia upustili. Keďže je návrh dostupný len v troch jazykových verziách, potrebný bol preklad pojmov do slovenského jazyka. Pri ňom sme sa snažili pridrižovať pojmov zavedených v slovenských prekladoch nariadenia o stanovách európskej spoločnosti a nariadenia o stanovách európskeho družstva, v iných prípadoch pojmoslovie používaného Obchodným zákonníkom. Návrh nariadenia v anglickej, nemeckej a francúzskej verzii je dostupný na http://ec.europa.eu/internal_market/company/epc/index_en.htm

pokračoval. Cieľom bola podpora malých a stredných podnikateľov a snaha poskytnúť im jednotnú právnu formu vo všetkých členských štátoch. Výsledky tejto pracovnej skupiny v podobe základných princípov európskej súkromnej spoločnosti v roku 1997 vydala Komisia pod názvom „Propositions pour une société fermée européenne“. Následne bol v spolupráci s francúzskym zväzom zamestnávateľov (ďalej jako CNPF) pripravený návrh nariadenia o európskej súkromnej spoločnosti.²

Projekt v tom čase nebol pre Komisiu prioritný a aj správa skupiny expertov odporučila zaoberať sa ním až v strednodobom horizonte po tom, čo bude prijatá desiatka smernica a vykoná sa štúdia uskutočniteľnosti zámeru.³ V odpovedi na túto správu Komisia v tzv. Akčnom pláne určila štúdiu uskutočniteľnosti SPE za krátkodobý cieľ⁴ a jej výsledky publikovala v roku 2005. Tie spolu s následnými diskusiami potvrdili záujem malých a stredných podnikateľov o takúto právnu formu. Tiež Európsky Parlament podal Komisii správu s odporúčaniami vo vzťahu k SPE⁵ a v roku 2007 prebehli ďalšie konzultácie a prieskumy na tému SPE. V marci 2008 bola na prediskutovanie názorov na úpravu SPE usporiadaná konferencia v Bruseli⁶, na ktorej prezentované názory a pripomienky boli zohľadnené v návrhu publikovanom v júni 2008.

2. NÁVRH NARIADENIA

2.1 CHARAKTERISTIKA NÁVRHU NARIADENIA

Predstavený návrh obsahuje vysvetľujúce memorandum k návrhu nariadenia (ďalej ako memorandum), preambulu k návrhu, text navrhovaného nariadenia a 2 prílohy. Memorandum má dve časti, v prvej približuje proces tvorby a odsúhlasenia textu návrhu ako aj dôvody, ktoré iniciovali a odôvodňujú snahu o zavedenie SPE. V druhej časti sa memorandum zaoberá jednotlivými časťami nariadenia, ku ktorým poskytuje krátke vysvetlenia. Preambula návrhu obsahuje 19 bodov. Nariadenie je rozdelené do 9 častí, ktoré spolu obsahujú 48 článkov. V prílohe č. 1 návrhu sú vymenované oblasti, ktoré má upraviť spoločenská zmluva⁷ SPE, prílohu č. 2 tvorí vzor formulára, ktorým majú byť informácie vo vzťahu k presunu registrovaného sídla SPE poskytnuté Úradnému vestníku Európskej únie.

² Deutsch, S.: Die Europäische Privatgesellschaft am Weg zur supranationalem Rechtsform, Wirtschaftsuniversität Wien, Diplomarbeit, 2008, s. 25, 26.

³ Report of High Level Group of Company Law Experts on a modern regulatory framework for company law, s. 121 a s. 126 Správa je dostupná na: http://ec.europa.eu/internal_market/company/docs/modern/report_en.pdf.

⁴ Porov.: Communication from the Commission to the Council and the European Parliament, Modernising Company Law and Enhancing Corporate Governance in the European Union - A Plan to Move Forward, COM (2003) 284 final.

Dostupný na: <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=COM:2003:0284:FIN:EN:PDF>.

⁵ Dostupná na: <http://www.europarl.europa.eu/sides/getDoc.do?pubRef=-//EP//NONSGML+REPORT+A6-2006-0434+0+DOC+PDF+V0//EN&language=EN>.

⁶ Konferencia dostupná na http://ec.europa.eu/internal_market/company/epc/conference_en.htm.

⁷ Zakladajúci dokument sa v anglickom origináli na rozdiel od SE a SCE nenazýva "Statutes" ale "Articles of Association". Keďže sa na SPE má podporne vzťahovať právo členských štátov aplikovateľné na právne formy súkromných spoločností s ručením obmedzeným, v súlade s Obchodným zákonníkom budeme na označenie zakladajúceho dokumentu SPE pre účely tohto príspevku používať označenie „spoločenská zmluva“.

Z návrhu je zrejmé, že SPE sa navrhuje zaviesť nariadením. Napriek tomu, že sa objavil i názor o relatívnej rigidite nariadenia⁸, snaha tvorcov, aby mala SPE v členských štátoch rovnaký právny základ, viedla k použitiu nariadenia ako nástroja zavedenia SPE.⁹ Právnym základom nariadenia je článok 308 ZES, ktorý v prípade, že zmluva neposkytuje potrebné právomoci a na dosiahnutie niektorého z cieľov Spoločenstva v činnosti spoločného trhu je potrebný akt Spoločenstva, umožňuje Rade prijať *jednomyselným rozhodnutím* vhodné opatrenia na návrh komisie a po konzultácii so zhromaždením.¹⁰

Úvod navrhovaného nariadenia tvorí preambula. Tá približuje súčasnú situáciu cezhraničného podnikania a problémov s ním spojených. K nim patrí predovšetkým potreba detailne sa zoznamovať s právnymi predpismi členských štátov pôsobenia. Tento problém pritom nebude vyriešený ani v prípade ďalšieho postupu harmonizácie obchodno-právnych noriem členských štátov.¹¹ Existujúca nadnárodná obchodná spoločnosť, európska spoločnosť (ďalej ako SE) je z dôvodu požadovaného vysokého základného imania a zložitej právnej úpravy využívaná skôr veľkými spoločnosťami.¹² Naopak, európske zoskupenie hospodárskych záujmov nespĺňa požiadavky podnikateľov najmä pre svoj pomocný charakter a obmedzenia činnosti s ním spojeným.¹³ Ostatné nadnárodné právne formy – európske družstvo (ďalej ako SCE) a európske zoskupenie územnej spolupráce (ďalej ako EZÚS) – v žiadnom prípade nemožno považovať za obchodné spoločnosti. Pri zaistení právnej istoty spoločníkov, veriteľov, zamestnancov a tretích strán sa má právna forma určená malým a stredným podnikateľom vyznačovať flexibilitou a veľkým priestorom ponechaným na dohodu spoločníkov s čo možno najmenšími rozdielmi v právnej úprave medzi jednotlivými členskými štátmi.¹⁴ V snahe vyhnúť sa odlišnostiam pri úprave má byť preto čo možno najviac záležitostí upravených nariadením o SPE a to buď priamo alebo odkazom na spoločenskú zmluvu konkrétnej SPE. V prílohe č. 1 návrhu je z tohto dôvodu uvedený výpočet otázok, ktoré musí spoločenská zmluva SPE upravovať. Národné právo bude aplikovateľné v prípadoch, kedy tak predpokladá nariadenie a v oblastiach, ktoré nariadenie nereguluje.¹⁵ Flexibilitu SPE má

⁸ Názor prezentoval prof. Harm-Jan de Kluiver na konferencii o Európskej súkromnej spoločnosti konanej dňa 10. marca 2008 v Bruseli. Záznam konferencie je v jednotlivých paneloch možné sledovať na: <http://webstream.ec.europa.eu/scic/markt/080310/day1en-2.wmv> Zhrnutie základných bodov príspevku dostupné na: http://ec.europa.eu/internal_market/company/docs/epc/presentations/dekluiver_en.pdf.

⁹ Právnym základom nariadenia je článok 308 ZES, ktorý v prípade, že zmluva neposkytuje potrebné právomoci a na dosiahnutie niektorého z cieľov Spoločenstva v činnosti spoločného trhu je potrebný akt Spoločenstva, umožňuje Rade prijať *jednomyselným rozhodnutím* vhodné opatrenia na návrh komisie a po konzultácii so zhromaždením. Tento článok je vyjadrením teórie implicitných právomocí a bol využitý pri tvorbe všetkých nadnárodných právnych foriem. Porov.: Preambulu návrhu, De Búrca, G. a kol.: *EU Law, Text, Cases and Materials*, Oxford University Press, 3. vydanie, Oxford 2003, s. 125.

¹⁰ Tento článok je vyjadrením teórie implicitných právomocí a bol využitý pri tvorbe všetkých nadnárodných právnych foriem. Porov.: De Búrca, G. a kol.: *EU Law, Text, Cases and Materials*, Oxford University Press, 3. vydanie, Oxford 2003, s. 125.

¹¹ Porov. bod 1 preambuly návrhu.

¹² Porov. bod 2 preambuly návrhu.

¹³ Nariadenie Rady č. 2137/ 85 o európskom zoskupení hospodárskych záujmov.

¹⁴ Porov. bod 3 preambuly návrhu.

¹⁵ Ide najmä o oblasť daní, konkurzu a pracovného práva.

podporiť možnosť mať ústredie a registrované sídlo v rôznych členských štátoch, ako aj inštitút premiestnenia registrovaného sídla spoločnosti do iného členského štátu.¹⁶

Za pramene právnej úpravy určuje článok 4 návrhu nariadenie o SPE a jej spoločenskú zmluvu. Neupravené otázky sa majú riadiť predpismi členského štátu vzťahujúcimi sa na súkromné spoločnosti s ručením obmedzeným, vrátane predpisov, ktorými bolo implementované európske právo. Vo vzťahu k pobočkám SPE článok 13 návrhu určuje, že sa na nich vzťahuje právo členského štátu, v ktorom sa nachádzajú.

V článku 2 návrhu sú definované pojmy vzťahujúce sa k akcionárom, rozdeleniu zisku, orgánom SPE ako aj postaveniu členských štátov v procese presunu registrovaného sídla spoločnosti. Následne v článku 3 definuje základné vlastnosti SPE ako súkromnej spoločnosti s obmedzeným ručením, keď zakotvuje, že má byť právnickou osobou s imaním rozdeleným na obchodné podiely¹⁷, ktoré nebudú verejne ponúkané¹⁸ a obchodované a ktorej spoločníci budú ručiť len vo výške, ku ktorej sa zaviazali. Článok sa tiež zaoberá vytvorením SPE, keď navrhuje, aby SPE mohla byť vytvorená jednou alebo viacerými fyzickými osobami alebo právnymi entitami¹⁹.

2.2 VYTVORENIE SPE

Spôsoby vytvorenia SPE predstavuje druhá kapitola návrhu. Okrem spôsobov používaných i pri ostatných nadnárodných právnych formách, akými sú založenie zlúčením alebo splynutím a transformácia existujúcej obchodnej spoločnosti, návrh uvádza i možnosť vytvorenia SPE rozdelením existujúcej spoločnosti ako aj jej vytvorením podľa nariadenia.²⁰ Zmenou voči ostatným nadnárodným právnym formám je práve vytvorenie podľa nariadenia o SPE, ktoré umožňuje vytvoriť SPE ex nihilo.²¹ V každom prípade musí obchodné meno zakladanej európskej súkromnej spoločnosti obsahovať označenie právnej formy – skratku SPE, ktorú podľa návrhu budú môcť používať len európske súkromné spoločnosti.²² Na rozdiel od ostatných nadnárodných právnych foriem nie je pri vytváraní SPE požadovaný cezhraničný element.²³ Toto riešenie bolo zamýšľané a možno ho vnímať ako nástroj

¹⁶ Porov. bod 4 preambuly návrhu.

¹⁷ Príspevok používa pojem obchodný podiel na preklad pojmu „share“.

¹⁸ Pojem „verejne ponúkané“ je definovaný v čl. 3 ods. 2 návrhu.

¹⁹ Za právne entity sú považované entity v zmysle článku 48 ZES, európska spoločnosť, európske družstvo, európske zoskupenie hospodárskych záujmov a európska súkromná spoločnosť. Porov.: čl. 4 návrhu.

²⁰ Porov.: čl. 5 návrhu.

²¹ Porov.: bod 7 preambuly návrhu.

²² Po tom, čo nastal odklon pri zavádzaní európskeho zoskupenia územnej spolupráce, pri ktorom sa skratka označujúca právnu formu prekladá do jednotlivých národných jazykov, možno ako pozitívum hodnotiť návrat k používaniu skratky latinského prekladu názvu právnej formy. Vytvára sa tak identické označenie vo všetkých členských štátoch a tým i posiluje povedomie o danej nadnárodnej právnej forme.

V tomto článku je možné očakávať i úpravy, keďže, na rozdiel od nariadenia o SE a nariadenia o SCE, neobsahuje ustanovenie o nevyžadovaní zmeny obchodného mena v prípade entít, ktorých názov alebo obchodné meno skratku SPE obsahovali už pred prípadným nadobudnutím účinnosti nariadenia o SPE. Porov.: čl. 6 návrhu, Čl. 10 nariadenia Rady č. 1435/2003 o stanovách európskeho družstva (ďalej ako nariadenie o SCE), Čl. 11 nariadenia o Rady č. 2157/2001 o stanovách európskej spoločnosti (ďalej ako nariadenie o SE).

²³ Porov.: čl. 36 návrhu.

priblíženia právnej formy širšiemu kruhu potenciálnych užívateľov najmä z radov malých a stredných podnikateľov. Dôvodom uvádzaným i v memorande je skutočnosť, že podnikanie je poväčšine zakladané na lokálnej úrovni pred samotnou „expanziou do iných krajín“. Len čiastočne sa možno stotožniť s argumentom memoranda, že by kontrola plnenia požiadavky cezhraničného elementu pre štáty znamenala neprimeranú záťaž. Tak by tomu bolo len v prípade stanovenia určitých typov takejto požiadavky²⁴. Ak by však, podobne ako pri SE a SCE, bolo kritériom bydlisko alebo registrované sídlo zakladajúcich spoločníkov, v porovnaní s doterajším, už zavedeným systémom, by nešlo o významnú zmenu v miere zaťaženia členských štátov a tento argument preto možno do určitej miery považovať za účelový. Absencia požiadavky cezhraničného elementu spôsobí, že bude možné vytvoriť SPE, ktorej jediným spojivom s komunitárnou úrovňou bude jej úmysel v určitom okamihu ju dosiahnuť. Možno preto očakávať, že i v priebehu legislatívneho procesu bude prebiehať diskusia o naplnení zásady subsidiarity európskeho práva.²⁵

Spoločenskú zmluvu, ktorá má podľa článku 8 návrhu upravovať aspoň otázky vymedzené v prílohe č. 1 návrhu²⁶, majú podpisovať všetci zakladajúci spoločníci SPE. Podobne ako pri ostatných obchodných spoločnostiach má byť proces vzniku SPE ukončený zápisom do príslušného registra členského štátu, ktorým SPE získa právnu subjektivitu.²⁷ Návrh sa snaží aj o reguláciu formálnych povinností spojených s procesom založenia a vzniku SPE tým, že v čl. 10 ods. 2 návrhu uvádza výpočet údajov, ktoré môže členský štát požadovať. Na požiadavku, aby bol členský štát povinný prijať zakladajúce dokumenty v anglickom jazyku návrh reaguje tým, že voľbu jazyka ponecháva na právo členských štátov. Naopak, návrh ustanovuje, že podať návrh na zápis SPE do príslušného registra musí byť možné aj elektronicky.²⁸

Výšku požadovaného základného imania návrh stanovuje na 1 euro. Splatené môžu byť peňažným alebo nepeňažným vkladom. Zodpovednosť spoločníkov za ich vklady sa riadi právnymi predpismi členského štátu registrovaného sídla SPE.²⁹ Na ochranu veriteľov SPE používa iné nástroje než základné imanie, ktorého výška bola znížená s cieľom sprístupniť SPE širšiemu okruhu potenciálnych zakladateľov.³⁰ SPE totiž môže spoločníkom vyplatiť ich podiely na zisku len za podmienky, že aj po ich výplate aktíva spoločnosti pokryjú jej záväzky. Spoločenská zmluva môže tiež od riadiaceho orgánu požadovať vydanie potvrdenia o platobnej schopnosti. To potvrdí, že pri štandardnom podnikateľskom vývoji SPE bude schopná splatiť všetky záväzky, ktoré sa stanú splatnými v priebehu roka od rozdelenia zisku.

²⁴ Obtiažne by cezhraničný element bolo sledovať napr. pri jeho stanovení na základe štruktúry spoločníkov, miesta vykonávania činnosti či objemov vykonávaných obchodov alebo miesta hlavnej správy spoločností zakladajúcich SPE.

²⁵ Ako odpoveď na otázky subsidiarity a proporcionality v štvrtej časti memoranda návrh poukazuje na zámer ponúknuť jednotnú právnu formu nástroja umožňujúceho prienik na spoločný trh ako alternatívu k národným právnym formám a skutočnosť, že takúto právnu formu nie je možné ponúknuť bez krokov na komunitárnej úrovni. Porov.: memorandum k návrhu, 4. časť.

²⁶ Príloha obsahuje 44 bodov z oblasti vytvorenia SPE, jej obchodných podielov, základného imania a vnútornej štruktúry, ktoré majú byť upravené v spoločenskej zmluve.

²⁷ Porov.: čl. 9 návrhu.

²⁸ Porov.: 2. kapitola memoranda a čl. 10 návrhu.

²⁹ Porov.: čl. 20 návrhu.

³⁰ Porov.: bod 11 preambuly návrhu a čl. 21 a čl. 22 návrhu.

V prípade, že spoločník pri rozdelení zisku vedel o budúcej „neštandardnej“ situácii, SPE je oprávnená od neho požadovať vrátenie vyplateného podielu.

Návrh reguluje aj proces zníženia základného imania, pri ktorom platí právny režim obdobný ako pri výplate podielov na zisku ako aj otázky publicity a zodpovednosti SPE za konanie v mene spoločnosti pred jej vznikom.³¹

Výrazný posun nastal v oblasti vzťahu registrovaného sídla a ústredia SPE. Zatiaľ čo pri SE a SCE musia byť v jednom členskom štáte a ten môže rozhodnúť, že i na jednom mieste, SPE by mala disponovať slobodou ich umiestnenia v rozličných členských štátoch.³² Za zmenou postoja možno vidieť vplyv rozhodnutí Európskeho súdneho dvora.³³ Ostáva dúfať, že v rámci novelizačných mechanizmov v nariadení o SE a nariadení o SCE³⁴ budú podobné ustanovenia zavedené i v týchto predpisoch.

2.3 OBCHODNÉ PODIELY SPE

Základné imanie SPE má byť rozdelené na obchodné podiely, ktoré možno rozdeliť do tried s rovnakými právami a povinnosťami. Obsah týchto práv a povinností môže zmeniť len súhlas 2/3 väčšiny spoločníkov disponujúcich daným druhom obchodného podielu. Cieľom tohto opatrenia je poskytnúť spoločníkom možnosť reagovať na rôznu mieru osobnej a finančnej účasti na SPE.³⁵ Zoznam spoločníkov v súlade s čl. 15 návrhu je povinný viesť riadiaci orgán. V článkoch 16, 17 a 18 návrhu je následne upravený transfer obchodných podielov, vylúčenie spoločníka a ukončenie účasti spoločníka v SPE. Návrh tiež v článku 23 určuje režim držby vlastných obchodných podielov samotnou SPE a v článku 25 návrhu zakotvuje povinnosť viesť účtovníctvo, ktoré sa riadi predpismi príslušného členského štátu registrovaného sídla SPE.

2.4 ORGÁNY SPE

Na čele SPE má podľa piatej kapitoly návrhu stáť riadiaci orgán, ktorému sú zverené všetky právomoci, ktoré podľa nariadenia alebo spoločenskej zmluvy nevykonávajú spoločníci. Návrh, podobne ako pri SE a SCE, reflektuje existenciu viacerých modelov vnútornej správy obchodných spoločností.

V závislosti od zvolenej štruktúry preto riadiacim orgánom SPE môže byť jeden alebo viacero konateľov, správna rada alebo riadiaci výbor kontrolovaný dozornou radou. Členmi riadiaceho orgánu sa môžu stať len fyzické osoby spôsobilé vykonávať túto funkciu podľa práva členského štátu registrovaného sídla SPE. Navonok SPE zastupujú jeden alebo viacerí členovia riadiaceho orgánu. Spoločenská zmluva môže určiť ich samostatné konanie, ako aj právo delegovať právo zastupovať SPE na iného. Obmedzenie ich právomoci dovnútra spoločnosti neobmedzuje ich právomoci vo vzťahu k tretím osobám, a to ani v prípade ich zverejnenia. K ich povinnostiam patrí konanie v záujme spoločnosti a s odbornou starostlivosťou, pričom sa na ich konanie vzťahuje spoločná a nerozdielna zodpovednosť za

³¹ Porov.: čl. 24, čl. 11 a čl. 12 návrhu.

³² Porov.: čl. 6 nariadenia o SCE, čl. 7 nariadenia o SE a čl. 7 návrhu.

³³ Samotný návrh v memorande odkazuje na rozhodnutie vo veci Centros.

³⁴ Porov.: čl. 69 nariadenia o SE a čl. 79 nariadenia o SCE.

³⁵ Porov.: bod 9 preambuly návrhu.

porušenie povinností. Ich zodpovednosť sa pritom riadi právom členského štátu registrovaného sídla spoločnosti.³⁶

Úlohou spoločníkov je uznieť sa väčšinou určenou spoločenskou zmluvou aspoň na oblastiach určených exemplifikatívnym výpočtom v čl. 27 ods. 1 návrhu. Článok tiež určuje, v ktorých prípadoch má ísť o väčšinu kvalifikovanú, tvoriacu nie menej než 2/3 spoločníkov SPE. Spoločníci prijímajú uznesenie na základe návrhu a informácií poskytnutých riadiacim orgánom, pričom na prijatie uznesenia nie je potrebné zvolať valné zhromaždenie. Uznesenia sa zaznamenajú písomne a spoločníci majú právo napadnúť ich v súlade s právom členského štátu. Návrh tiež upravuje činnosť jediného spoločníka, účinnosť uznesení dovnútra SPE a voči tretím osobám, ako aj ich zverejňovanie.³⁷ V článku 28 návrhu sa spoločníkom priznáva právo na informácie. To spočíva v práve byť informovaný a požadovať informácie vzťahujúce sa k činnosti SPE. Odmietnuť takúto žiadosť môže riadiaci orgán len v prípade, že by podnikaniu SPE poskytnutím informácie hrozila vážna ujma. Vo vzťahu k možnosti spoločníkov požadovať prijatie uznesenia alebo odborného stanoviska požaduje návrh v článku 29 ich 5% menšinu.

Snahe o vytvorenie flexibilného a prehľadného modelu vnútornej správy do určitej miery škodí skutočnosť, že príslušné ustanovenia možno vo vzťahu k bežnému užívateľovi hodnotiť ako neprehľadné a zložito formulované.

2.5 PRESUN REGISTROVANÉHO SÍDLA SPE

Často spomínanou výhodou nadnárodných právnych foriem je právna úprava režimu presunu registrovaného sídla spoločnosti bez toho, aby zanikla. V prípade začatia procesov výmazu z príslušného registra, konkurzu, likvidácie a podobných konaní vymenovaných v čl. 35 ods. 2 návrhu SPE stráca možnosť premiestniť svoje registrované sídlo. V prípade iných súdnych alebo správnych konaní začatých pred uskutočnením presunu registrovaného sídla SPE návrh vytvára fikciu, keďže i po uskutočnení presunu registrovaného sídla sa pre účely takýchto konaní SPE bude považovať za obchodnú spoločnosť s registrovaným sídlom v pôvodnom – domácom³⁸ – členskom štáte.

Návrh upravuje i samotný proces presunu registrovaného sídla. Ten stanovuje povinné náležitosti návrhu na presun, ktorý má za úlohu vypracovať riadiaci orgán SPE. Návrh na presun má byť spoločníkom doručený a zverejnený mesiac pred ich hlasovaním. Riadiaci orgán tiež musí vypracovať správu vysvetľujúcu dopady presunu registrovaného sídla pre spoločníkov, zamestnancov a veriteľov. Členské štáty majú povinnosť určiť autoritu kompetentnú na preskúmanie procesu presunu registrovaného sídla a jeho súlad s čl. 36 návrhu. Po jeho preskúmaní osvedčí príslušná autorita korektnosť postupu vydaním potvrdenia. Uvedené potvrdenie, spolu so spoločenskou zmluvou zapisovanou v novom členskom štáte a návrhom po ich schválení spoločníkmi SPE predloží obchodnému registru v novom – hostiteľskom - členskom štáte. Ten ich v stanovenej lehote preskúma a v prípade ich korektnosti SPE zaregistruje, o čom na predpísanom tlačive informuje príslušný orgán

³⁶ Porov.: čl. 26 návrhu, čl. 30 – čl. 33 návrhu a čl. 2 ods. 1 písm. d) návrhu.

³⁷ Porov.: čl. 27 ods. 5, ods. 6 a ods. 7 návrhu.

³⁸ Návrh zavádza pojmy domáci a hostiteľský štát. Domácim členským štátom je členský štát, v ktorom má SPE registrované sídlo bezprostredne pred presunom registrovaného sídla. Hostiteľským štátom je členský štát, do ktorého je presúvané registrované sídlo SPE. Porov.: čl. 2 návrhu.

členského štátu pôvodného registrovaného sídla SPE, ktorý po obdržaní tohto tlačiva SPE z obchodného registra domáceho štátu vymaže.

2.6 ÚČASŤ ZAMESTNANCOV

Účasť zamestnancov na riadení SPE je v článku 34 upravená odkazom na pravidlá účasti zamestnancov na riadení spoločnosti v členskom registrovaného sídla SPE. Výnimkou sú ustanovenia článku 38 regulujúce účasť zamestnancov na riadení spoločnosti vo vzťahu k presunu registrovaného sídla SPE. Ten stanovuje, že na túto oblasť sa od okamihu zápisu SPE do obchodného registra nového členského štátu vzťahujú jeho právne predpisy, čo však neplatí, ak legislatíva nového členského štátu v oblasti účasti zamestnancov na riadení spoločnosti neposkytuje aspoň takú mieru účasti ako pôvodný členský štát registrovaného sídla SPE.³⁹ V takomto prípade je manažment SPE povinný začať rokovania so zástupcami zamestnancov. Ak v období 6-tich mesiacov nedôjde k dohode, účasť zamestnancov na riadení SPE sa bude riadiť ustanoveniami právneho poriadku domovského členského štátu, pričom tomu tak ostane až do uzavretia dohody. Odchýlku od základného pravidla obsahuje i čl. 34 ods. 3 návrhu, ktorý vo vzťahu k cezhraničnému splynutiu alebo zlúčeniu dvoch SPE odkazuje na právne predpisy prijaté na vykonanie smernice Európskeho Parlamentu a Rady č. 2005/56.⁴⁰

2.7 INÉ

Predposlednú kapitolu návrhu tvorí časť o transformáciach, spojeniach a zlúčeníach a rozdeleniach SPE, na ktoré sa podľa návrhu má vzťahovať právo členských štátov. Tiež je upravené zrušenie a zánik SPE, ako aj stanovené, že otázky likvidácie, konkurzu a platobnej neschopnosti sa majú riadiť právnym režimom stanoveným v nariadení 1346/2000 o konkurznom konaní a otázky nulity príslušnými ustanoveniami prvej obchodno-právnej smernice.⁴¹ Posledná kapitola s podtitulom „Dodatočné a prechodné ustanovenia“ sa zaoberá otázkami uplatňovania nariadenia, oznamovacích povinností členských štátov a nadobudnutia účinnosti nariadenia. Rovnako ako pri SE a SCE je upravená otázka uvádzania sumy základného imania v štátoch, ktoré neprijali spoločnú menu euro.⁴² Tiež je zavedený mechanizmus prehodnotenia úspešnosti prijatých riešení v podobe čl. 47 návrhu, podľa ktorého má Komisia najneskôr do 30. júna 2015 zhodnotiť používanie nariadenia.⁴³ Účinnosť nariadenia sa navrhuje od 1. júla 2010.

3. ZÁVER

Z návrhu je zrejmé, že v priebehu legislatívneho procesu možno očakávať viaceré diskusie a zmeny v jeho texte. Niektoré, najmä technického charakteru, pomôžu návrhu, iné, ako napríklad diskusia o subsidiarite európskeho práva, by pravdepodobne pomohla všetkým

³⁹ Miera účasti sa pritom posudzuje mierou účasti zástupcov zamestnancov v orgánoch spoločnosti. Porov.: čl. 38 ods. 2 a) návrhu.

⁴⁰ Smernica Európskeho parlamentu a Rady 2005/56/ES z 26. októbra 2005 o cezhraničných zlúčeníach alebo splynutiach kapitálových spoločností.

⁴¹ Porov.: čl. 39 – 41 návrhu.

⁴² Porov.: čl. 42 návrhu a čl. 67 nariadenia o SE a čl. 77 nariadenia o SCE.

⁴³ Porov.: čl. 42 – 48 návrhu.

zúčastneným. Na mieste je však i obava, že viaceré zmeny sa dotknú úspešných riešení reagujúcich na nedávny vývoj, napríklad ustanovení súvisiacich so základným imaním.

Otázku, či očakávať SPE ako úspešnú právnu formu nadnárodnej obchodnej spoločnosti práve pre tieto zmeny možno len z ťažka zodpovedať s definitívnou platnosťou. Na druhej strane, vyjasniť jej pozície môže pomôcť i porovnanie riešení nedostatkov, ktoré sú najčastejšie vyčítané iným nadnárodným právnym formám. Často kritizované vysoké základné imanie v prípade SE a SCE bolo v návrhu znížené na symbolickú čiastku. Povaha právnej úpravy označovaná za viacvrstevnú a príliš odlišnú v jednotlivých členských štátoch zaznamenala zmenu v prístupe, čoho dôsledkom bola snaha o redukcii odkazov na právo členských štátov. Po preštudovaní návrhu je zjavné, že možno hovoriť iba o čiastočnom úspechu. Odkazy sú v návrhu prítomné, aj keď je potrebné povedať, že ich významnú časť tvoria ustanovenia skôr technického charakteru a odkazy na právo členských štátov už harmonizované európskou legislatívou. Pozitívom vo vzťahu k často kritizovanej právnej úprave účasti zamestnancov na riadení spoločnosti je, paradoxne vďaka tomu, že odkazuje na národnú právnu úpravu, skutočnosť, že mnohé členské štáty takéto ustanovenia vo vzťahu k viacerým skupinám malých a stredných podnikateľov nemajú. Poskytnutím viacerých modelov organizačnej štruktúry SPE a širokým oprávneniam zvereným spoločníkom pri prijímaní spoločenskej zmluvy sa SPE úspešne snaží o vytvorenie flexibilného rámca jednotnej právnej úpravy. Prehnaným sa v tejto súvislosti nejaví ani tvrdenie o výmene členského štátu na mieste prioritného tvorcu pravidiel spoločníkmi SPE.

Vo všeobecnosti tak pri tomto znení návrhu možno konštatovať, že sa okruh potenciálnych používateľov rapídne zväčšuje a aj napriek úmyslu vytvoriť právnu formu určenú malým a stredným podnikateľom možno očakávať i jej využívanie veľkými spoločnosťami napr. pri tvorbe národných dcérskych spoločností. SPE má tak, napriek oblastiam s pretrvávajúcou problematickou právnou úpravou, oveľa širšie možnosti stať sa prvou skutočne úspešnou nadnárodnou právnou formou.

Literatura:

- De Búrca, G. et al.: EU Law, Text, Cases and Materials, Oxford University Press, 3. vydanie, 2003, 1392, ISBN-13: 978-0199249435.
- Deutsch, S.: Die Europäische Privatgesellschaft am Weg zur supranationalem Rechtsform, Wirtschaftsuniversität Wien, Diplomarbeit, 2008.
- Nariadenie Rady č. 2137/ 85 o európskom zoskupení hospodárskych záujmov.
- Nariadenia Rady č. 1435/2003 o stanovách európskeho družstva.
- Nariadenia o Rady č. 2157/2001 o stanovách európskej spoločnosti.
- Smernica Európskeho parlamentu a Rady 2005/56/ES z 26. októbra 2005 o cezhraničných zlúčeníach alebo splynutiach kapitálových spoločností.
- http://ec.europa.eu/internal_market/company/epc/index_en.htm.
- http://ec.europa.eu/internal_market/company/docs/modern/report_en.pdf.
- <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=COM:2003:0284:FIN:EN:PDF>.
- <http://www.europarl.europa.eu/sides/getDoc.do?pubRef=-//EP//NONSGML+REPORT+A6-2006-0434+0+DOC+PDF+V0//EN&language=EN>.

- http://ec.europa.eu/internal_market/company/epc/conference_en.htm.
- <http://webstream.ec.europa.eu/scic/markt/080310/day1en-2.wmv>.
- http://ec.europa.eu/internal_market/company/docs/epc/presentations/dekluver_en.pdf.

Kontaktní údaje na autora – email:

lukas.kvockacka@gmail.com

K NĚKTERÝM OTÁZKÁM KORPORACÍ ÚČASTNÍCÍCH SE PŘESHraničNÍCH FÚZÍ

JAN LASÁK

Nejvyšší soud České republiky, Česká republika

Abstrakt v rodném jazyce

Dne 1. 7. 2008 nabyl účinnosti zákon č. 125/2008 Sb., o přeměnách obchodních společností a družstev. Nová právní úprava je plná problematických aspektů, které ztěžují její aplikaci a které bude nutné následující novelizací odstranit. Jedním z nich je v otázce, které subjekty se mohou přeshraniční fúze zúčastnit, a to pokud jde o české korporace, tak i právnické osoby z jiných členských států.

Klíčová slova v rodném jazyce

Přeshraniční fúze, zákon o přeměnách obchodních společností a družstev, zúčastněné korporace.

Abstract

Since July 1st 2008 a new Transformation Act regulating cross-border mergers has been effective. To some extent the Transformation Act is defective with respect to the question which companies from the Czech Republic but also from other member states may take a part in a cross-border merger under the new Act. This text deals with some of the difficulties that arise out of this issue.

Key words

Cross – border mergers, Transformation Act, participating companies.

ÚVODEM

Dne 1.7. 2008 nabyl účinnosti zákon č. 125/2008 Sb., o přeměnách obchodních společností a družstev (dále jen „ZPřem“), který v rámci zvolené „dekodifikace“ českého obchodního práva vyjmul úpravu přeměn ze zákona č. 513/1991 Sb., Obchodní zákoník, ve znění pozdějších předpisů. Nová právní úprava je plná problematických aspektů, které ztěžují její aplikaci a které bude nutné následující novelizací odstranit.

Patrně nejvýraznější změnou je zakotvení přeměn v přeshraničním kontextu. Vzhledem ke skutečnosti, že podnětem k přípravě nové právní úpravy se stalo schválení směrnice 2005/56/ES, o přeshraničních fúzích kapitálových obchodních společností, není překvapivé, že jednou z těchto přeshraničních přeměn tvoří přeshraniční fúze.¹ Úprava přeshraničních fúzích v zákoně o přeměnách je přitom plná nedostatků. Jeden z těchto nedostatků stojí hned u základní otázky, a to, které subjekty se mohou přeshraniční fúze účastnit.

Ke korporacím účastnících se přeshraniční fúze podle zákona o přeměnách obchodních společností.

¹ Vedle toho nová právní úprava povoluje přeshraniční převzetí jmění.

Ustanovení § 181 písm. a) ZPřem určuje, že českou zúčastněnou, zanikající nebo nástupnickou korporací může být společnost s ručením omezeným, akciová společnost nebo družstvo. Povinnost umožnit akciovým společnostem a společnostem s ručením omezeným účastnit se přeshraniční fúze vyplývá z čl. 1 směrnice 68/151/EHS (dále jen „První směrnice“), na který směrnice 2005/56/ES v čl. 2 odkazuje. Zákonodárce nevyužil oprávnění dané mu z čl. 3 směrnice 2005/56/ES a nevyloučil družstvo z možnosti účastnit se přeshraniční fúze. Zákon o přeměnách vztáhl působnost ustanovení o přeshraničních fúzích na družstva i přesto, že vnitrostátní úpravy družstev nebyly prostřednictvím komunitárního práva harmonizovány tak jako vnitrostátní regulace kapitálových společností.

Přestože ustanovení § 181 písm. a) nezmiňuje evropskou společnost (Societas Europea, SE), je taktéž oprávněna účastnit se přeshraniční fúze. To vyplývá z čl. 10 NoSE, podle kterého se k evropské společnosti v každém členském státě přistupuje tak, jako by se jednalo o akciovou společnost založenou podle práva členského státu, ve kterém má evropská společnost sídlo. Nařízení o evropské společnosti tím stanovuje zákaz diskriminace, podle něhož nesmí být s evropskou (akciovou) společností zacházeno v členských státech bezdůvodně hůře než s akciovou společností. Toto pravidlo vyplývá přímo z nařízení, není tak třeba toto opakovaně zmiňovat v zákoně o přeměnách. Hovoří-li tak zákon o přeměnách v případě přeshraničních fúzích o akciové společnosti, vztahují se tato ustanovení automaticky i na evropskou společnost. Nicméně, přeshraniční fúze za účasti evropské akciové společnosti má dvojitý právní režim v závislosti na skutečnosti, zda je evropská společnost zanikající korporací nebo korporací nástupnickou. Pokud je nástupnickou společností nově zakládaná evropská společnost v důsledku přeshraniční fúze splynutím dvou evropských společností nebo akciových společností, spadá tato přeshraniční fúze pod rozsah nařízení o evropské společnosti dle čl. 2 odst. 1 NoSE. V takovém případě nebudou ustanovení § 180 a násl. ZPřem aplikována a realizace přeshraniční fúze se bude řídit nařízením o evropské společnosti, které má aplikační přednost. V těchto situacích je evropská společnost nově zakládána a k zanikajícím evropským společnostem je v souladu s čl. 10 a čl. 2 NoSE přistupováno jako k akciovým společnostem, které zakládají evropskou společnost. Totéž platí o přeshraniční fúzi sloučením, má-li být nástupnickou korporací evropská společnost. I v této situaci musí být postupováno dle nařízení o evropské společnosti. Evropská společnost se však může podílet na přeshraniční fúzi s jinými kapitálovými společnostmi spadající pod rozsah směrnice 2005/56/ES a v takovém případě bude k evropské společnosti přistupováno jako k akciové společnosti. Při přeshraniční fúzi se evropská společnost v takovém případě řídí ustanoveními o přeshraniční fúzi plynoucí z § 180 ZPřem. Pokud se například bude přeshraniční fúze splynutím účastnit evropská společnost, s jinou kapitálovou společností z jiného členského státu ES/EU, přičemž nástupnickou korporací není evropská společnost, ale například česká akciová společnost, je aplikace nařízení o evropské společnosti vyloučena. Tato přeshraniční fúze proběhne, jako by se jí účastnila národní akciová společnost, a spadá tak pod rozsah přeshraniční fúze dle § 180 a násl. ZPřem.

S ohledem na skutečnost, že se transponovaná úprava nijak nevyjádřila k možné aplikaci čl. 2 odst. 1 písm. b) směrnice 2005/56/ES, považujeme za nutné zmínit, zda nebyl český zákonodárce povinen vztáhnout možnost realizace přeshraničních fúzích i na jiné společnosti, než uvedené v tomto ustanovení. Podmínky kladené směrnicí 2005/56/ES na společnost, které má být národními právními řády umožněno účastnit se přeshraniční fúze jsou:

1. jedná se o společnost

2. společnost má základní kapitál a majetek, který jediné slouží k vyrovnávání závazků společnosti²
3. má právní subjektivitu
4. vlastní majetek, který jediné slouží k vyrovnávání závazků společnosti
5. dodržuje ochranná opatření ve smyslu první směrnice Rady 68/151/EHS.

Pokud jde o užitý pojem „společnost“, jak je vymezen v definici kapitálové společnosti, měl by být tento pojem vykládán autonomně, a to ve smyslu čl. 48 odst. 2 Smlouvy o založení evropských společností (SES). Podle tohoto ustanovení se jimi rozumějí útvary odlišné od fyzických osob, jenž jsou podle právního řádu, dle kterého byly založeny, nositeli práv a povinností. Současně jsou založeny podle práva některého členského státu a mají na území některého členského státu své sídlo, ústřední správu nebo hlavní místo své podnikatelské činnosti a sledují výdělečný účel.

Nemusí se jednat jen o společnosti, které skutečně produkují zisk, ale i o ty společnosti, které mají výdělečnou činnost jako jeden z cílů. Obchodní společnosti dle § 56 ObchZ (veřejná obchodní společnost, komanditní společnost, akciová společnost, společnost s ručením omezeným) jsou právnické osoby založené za účelem podnikání. Ustanovení § 2 odst. 1 ObchZ přitom mezi základní znaky podnikání zařazuje dosažení zisku, tedy výdělečný cíl činnosti. Z českých společností by tedy pod rozsah společnosti čl. 48 odst. 2 SES bylo možné zařadit též osobní společnosti (veřejná obchodní společnost, komanditní společnost), družstvo založené za účelem podnikání, případně státní podnik.

Podmínky stanovené čl. 2 odst. 1 písm. b) směrnice 2005/56/ES však patrně nesplňuje státní podnik, neboť nenaplnuje podmínku vlastního majetku. Smyslem existence státního podniku je totiž dle § 2 odst. 1 zákona č. 77/1997 Sb., o státním podniku, ve znění pozdějších předpisů, náležitá správa majetku ve vlastnictví státu a nikoliv majetku vlastního. Současně státní podnik nesplňuje podmínku existence ochranných opatření ve smyslu směrnice 68/151/EHS a pod rozsah směrnice tak státní podnik není možné zahrnout. Zákonodárce tak neměl povinnost umožnit přeshraniční fúze státních podniků. Zákonodárce nebyl povinen povolit účast sdružení podle § 829 ObčZ na přeshraniční fúzi, neboť postrádají pojmový znak existence právní subjektivity. Podle ustanovení § 7 odst. 3 zákona č. 248/1995 Sb., o obecně prospěšných společnostech, není dovolena přeshraniční fúze za účasti obecně prospěšné společnosti. Obdobně platí, že dle § 96 odst. 5 ZKI se investiční fond, který shromažďuje peněžní prostředky od veřejnosti a zajišťuje, že kurz cenných papírů, jenž vydal, se na regulovaném trhu významně neliší od jejich aktuální hodnoty, nesmí zúčastnit přeshraniční fúze.

² V českém znění tohoto článku směrnice se vyskytuje překlad zcela nevhodně používající pojem „ručení“, což představuje sekundární, zajišťovací právní vztah a nikoliv primární odpovědnostní vztah, jaký je směrnicí zamýšlen. Srov. např. anglické znění: „assets which alone serve to cover its debts” nebo francouzské „possédant un patrimoine séparé qui répond à lui seul des dettes de la société“. Tyto jazykové verze by tak měly s ohledem na cíl směrnice a judikaturu ESD dostat přednost. Srov. např. rozsudek Evropského soudního dvora (ESD) Erich Stauder v. City of Ulm, Case 29-69, ve němž ESD rozhodl, že jednotlivé jazykové verze by neměly být vykládány izolovaně od ostatních verzí a to současně při vnímání skutečného záměru zákonodárce a cílů, které daný legislativní text sleduje.

Ustanovení § 181 ZPřem stanovuje, že českou zúčastněnou, zanikající nebo nástupnickou korporací je společnost s ručením omezeným, akciová společnost nebo družstvo. Požadavky kladené na osobní rozsah kapitálových společností obsažené ve směrnici 2005/56/ES je přitom nutné posuzovat v souvislosti s ideovými kořeny směrnice práva, které umožňují členským státům vztáhnout ustanovení směrnice 2005/56/ES i na další formy právnických osob, než by vyplývalo z textu směrnice. Český zákonodárce této možnosti využil zčásti, když umožnil účastnit se přeshraniční fúze veřejné obchodní společnosti a komanditní společnosti (§ 189 ZPřem). Byť tuto povinnost český zákonodárce neměl, neboť osobní obchodní společnosti nesplňují požadavek vlastního majetku, který jediné slouží k vyrovnávání závazků společnosti. Jedním ze základních znaků osobních společností je totiž existence zákonného ručení společníků, respektive komplementářů za závazky společnosti.

Ustanovení § 181 písm. b) ZPřem vymezuje znaky zahraniční korporace, se kterými se mohou české korporace případně veřejná obchodní společnost nebo komanditní společnost (§ 189 ZPřem) účastnit přeshraniční fúze, případně, které se mohou s jinými zahraničními korporacemi účastnit přeshraniční fúze splynutím nebo sloučením a umístit sídlo nástupnické společnosti na území České republiky. Je s podivem, že zákonodárce vymezil charakteristické znaky zahraniční korporace ve smyslu § 181 písm. b) požadavkem právní subjektivity a existence vlastního kapitálu, avšak neuvedl i ostatní znaky kapitálové společnosti plynoucí ze směrnice 2005/56/ES, určující, na které kapitálové společnosti mají členské státy povinnost úpravu přeshraničních fúzí vztáhnout, tedy že společnost má základní kapitál a majetek, který jediné slouží k vyrovnání závazků společnosti, případně že dodržuje ochranná opatření ve smyslu První směrnice. Zdá se tak, že zákonodárce (zřejmě nechtěně) vymezuje méně charakteristik zahraniční korporace, které se mohou účastnit přeshraniční fúze s českou korporací dle § 181 písm. a), než tak činí směrnice 2005/56/ES. Je v této souvislosti otázkou, co měl zákonodárce na mysli slovním spojením „v souladu s požadavky práva Evropských společenství“. Právo ES totiž nestanovuje, které společnosti se přeshraniční fúze nemohou účastnit a členské státy jsou oprávněny okruh osob, které se mohou účastnit přeshraniční fúze, rozšířit i nad rámec směrnice 2005/56/ES. Jinými slovy, v souladu s požadavky práva ES by byla i situace, kdy právní řád členského státu ES/EHP umožní přeshraniční fúze všem právnickým osobám, které se řídí tímto právním řádem.

Zahraněční korporace ve smyslu § 181 písm. b) ZPřem se dále musí řídit právním řádem jiného členského státu než České republiky. Tímto státem se dle § 3 ZPřem rozumí členský stát Evropské unie nebo jiného státu Evropského hospodářského prostoru (EHS).³ Přeshraniční fúze, kterých se mají účastnit české zúčastněné korporace, se mohou realizovat toliko za účasti zahraničních korporací, které se řídí právním řádem těchto států. I nadále tak nejsou možné přeshraniční fúze mezi českou korporací a obchodními společnostmi nebo jinými právními útvary, které se řídí jiným právním řádem, než členského státu EU nebo Evropského hospodářského prostoru.

Pro zjištění, která zahraniční korporace se může účastnit přeshraniční fúze v souladu se směrnicí 2005/56/ES, je nutné konfrontovat ustanovení čl. 1 První směrnice, na který směrnice 2005/56/ES v čl. 2 odkazuje. Dále je možné, že zahraniční právní řády vztáhnou

³ Členským státem EU je k 1.7.2008 Belgie, Bulharsko, Česká republika, Dánsko, Estonsko, Francie, Finsko, Kypr, Litva, Lotyšsko, Lucembursko, Irsko, Itálie, Maďarsko, Malt, Německo, Nizozemsko, Polsko, Portugalsko, Rakousko, Rumunsko, Řecko, Slovensko, Slovinsko, Spojené království, Španělsko a Švédsko. Jiným státem tvořícím EHP je Lichtenštejnsko, Island a Norsko.

úpravu přeshraničních fúzí i na jiné právnické osoby popřípadě na společnosti, které splňují požadavky čl. 2 směrnice 2005/56/ES.

Ustanovení § 181 písm. b) zmiňuje vedle zahraničních obchodních společností i zahraniční družstva. Aby se však družstvo z jiného členského státu Evropské unie nebo Evropského hospodářského prostoru mohlo účastnit přeshraniční fúze, je nutné, aby členské státy v rámci transpozice i přes ustanovení čl. 3 odst. 2 směrnice 2005/56/ES přeshraniční fúze družstev umožnily, a to i kdyby zahraniční družstvo spadalo pod osobní rozsah čl. 2 směrnice 2005/56/ES.

KŘÍŽOVÉ PŘESHHRANIČNÍ FÚZE ANEB IGNORANCE ZÁKONODÁRCE

Vnitrostátní fúze obchodních společností mohou být v základní rovině realizovány mezi korporacemi stejných právních forem (§ 66 ZPřem). V přeshraničním kontextu je tato problematika složitější, neboť napříč jednotlivými právními řády se vyskytují právní formy, které mohou být zcela neznámé v jiných členských státech. To není pravidlo pro akciovou společnost nebo společnost s ručením omezeným, které se v určité podobě společné v zásadě všem členským státům Evropské unie (Evropského hospodářského prostoru). Problém může vznikat, pokud se jedná o společnost specifickou některému členskému státu. Například německá komanditní společnost na akcie (KGaA) nemá v řadě zemí, včetně České republiky, obdoby.

Z hlediska křížových fúzí je úprava § 182 i § 183 ZPřem formulována nešťastně. V první řadě je problematické vymezení „stejně právní formy“. Určení stejné právní formy je platné pouze v podmínkách jednoho právního řádu. Obchodní společnosti a družstva podléhající různým právním řádům jsou právnickými osobami daných právních řádů. Společnosti, které se řídí právním i řády různých zemí se mohou v otázce formy toliko podobat, ale za současné právní úpravy nemůže mít česká korporace nikdy „stejnou“ právní formu jako zahraniční korporace. Povahu podobné (nikoliv „stejně“) právní formy si dovedeme představit například v případě české, rakouské nebo německé společnosti s ručením omezeným. Naproti tomu v případě anglické limited liability company již máme pochybnosti.

V této souvislosti je nevhodné i vymezení, podle kterého musí mít při přeshraniční fúzi zanikající a nástupnické korporace stejnou právní formu, ledaže právní předpisy všech členských států, v nichž mají zanikající i nástupnické korporace svá sídla, dovolují vnitrostátní fúze mezi korporacemi těchto různých právních forem. Zákon o přeměnách upravuje výlučně křížové fúze českých korporací ve vnitrostátním měřítku (viz § 154). Neřeší již otázku křížových přeshraničních fúzí. Například neupravuje přeshraniční fúzi mezi českou společností s ručením omezeným a německou GmbH, přestože se jedná o přeshraniční fúzi společností různých právních forem, neboť jejich konkrétní znaky vnitřní struktury stanovují německý a český právní řád rozdílně. Proto nelze říci, že by uvedené společnost měly „stejnou“ právní formu. To bez ohledu na skutečnost, že v překladu znamená zkratka GmbH společnost s ručením omezeným a vykazuje s českou společností s ručením omezeným řadu shodných prvků.

Příkladem důsledků nevhodné formulace ustanovení § 182 (i § 183) budiž i přeshraniční fúze mezi německou akciovou společností a českou společností s ručením omezeným s českou nástupnickou korporací ve formě akciové společnosti. Křížová přeshraniční fúze právnických osob těchto různých právních forem se může podle § 182 uskutečnit jen, pokud ji výslovně povoluje české i německé právo. Text tohoto ustanovení přitom vybízí, aby český právní řád výslovně povoloval přeshraniční fúzi mezi českou společností s ručením omezeným

a německou Aktiengesellschaft, neboť se jedná o fúzi společností různé právní formy. To samozřejmě zákon o přeměnách v žádném ustanovení nečiní. Navíc se jedná o nepochopení směrnice 2005/56/ES, který ustanovení § 182 mělo do českého právního řádu patrně transponovat. V čl. 4 odst. 1 směrnice 2005/56/ES se uvádí, že „přeshraniční fúze jsou možné pouze mezi společnostmi takových právních forem, které se smějí spojovat podle vnitrostátního práva daných členských států.“ Toto ustanovení lze vykládat více způsoby. Jedním z nich, je ten, který zvolil český zákonodárce, podle kterého se mohou uskutečnit za předpokladu, že jsou povoleny právními řády všech zúčastněných států. Jiný výklad, který vyplývá například ze znění francouzského nebo anglického, nabízí, že přeshraniční fúze jsou možné pouze mezi společnostmi takových právních forem, které spadají pod osobní rozsah směrnice 2005/56/ES a mohou uskutečňovat (vnitrostátní) fúzi podle vnitrostátního práva daného členského státu. Jedině tento výklad lze tak i z pragmatických důvodů připustit. Nelze rozumně očekávat, že právní řády členských států budou určovat, s kým může fúzovat česká společnost s ručením omezeným. Jak se pozná např. v kyperském nebo anglickém právu, jaká korporace má stejnou právní formu s českou společností s ručením omezeným?

Na základě euro-konformního výkladu, který jediné dává z praktického hlediska smysl, se tudíž domníváme, že přeshraniční fúze v souladu s čl. 4 odst. 1 směrnice 2005/56/ES a tedy i dle § 182 ZPřem mají být umožněny všem kapitálovým společnostem, které spadají pod rozsah směrnice 2005/56/ES a které se mohou podle vnitrostátního práva účastnit vnitrostátní fúze. Tento výklad ostatně umožňuje francouzská, německá i anglická jazyková verze směrnice 2005/56/ES.

S ohledem na znění § 3 ZPřem a § 182 zákona o přeměnách by mohlo vyplývat, že česká družstva mohou fúzovat pouze s družstvy z jiných členských států Evropské unie nebo Evropského hospodářského prostoru EHP, mohou-li se družstva z jiných členských států účastnit přeshraniční fúze podle právních řádů, kterými se řídí. Ostatní členské státy jsou totiž v souladu s ustanovením čl. 3 odst. 2 oprávněny upravu přeshraničních fúzí na družstva nevztáhnout. Problém však tkví v tom, že zákon o přeměnách ani směrnice 2005/56/ES nevymezuje definiční znaky družstev. Jde o to, že použití pojmu družstvo v zákoně o přeměnách má svůj význam jen v podmínkách českého právního řádu. Pokud zákonodárce použije pojmu družstvo, myslí tím právnickou osobou upravenou v § 221 a násl. ObchZ. Právnické osoby z jiných členských států mohou mít podobné charakteristické rysy jako česká družstva, ale nikdy to nebudou právnické osoby stejné formy právnických osob. Nadto, družstvo založené podle českého práva má jedinečné charakteristické znaky, které mohou mít právní formy právnických osoba pocházejících z jiných členských států, avšak nebudou jako družstvo označeny. Je tak problém určit s jakými právnickými osobami z jiných členských států mohou česká družstva vůbec fúzovat, když zahraniční družstvo není v zákoně o přeměnách nijak charakterizováno. Patrně se přitom nelze spokojit s tím, že v překladu lze pro některé formy právnických osob z jiných členských států použít výrazu „družstvo“.

Směrnice o přeshraničních fúzích neomezuje umístění sídla nástupnické korporace do členského státu, ve kterých sídlí zúčastněné korporace. Sídlo nástupnické korporace tak může být umístěno i do třetího členského státu EU/EHP. Pro tyto případy ze zákona o přeměnách plyne stejně nevhodná norma jako v případě § 182, tedy že křížovou přeshraniční fúzi musí povolovat vedle států, kde sídlí zúčastněné korporace, rovněž stát, do kterého má být umístěno sídlo nástupnické korporace (viz § 184 ZPřem). Ve smyslu ustanovení § 183 tak pro případy, kdy se účastní přeshraniční fúze například česká akciová společnost s německou Gesellschaft mit beschränkter Haftung, přičemž nástupnickou společností má být rakouská

Aktiengesellschaft, vyžaduje zákon o přeměnách, aby německý, český i rakouský právní řád povolovat vnitrostátní fúzi těchto různých právních forem.

Autorům předlohy se ustanovení § 183 ZPřem vyloženě nepodařilo. Za prvé je sporné, zda i právní řád, do kterého má být umístěno sídlo nástupnické korporace, musí výslovně umožňovat danou křížovou přeshraniční fúzi korporací, které se řídí právním řádem jiné členské země ES/EHP a spadají pod osobní rozsah směrnice 2005/56/ES. Podle našeho názoru nikoliv. Z čl. 4 odst. 1 písm. a) směrnice 2005/56/ES vyplývá, že přeshraniční fúze jsou možné pouze mezi společnostmi takových právních forem, které se smějí spojovat podle vnitrostátního práva daných členských států. K tomu bod 2 preambule směrnice 2005/56/ES uvádí, že smyslem směrnice je povolovat přeshraniční fúze kapitálové společnosti z jednoho členského státu a kapitálové společnosti z jiného členského státu, jestliže vnitrostátní právo těchto členských států povoluje fúze společností daných právních forem. Z tohoto ustanovení plyne, že směrnice 2005/56/ES opravňuje klást uvedený požadavek toliko právním řádům států, ve kterých sídlí zúčastněné korporace, nikoliv právnímu řádu státu, do kterého má být umístěno sídlo nástupnické korporace, ledaže je nástupnická korporace umístěna do členské země EU/EHP, ve které má sídlo jedna ze zúčastněných korporací. Tento závěr ostatně nutné plyne z primárního komunitárního práva, neboť založení překážky právním řádem třetího státu, kterým se má řídit nástupnická korporace, by mohlo vést k narušení svobody usazování ve smyslu rozhodnutí ESD ve věci SEVIC Systems AG.

Asi nepřekvapí, že zákon o přeměnách křížové přeshraniční fúze zahraničních korporací neupravuje a tedy ve smyslu § 183 ZPřem výslovně nepovoluje. To však nemůže vést k závěru že jsou zakázány, pokud spadají pod rozsah směrnice 2005/56/ES. Zákon o přeměnách nemůže bránit přeshraniční fúzi zahraničním zúčastněným korporacím podřízeným různým právním řádům, pokud tyto právní řády připravovanou přeshraniční fúzi zahraničních korporací spadajících pod rozsah směrnice 2005/56/ES umožňují. Takové omezení jde nad rámec směrnice úpravy a vede k omezení svobody usazování dle čl. 43 SES. V otázce přeshraničních fúzí musí být takové omezení v souladu zejména se závěry rozhodnutí Evropského soudního dvora ve věci SEVIC Systems AG, pokud jde o ochranu určitých kategorických požadavků. Mezi chráněné hodnoty ESD v minulosti označil ochranu věřitelů zúčastněných korporací, menšinových akcionářů, poctivosti obchodního styku nebo zaměstnanců zúčastněných korporací. Nicméně, i kdyby v těchto situacích existoval kategorický požadavek, který by byl tímto ustanovením chráněn, musí být ochrana uvedených zájmů posuzována v souladu s rozhodnutím SEVIC Systems na základě ad hoc principu. Takto se jedná o generální omezení přeshraničních fúzí, které není odůvodněno ochranou zvláštních kategorických požadavků. Jinými slovy, tento paušální požadavek může bránit přeshraničním fúzím i v situacích, kdy chráněné hodnoty ohroženy nejsou, a v takovém případě je v přímém rozporu s komunitárním právem.

Ustanovení § 183 současně budí obdobné rozpaky jako § 182, a to pokud jde o vymezení různé respektive stejné právní formy zúčastněných korporací. Vymezení stejné právní formy je možné pouze v podmínkách jednoho právního řádu, který právní formu právnické osoby vymezuje nezávisle na jiných členských státech EU/EHP. Obchodní společnosti a družstva jsou právními formami daných právních řádů, jejichž právní forma je odlišná od právních forem korporací pocházejících z jiných členských států. Korporace pocházející z různých členských států se mohou v otázce právní formy toliko podobat. Proto působí nevhodně i omezení, že právní předpisy všech členských států, v nichž mají zúčastněné korporace svá sídla i právní řád členského státu, do něž má být umístěno sídlo nástupnické korporace, musí dovolovat vnitrostátní fúze mezi korporacemi těchto různých právních forem. Vzhledem k tomu, že o stejné právní formě lze hovořit jen v podmínkách jednoho právního řádu,

vyplývá z ustanovení § 183, že zákon o přeměnách musí výslovně umožnit například přeshraniční fúzi anglické limited liability company a německé AG, má-li být nástupnickou korporací česká akciová společnost. To samozřejmě zákon o přeměnách neumožňuje a ani mu to nepřísluší. Zákon o přeměnách upravuje výlučně křížové fúze českých národních společností ve vnitrostátním měřítku (viz § 154). Neřeší již otázku například křížové přeshraniční fúze mezi rakouskou společností s ručením omezeným a německou společností s ručením omezeným. To bez ohledu na skutečnost, že jsou obě právnické osoby v překladu označeny jako společnost s ručením omezeným a vykazují řadu shodných prvků.

V této souvislosti lze obdobně jako ve výkladu k ustanovení § 182 upozornit na čl. 4 odst. 1 směrnice 2005/56/ES, podle kterého jsou „přeshraniční fúze možné pouze mezi společnostmi takových právních forem, které se smějí spojovat podle vnitrostátního práva daných členských států.“ Výklad vyplývající z francouzského nebo anglického znění směrnice 2005/56/ES nabádá, že přeshraniční fúze jsou možné pouze mezi společnostmi takových právních forem, které spadají pod osobní rozsah směrnice 2005/56/ES a mohou fúzovat podle vnitrostátního práva daného členského státu. Nelze rozumně očekávat, že právní řády členských států budou určovat, s jakými zahraničními korporace se mohou zahraniční korporace z jiného členského státu účastnit přeshraniční fúze, má-li mít nástupnická korporace sídlo v jiném členském státu. Nelze například po anglickém právu požadovat, aby výslovně umožňovalo přeshraniční fúzi české akciové společnosti s německou GmbH, má-li být nástupnickou korporací anglická limited liability company. Ani zákon o přeměnách nemůže upravovat, zda se může anglická limited liability company účastnit přeshraniční fúze s německou akciovou společností a založit v důsledku přeshraniční fúze českou akciovou společnost, zvláště když jak německá akciová společnost, tak anglická limited liability company spadají pod osobní rozsah směrnice 2005/56/ES.

Pokud by tedy český rejstříkový soud zamítl návrh na zápis přeshraniční fúze do obchodního rejstříku, neboť český právní řád výslovně neumožňuje přeshraniční fúzi německé akciové společnosti a anglické limited liability company do nástupnické české akciové společnosti, zasáhl by tím do svobody usazování ve smyslu rozhodnutí SEVIC Systems AG. Takovou restrikcí by Evropský soudní dvůr zcela nepochybně posoudil jako nedovolenou překážku svobody usazování. Je proto nutné toto ustanovení ignorovat, neboť při doslovné aplikaci by se nemohla uskutečnit žádná přeshraniční fúze, pokud by měla mít nástupnická korporace sídlo v České republice.

Na základě euro-konformního výkladu se tudíž domníváme, že přeshraniční fúze dle čl. 4 odst. 1 směrnice 2005/56/ES a tedy i dle § 183 ZPřem při zachování euro-konformního výkladu, mají být umožněny všem kapitálovým společnostem, které spadají pod rozsah směrnice 2005/56/ES a mohou se podle vnitrostátního práva účastnit vnitrostátní fúze. Současně jim má být umožněno založit ve třetím státě nástupnickou korporaci, která rovněž spadá pod osobní rozsah směrnice 2005/56/ES. Tento výklad ostatně umožňuje francouzská, německá i anglická jazyková verze směrnice 2005/56/ES.

ZJEDNODUŠENÁ PŘESHRAŇIČNÍ FÚZE

Ustanovení § 211 zákona o přeměnách má v souladu s čl. 15 směrnice 2005/56/ES umožnit realizaci přeshraniční fúze zjednodušeným způsobem v rámci koncernových vztahů. K přeshraniční fúzi zjednodušeným způsobem dochází dle směrnice 2005/56/ES v případě přeshraniční fúze sloučením, kdy jedna ze zúčastněných korporací zrušením bez likvidace převádí celé své obchodní jmění na nástupnickou společnost, která drží veškeré cenné papíry představující podíl na základním kapitálu zanikající společnosti. Společníci nebo členové

zanikající korporace se přitom v případě zjednodušené přeshraniční fúze nestávají společníky nebo členy nástupnické korporace, neboť jediným společníkem zanikající korporace je nástupnická korporace, která se nemůže v důsledku přeshraniční fúze stát společníkem sama sebe.

Zákon o přeměnách se nedrží směrnice v čl. 15, který je prost jakéhokoliv subjektivního vymezení. Namísto toho omezuje realizaci zjednodušené přeshraniční fúze sloučením na společnost s ručením omezeným a akciovou společnost. Toto subjektivní vymezení má svá podstatná úskalí. Ustanovení § 211 ZPřem totiž umožňuje realizaci zjednodušené přeshraniční fúze sloučením výhradně pro případy, kdy se slučují akciové společnosti, společnosti s ručením omezeným nebo akciová společnost se společností s ručením omezeným. Národní obchodní společnosti jsou však právními formami jednotlivých právních řádů členských států EU/EHS. Jsou tudíž napříč Evropskými společnostmi odlišné, byť v případě kapitálových obchodních společností podléhají harmonizaci prostřednictvím komunitárního směrnice práva. Pokud ustanovení § 211 ZPřem hovoří o akciové společnosti a společnosti s ručením omezeným, rozumí se jimi jen akciová společnost a společnost s ručením omezeným podle českého práva.

Uvedené nutně nabádá k závěru, že zjednodušené přeshraniční fúze nejsou v současné době přípustné, neboť zahraniční korporace nejsou akciovou společností nebo společností s ručením omezeným ve smyslu českého práva. Na rozdíl od přílohy I. a II. k NoSE neobsahuje zákon o přeměnách ani směrnice 2005/56/ES žádné vymezení, kterými zahraničními korporacemi se rozumí akciová společnost nebo společnost s ručením omezeným pro účely zjednodušené přeshraniční fúze. Autoři směrnice 2005/56/ES si byli vědomi skutečnosti, že zjednodušené přeshraniční fúze nelze vymezovat subjektivně, ale podle toho, zda nástupnická korporace drží veškeré podíly a ostatní cenné papíry zanikající korporace nebo korporací. Je tak otázkou, zda a na jaké zahraniční obchodní společnosti je možné úpravu zjednodušené přeshraniční fúze podle § 211 vztáhnout.

V první řadě je nutné vyjít z eurokonformního výkladu, který z praktického hlediska jediné dává smysl. Směrnice 2005/56/ES požaduje, aby se zjednodušení požadavků kladených na přeshraniční fúzi dle čl. 15 aplikovalo na situace, kdy jedna korporace spadající pod osobní rozsah směrnice 2005/56/ES držela veškeré cenné papíry nebo podíly na jiné kapitálové společnosti ve smyslu čl. 2 této směrnice, s nimiž je spojeno hlasovací právo na valné hromadě. Z toho tedy vyplývá, že ustanovení o zjednodušené přeshraniční fúzi s účastí české akciové společnosti nebo společnosti s ručením omezeným se má v duchu směrnice 2005/56/ES uplatnit tehdy, když akciová společnost nebo společnost s ručením omezeným vlastní veškeré podíly nebo akcie, s nimiž je spojeno hlasování na valné hromadě zahraniční korporace, která spadá pod osobní rozsah směrnice 2005/56/ES, a vice versa, a takto je tedy nutné ustanovení § 211 ZPřem vykládat.

ZÁVĚR

V rámci dekodifikace obchodního práva v České republice byl v souvislosti s transpozicí směrnice 2005/56/ES přijat zákon o přeměnách obchodních společností a družstev, který měl na úrovni Evropských společenství v intencích rozhodnutí SEVIC Systems AG umožnit realizaci přeshraničních fúzí. Jedná se o problematiku právní regulaci, které se zákonodárce nezhostil se ctí. Pokud by právní praxe měla brát text zákona tak jak napsán, žádná přeshraniční fúze by se zřejmě nemohla uskutečnit. Nesrozumitelná ustanovení zákonodárce je třeba podrobit eurokonformnímu výkladu, a to hned v otázce vymezení subjektů, které se mohou účastnit přeshraniční fúze za účasti české korporace, případně v situacích, kdy

nástupnickou společností přeshraniční fúze dvou nebo více zahraničních korporací má být česká korporace.

Kontaktní údaje na autora – email:

lasakjan@seznam.cz

NEKALÁ SÚŤAŽ V REKLAME A SKRYTÁ REKLAMA, AKO NEKALÁ PRAKTIKA MARKETINGOVEJ KOMUNIKÁCIE V EÚ

PETRONELA LUPRICHOVÁ

Obchodná fakulta Ekonomickej univerzity v Bratislave, Slovenská republika

Abstrakt v rodném jazyce

Autorka sa v príspevku zaoberá nekalosúťažným konaním v reklame a špeciálne skrytou reklamou, ako nekalou praktikou marketingovej stratégie v priestore Európskej únie. Skrytá reklama je v súčasnosti jednou z najčastejšie využívaných spôsobov propagácie s veľkým dosahom na spotrebiteľov a nekalou obchodnou praktikou. Autorka sa tiež zaoberá inštitútom tzv. product placement alebo umiestňovania produktov v programech a právej regulácie tejto formy skrytej reklamy v EÚ.

Klíčová slova v rodném jazyce

Nekalá súťaž, skrytá reklama, product placement.

Abstract

This article deals with the unfair competition in the advertisement and especially with the surreptitious advertisement as the unfair practice of the marketing strategy in the area of EU. In the present the surreptitious advertisement in unfair commercial practice and one of the most commonly used advertising method with dominancy effect on the consumers. The article deals with the product placement as a form of the surreptitious advertisement and with the legal regulation of this marketing practices.

Key words

Unfair Competition, Surreptitious Advertisement, Product Placement.

Už so vznikom samotného obchodu a obchodovania je nerozlučne spätý aj vznik hospodárskej súťaže, súťaženie subjektov o lepšie postavenie na trhu a vyšší zisk a taktiež potreba právnej regulácie tejto oblasti. Nutnosť legislatívnej úpravy je daná samotným faktom, že ide o formu súperenia a tak ako v každej súťaži aj v rámci hospodárskej súťaže, sa subjekty snažia získať výhodu na úkor iných súťažiteľov a nevykonávajú svoju činnosť vždy len v medziach fair – play správania, aby zvíťazili nad konkurenciou. Hospodárska súťaž by však mala spĺňať zákonom predpísané znaky, aby nedochádzalo k zneužívaniu účasti na hospodárskej súťaži a poškodzovaniu iných súťažiteľov. Je zrejmé, že ako v každej súťaži v nej budú úspešní, najúspešnejší a samozrejme aj neúspešní podnikatelia a z toho dôvodu mám na mysli také poškodzovanie iných súťažiteľov, v rámci ktorého ide o zásah do hospodárskej súťaže, ktorý je v rozpore s dobrými mravmi súťaže a porušuje pravidlá súťažného správania sa podnikateľov a tým spôsobuje iným súťažiteľom ujmu, ktorá nesúvisí s ich schopnosťami alebo kvalitou výrobkov a služieb, ktoré ponúkajú.

Jednou zo zákonom povolených a regulovaných foriem pôsobenia a súťaženia podnikateľov na trhu je reklama, ktorej počiatky, podobne ako hospodárska súťaž, siahajú ku vzniku obchodovania. Práve v tomto období sa využívali najmä tri prostriedky reklamného pôsobenia: tovar a jeho znaky (lesk, farba, vôňa,...), vyvolávači a obchodné známky. Reklama mala vizuálnu alebo zvukovú podobu. Veľkým zlomom vo vývoji reklamy bolo vynájdenie kníhtlače, s ktorým sa viaže aj vznik inzerátov a plagátov. Začiatkom 19. storočia sa reklama oddelila od obchodu a začali sa jej venovať špecialisti v prvých reklamných

agentúrach a v 20. storočí sa reklama začlenila do komplexu marketingových aktivít.¹ Reklama je aj v súčasnosti jednou z najdôležitejších a najefektívnejších foriem marketingovej komunikácie. Z rozvojom reklamných techník a aktivít samozrejme narastala aj potreba právnej regulácie. Fakt, že reklama podnecuje konkurenciu a tým aj ekonomický rast je nespochybniteľný. Taktiež dôležitým znakom reklamy je skutočnosť, že umožňuje spotrebiteľovi lepšiu orientáciu medzi výrobkami a službami a možnosť výberu najkvalitnejšieho produktu. Takéto funkcie však môže plniť len „dobrá“ reklama, teda taká, ktorá sa nesnaží ovplyvňovať ekonomické správanie spotrebiteľov nekalými praktikami. Napriek skutočnosti, že právna úprava inštitútu reklamy sa neustále rozvíja a reflektuje na stále nové a nové trendy v tejto oblasti hospodárskej súťaže, sa aj v súčasnosti stále stretávame s marketingovými postupmi, ktoré sú na hrane prípustnosti a samozrejme vo veľkej miere aj s takými, ktoré môžeme označiť za nekalosúťažné. Tu sa črtá otázka: Prečo je to tak? Prečo sa súťažitelia v rámci svojej propagácie tak často dopúšťajú nekalej súťaže alebo nepovolenej reklamy, prečo sa snažia získať prospech na úkor iných súťažiteľov nepoctivo a neustále sa snažia vytvoriť nové, aj nekalosúťažné postupy, ktorými by prilákali zákazníka? Na túto otázku nie je jednoduchá odpoveď, ale jednou z možností je fakt, že je jednoduchšie spotrebiteľov oklamať ako presvedčiť a existencia priestoru na takúto formu súťaženia. Samozrejme, že právna úprava nemôže reflektovať na všetky formy marketingových postupov v rámci reklamy, nie je to žiaduce a ani by to nebolo dosť dobre možné a účelné. Každý prípad nekalej súťaže je individuálny a tak sa aj musí posudzovať a zároveň treba vychádzať z tézy, že reklama je neodmysliteľným a dôležitým faktorom hospodárskej súťaže a konkurenčného boja. Vynára sa teda otázka, či je možné dospieť k záveru, že zakázané a sankcionované by mali byť len intenzívne prejavované nekalosúťažné praktiky, ktoré takto ohrozujú súťažiteľov a ovplyvňujú ekonomické správanie spotrebiteľov a menej závažné zásahy by mali byť, v záujme ekonomického rastu, viac či menej tolerované. Taktiež by bola zaujímavá polemika na tému či je nutná podrobná špeciálna úprava jednotlivých foriem reklamy vo vzťahu k nekalej súťaži a nekalým praktikám alebo je efektívnejšia všeobecná úprava s dôrazom na potrebu individuálneho prístupu. Podľa môjho názoru, za nekalosúťažné treba pokladať všetky, aj menej intenzívne marketingové praktiky, ktoré sú spôsobilé spôsobiť ujmu, nakoľko čestnou súťažou a čistou reklamou je rovnako možné zvíťaziť nad konkurenciou a preto nie je opodstatnené prehliadať ani ľahšie formy nekalých praktík. V prípade techniky právnej úpravy danej problematiky sa domnievam, že pre potreby nekalej súťaže a reklamy je z dôrazom na aplikačnú prax efektívnejšia všeobecná právna úprava. Môj názor sa pritom opiera o predpoklad, že marketingové postupy v reklame sa neustále a najmä rýchlo vyvíjajú a tento vývoj nie je možné vždy dostatočne zavčasu premietnuť do legislatívy. Aplikačná prax by sa teda mala sústrediť na kvalitnú všeobecnú úpravu (najmä bez výkladových problémov), aby bolo možné pod ňu subsumovať jednotlivé, aj nové prípady a podrobne upraviť len intenzívne zásahy do hospodárskej súťaže.

1. DEFINÍCIA POJMU REKLAMA A VYBRANÉ FORMY REKLAMNEJ PROPAGÁCIE

Pojem reklama obsahujú viaceré právne predpisy, avšak právna definícia pojmu reklama sa nachádza iba v dvoch. Podľa § 2 ods. 1 zákona o reklame je to prezentácia produktov v každej podobe s cieľom uplatniť ich na trhu, pričom produkt je tovar, služby, nehnuteľnosti, obchodné meno, ochranná známka, označenie pôvodu výrobkov a iné práva a záväzky súvisiace s podnikaním. Zákon o reklame je teda všeobecným právnym predpisom, ktorým

¹ Bližšie pozri Prachár, J.: Reklama, Bratislava: Edičné stredisko ekonomickej univerzity v Bratislave, 1993, 293s, ISBN 80-225-0438-6.

bol novelizovaný Obchodný zákonník a jeho ustanovenia o skutkovej podstate klamlivej reklamy, vrátane pojmu reklama a skutkovej podstaty zľahčovania. Druhým právnym predpisom, ktorý definuje reklamu je zákon 308/2000 Z. z. o vysielaní a retransmisii, avšak táto legálna definícia reklamy je na rozdiel od zákona o reklame použiteľná výlučne pre účely spomínaného zákona o vysielaní a retransmisii. Aj v rámci reklamy rozoznávame viacero foriem, ktoré zákon povoľuje alebo zakazuje. Medzi najčastejšie formy takéhoto reklamného pôsobenia v súčasnosti radíme najmä superlatívnu reklamu, porovnávaciu reklamu, ale aj zakázané formy propagácie: skrytú a klamlivú reklamu.

Súťažitelia teda môžu pri svojej reklamnej a propagačnej činnosti využívať napríklad tzv. superlatívnu alebo nadsadenú reklamu, ktorá je povolená v prípade, že nenapĺňa generálnu klauzulu nekalej súťaže, niektorú jej špeciálnu skutkovú podstatu, alebo ustanovenia zákona o reklame. Pri superlatívnej reklame, keď sa prezentuje produkt slovami najlepším, najkvalitnejším, atď., sa v jednotlivých prípadoch posudzuje, či spotrebiteľia, ktorým je takáto reklama určená, sú v tom ktorom prípade na základe vlastných skúseností a vedomostí schopný rozlíšiť, že ide o nadsadenú reklamu a ani takáto prezentácia výrobkov ich nedokáže uviesť do omylu a ovplyvniť ich ekonomické správanie.

Na rozdiel od superlatívnej reklamy, porovnávacia reklama, ako jedna z foriem reklamného pôsobenia súťažných subjektov v hospodárskej súťaži, je v našom právnom poriadku povolená pomerne krátku dobu. Až do prijatia zákona č. 147/2001 Z. z. o reklame bola zakázaná. V súčasnosti je právne upravená a definovaná práve v spomínanom zákone o reklame, ale aj v iných právnych predpisoch. V rovine obchodného práva sa pred prijatím spomínaného zákona a implementácii porovnávacjej reklamy do ustanovení Obchodného zákonníka subjekt, ktorý vo svojej reklamnej kampani použil porovnávaciu reklamu dopustil nekalosúťažného konania a jeho reklama tak naplnila niektorú zo skutkových podstát nekalej súťaže, napríklad zľahčovania, klamlivej reklamy alebo bola v rozpore s generálnou klauzulou nekalej súťaže. V ustanoveniach Obchodného zákonníka sa do ustanovenia § 50 o zľahčovaní – špeciálnej skutkovej podstaty nekalej súťaže, doplnila všeobecná právna úprava slovami: Nekalou súťažou však nie je, ak bol súťažiteľ k takémuto konaniu donútený okolnosťami (oprávnená obrana) alebo ak takéto údaje uviedol v porovnávacjej reklame.

Zákon o reklame definuje porovnávaciu reklamu ako reklamu, ktorá priamo alebo nepriamo označuje iného súťažiteľa alebo jeho produkty. Zároveň je v ňom ustanovených sedem taxatívnych podmienok, ktoré musia byť kumulatívne splnené, aby mohla byť reklama charakterizovaná ako povolená porovnávacia reklama.² V prípade, že súťažiteľ vo svojej porovnávacjej reklame použije údaje, ktoré nespĺňajú čo i len jednu z predpísaných podmienok, pôjde o neprípustnú porovnávaciu reklamu a vo väčšine prípadov aj o nekalosúťažné konanie. Napríklad: V § 4 ods.2 pís. c Zákona o reklame je stanovená podmienka, že prípustná porovnávacia reklama musí dostatočne odlíšiť súťažiteľov a ich produkty tak, aby nemohlo dôjsť k ich zámene. V prípade, že súťažiteľ vo svojej porovnávacjej reklame nedodrží túto zákonom taxatívne určenú podmienku, dopúšťa sa neprípustnej porovnávacjej reklamy a zároveň napĺňa aj špeciálnu skutkovú podstatu nekalej súťaže Vyvolávanie nebezpečenstva zámene. Na druhej strane v situácii, že porovnávacia reklama súťažiteľa nespĺní podmienku uvedenú v § 4 ods. 2 pís. a a zároveň nebude nekalošúťažným konaním, pôjde výslovne len o neprípustnú porovnávaciu reklamu podľa § 4 ods. 3 Zákona o reklame.

² Pozri bližšie: Števček, M.: Porovnávacia reklama, In: Právny poradca, 2001, Roč. 7, č. 9, s. 71 – 80.

2. SKRYTÁ REKLAMA AKO ZAKÁZANÁ FORMA MARKETINGOVEJ KOMUNIKÁCIE

Jednou zo zakázaných foriem reklamy je reklama skrytá a aj napriek tomu, že v rámci marketingovej stratégie nie je prípustná, je pomerne častou formou nekalých praktík využívaných v hospodárskej súťaži. Na otázku prečo je tomu tak je jednoduchá odpoveď. Opäť sa vraciam k téze, že je jednoduchšie spotrebiteľa oklamať, ako presvedčiť a najjednoduchšie sa to dá dosiahnuť v prípade, ak spotrebiteľ nie je schopný postrehnúť, že ide o reklamu. Ak si ako spotrebiteľia zvykneme na reklamu a na jej typické vlastnosti, ako sú preháňanie a určitá dávka nepravdy, tak je ťažšie ovplyvniť naše ekonomické správanie. Ale ak nedokážeme rozpoznať skrytú reklamu, takejto informácii máme tendenciu uveriť ľahšie a dokáže nás skôr presvedčiť o svojej pravdivosti. Rovnako, ako pri pojme reklama, je nutné konštatovať, že legálna definícia skrytej reklamy absentuje. Zákon o reklame len deklaruje, že skrytá reklama je zakázaná. Jediná definícia skrytej reklamy je len v Zákone o vysielaní a retransmisii a opäť len na účely tohto zákona, podľa ktorej skrytá reklama je slovná alebo obrazová informácia o tovare, službe, obchodnom mene, ochrannej známke, prípadne o činnostiach výrobcu tovarov alebo poskytovateľa služieb v programe, ak vysielateľ túto informáciu v rámci programu zámerne využíva na reklamné účely, čím môže uviesť verejnosť do omylu o podstate tejto informácie. Táto informácia sa považuje za zámernú najmä vtedy, ak sa uskutočňuje za odplatu alebo za inú protihodnotu.

V aplikačnej praxi sa môžeme stretnúť s viacerými formami skrytej reklamy:

1. Zakázaná je *reklama pod prahom vedomia*, ktorá spočíva v tom, že obrazové alebo zvukové pôsobenie má intenzitu, ktorú príjemca vníma, ale nie vedome. Vo filme sa premietne jedno políčko za 1/26s, ale prah vnímania je 1/18 – 1/30, čím sa reklama na jednom políčku dostáva pod prah vedomého vnímania. Príjemca sa voči takejto forme reklamy nemôže brániť. Reklama pod prahom vnímania (sublimácia, podprahová) je považovaná za neviditeľnú psychickú zbraň. Napriek tomu, že je zakázaná, ťažko sa jej zákaz kontroluje.
2. Pod *skrytou platenou reklamou* možno rozumieť reklamu v podobe, ktorá pripomína novinársku správu, rozhovor, reportáž, pričom príjemca nie je schopný rozpoznať reklamný zámer takto spracovaného novinárskeho materiálu. Práve táto forma je veľmi častou propagačnou technikou, ktorá dokáže efektívne ovplyvňovať rozhodovanie spotrebiteľov, bez toho, aby bol spotrebiteľ schopný si uvedomiť reklamné pôsobenie. Inou formou platenej skrytej reklamy je inak odmeňovaná skrytá reklama, za ktorú nie sú platené inzertné honoráre, ale sú poskytnuté iné výhody. Podľa Smernice Európskeho parlamentu a Rady 2005/29/ES o nekalých obchodných praktikách podnikateľov je táto forma reklamy definovaná ako nekalá obchodná praktika tak, že ide o využívanie redakčného priestoru v médiách na podporu produktu, keď obchodník zaplatil za podporu predaja bez toho, že by to bolo vysvetlené v obsahu alebo obrazom alebo zvukom jasne identifikovateľné pre spotrebiteľa.
3. Ak bol materiál spracovaný bezodplatne ale reklamnými postupmi ide o formu bezodplatnej skrytej reklamy, označovanú ako *redakčná reklama*. Medzi používané reklamné postupy, na základe ktorých je možné usúdiť, že aj keď nebol vyplatený inzertný honorár alebo poskytnutá iná výhoda, ide o zakázanú skrytú reklamu patrí napr. použitie nadnesených formulácií, nekritické používanie reklamných tlačových materiálov a fotografií, lákajúce oslovovanie čitateľov. Ak by žurnalistický materiál informoval len o jednom výrobcovi, pričom ich v rámci trhu pôsobí viac, alebo by uvádzal o výrobcovi

viac, nadbytočných údajov, aj keď to nie je potrebné, ide o skrytú reklamu, ktorá prináša neodôvodnenú súťažnú výhodu niektorému súťažiteľovi.

4. Skrytý audiovizuálny komerčný oznam je slovná alebo obrazová informácia o tovaroch, službách, názve, ochrannej známke alebo činnostiach výrobcu tovarov alebo poskytovateľa služieb v programoch, ak poskytovateľ mediálnej služby má zámer takúto informáciu použiť na reklamu a mohla by vzhľadom na svoju povahu viesť verejnosť do omylu. Takáto informácia by sa mala považovať za zámernú najmä v prípade, ak sa vykoná za odplatu alebo za podobnú protihodnotu.
5. V súčasnosti najdiskutovanejšou formou skrytej reklamy je tzv. *product placement* alebo umiestňovanie produktov vo filmoch a v televíznych reláciách, najmä seriáloch, nakoľko Smernica Európskeho parlamentu a Rady 2007/65/ES, ktorou sa dopĺňa smernica Rady 89/552/EHS povolila pri splnení niektorých kritérií túto formu skrytej reklamy.

3. UMIESTŇOVANIE PRODUKTOV (PRODUCT PLACEMENT)

Smernica Európskeho parlamentu a Rady 2007/65/ES definuje umiestňovanie produktov ako každú formu audiovizuálneho komerčného oznamu pozostávajúceho z uvedenia produktu, služby či príslušnej obchodnej značky alebo zmienky o nich, aby sa zdôraznili v programe za odplatu alebo za podobnú protihodnotu. Smernica ďalej umožňuje umiestnenie produktov iba v kinematografických dielach, filmoch a televíznych seriáloch vyrobených pre audiovizuálne mediálne služby, v športových programoch, ľahkých zábavných programoch alebo v prípadoch, kde sa neplatí, ale iba sa poskytuje určitý tovar alebo služba zdarma, ako napríklad produkčné rekvizity a ceny s cieľom viesť ich v programe. Umiestňovanie tovarov a služieb zadarmo by sa však malo považovať za umiestnenie produktov len v prípade, ak majú príslušné tovary alebo služby významnú hodnotu. V iných prípadoch je táto formy reklamy zakázaná a taktiež aj členská krajina môže zakázať všetky formy umiestňovania produktov, vrátane spomenutých. Umiestňovanie produktov by malo podliehať rovnakým kvalitatívnym pravidlám a obmedzeniam, aké platia pre audiovizuálny komerčný oznam. Taktiež je dôležité rozoznávať sponzorstvo od product placement. Pri umiestňovaní je produkt zakomponovaný do deja, ale pri sponzorstve sa síce produkt môže objaviť počas programu, ale súčasťou deja nie je.

Programy, ktoré budú obsahovať umiestňovanie produktov, musia kumulatívne spĺňať tieto štyri podmienky:

- a. Ich obsah a v prípade televízneho vysielania ich štruktúra nie je v žiadnom prípade ovplyvnená takým spôsobom, ktorý by mal vplyv na zodpovednosť a redakčnú nezávislosť mediálnej služby
- b. Nepodporujú priamo nákup alebo prenájom tovaru alebo služieb, najmä osobitnými propagačnými odkazmi na tieto tovary a služby
- c. Nepripisujú neprimeranú dôležitosť príslušnému produktu
- d. Diváci sú jasne informovaní o existencii umiestňovania produktov. Programy, ktoré takéto umiestňovanie obsahujú sú primerane označené na začiatku a na konci programu a pri pokračovaní programu po reklamnom bloku, aby sa predišlo akýmkoľvek nejasnostiam zo strany diváka.

V aplikačnej praxi sa v kontexte tejto dikcie smernice môžu, podľa môjho názoru, vyskytnúť problémy v dvoch prípadoch. Po prvé pri pojme *neprimeraná dôležitosť produktu*, nakoľko produkt placement je všeobecne chápaný ako nezávadný v prípade, že sa ním sledujú umelecké ciele a podľa legálnej definície v smernici ide o zdôraznenie produktu. Na základe akého kritéria sa teda bude posudzovať primeranosť takéhoto zdôraznenia resp. primeranosť dôležitosti? Môžeme vôbec o nejakom produkte vyhodnotiť, že sa mu pripisuje v programe neprimeraná dôležitosť, ak autor scenára bude tvrdiť, že je to nevyhnutné pre dosiahnutie ním sledovaného umeleckého cieľa? A to už vôbec nehovorím o vnímaní dôležitosti produktu spotrebiteľom, nakoľko je veľmi ťažké vyhodnotiť, či umiestnenie produktu spôsobom, ktorý by vykazoval črty neprimeranej dôležitosti, bude vôbec spotrebiteľmi, resp. skupinou spotrebiteľov, ktorým je program určený, registrovaný. Zaujímavý by bol aj názor „priemerného spotrebiteľa“ na otázku, či ho dokáže uviesť do omylu skôr predmet neprimerane zdôraznený alebo zdôraznený bez použitia reklamných techník. Za seba, ako spotrebiteľa, môžem tvrdiť, že ak je produkt veľmi zdôraznený (umiestnenie produktu Ajax v mexických telenovelách, ktorému sa pripisovala viac ako neprimeraná dôležitosť), dokážem skôr rozpoznať reklamný zámer tvorcov (a to aj bez primeraného označenia súťažiteľa). V opačnom prípade odfiltrovanie reklamného pôsobenia už nie je také jednoduché. Na druhom mieste je podľa môjho názoru problematické ustanovenie pís. d, ktoré hovorí o primeranom označení. Ako to už v takýchto prípadoch býva, môžu a pravdepodobne aj budú vznikáť rozdielne názory na takúto požiadavku na označenie, najmä vzhľadom na veľkosť (loga, obchodného mena...) a časové trvanie označenia.

Programy v žiadnom prípade nesmú obsahovať umiestnenie určitých druhov produktov. V prvom rade ide o tabakové výrobky a cigarety, výrobky podnikov, ktorých hlavnou činnosťou je výroba alebo predaj cigariet a iných tabakových výrobkov a špecifických liekov alebo liečivých postupov, ktoré sú dostupné iba na lekárske predpis.

4. SKRYTÁ REKLAMA A NEKALOSÚŤAŽNÉ KONANIE

Napriek tomu, že pojem skrytá reklama je možné nájsť len v Zákone o reklame a Zákone o vysielaní a retransmisii, ide aj o skutkovú podstatu nekalej súťaže, ktorá nie je zahrnutá do demonštratívneho výpočtu obsiahnutého v Obchodnom zákonníku, takže ju môžeme podriaďovať pod generálnu klauzulu a využiť okrem iných aj prostriedky právnej ochrany proti nekalosúťažnému konaniu. Ďalšou z možností je posudzovať túto formu reklamy ako reklamu klamlivú.³ Podľa § 45 klamlivá reklama je reklama tovaru, služieb, nehnuteľností, obchodného mena, ochrannej známky, označenia pôvodu výrobkov a iných práv a záväzkov, ktorá uvádza do omylu alebo môže uviesť do omylu osoby, ktorým je určená alebo ku ktorým sa dostane, a ktorá v dôsledku klamlivosti môže ovplyvniť ekonomické správanie týchto osôb alebo ktorá poškodzuje alebo môže poškodiť iného súťažiteľa alebo spotrebiteľa. Zaradenie skrytej reklamy pod túto skutkovú podstatu by bolo možné napríklad v prípade žurnalistického materiálu, ktorý poskytuje neoprávnenú výhodu súťažiťovi tým, že opomína iných súťažiťov, ktorí ponúkajú totožné či obdobné produkty, alebo by dokonca tvrdil, že ním propagovaný súťažiť je jediným výrobcom tovarov, poskytovateľom služieb napriek tomu, že by to v skutočnosti nebola informácia pravdivá. V tomto prípade by skutočne mohlo ísť o klamlivú informáciu, ktorá by bola spôsobilá uviesť spotrebiteľov do omylu.

³ Pozri bližšie: Hajn, P.: Právo nekalé súťaže, Brno: Masarykova univerzita v Brne – právnická fakulta, 1993, 146 s., ISBN 80-210-0923-3.

V §53 Obchodný zákonník ustanovuje, že osoby, ktorých práva boli nekalou súťažou porušené alebo ohrozené môžu sa proti rušiteľovi domáhať, aby sa tohto konania zdržal a odstránil závadný stav. Ďalej môžu požadovať primerané zadosťučinenie, ktoré sa môže poskytnúť aj v peniazoch, náhradu škody a vydanie bezdôvodného obohatenia. Týchto nárokov sa oprávnená osoba domáha prostredníctvom súkromnoprávných žalôb. Právo, aby sa rušiteľ protiprávneho konania zdržal a aby odstránil závadný stav, môže okrem prípadov uvedených v § 48 až 51 uplatniť aj právnická osoba oprávnená hájiť záujmy súťažiteľov alebo spotrebiteľov. Aktívna legitímácia v sporoch z nekalej súťaže by teda mala prislúchať súťažiteľom, spotrebiteľom a právnickým osobám, oprávneným hájiť záujmy súťažiteľov a spotrebiteľov.

Pri pojme súťažiteľ je nutné podotknúť, že ide o legislatívnu skratku, ktorou zákon označuje fyzické a právnické osoby, ktoré sa zúčastňujú na hospodárskej súťaži, aj keď nie sú podnikateľmi a tieto osoby sa môžu brániť proti všetkým formám nekalej súťaže a taktiež využiť všetky prostriedky ochrany voči rušiteľovi. Pojem „ rušiteľ “ sa v teórii a praxi zväčša vykladá široko, t.j. zodpovedným subjektom môže byť nielen objednávatel' reklamy, ale (na rozdiel od verejnoprávných prostriedkov ochrany podľa zákona o reklame) aj reklamná agentúra, televízna či rozhlasová stanica alebo vydavateľ novín, časopisov a podobne.⁴

V prípade platenej alebo inak odmeňovanej reklamy, bude sa možné domáhať nárokov ako voči súťažiteľovi (resp. zadávateľovi reklamy), tak aj proti subjektu, ktorý ju zverejní. Na druhej strane v pri redakčnej reklame by bolo nutné preukázať aspoň čiastočnú participáciu súťažiteľa na vzniku informácie, ktorá bola ako neplatená forma skrytej reklamy zverejnená. V opačnom prípade bude rušiteľom iba redakcia, ktorá takúto informáciu vytvorila a použila.⁵

5. ZÁVER

V súčasnosti je ťažko predstaviť, aby súťažitelia dokázali získať konkurenčnú výhodu na trhu bez použitia reklamy, samozrejme s výnimkou produktov, ktoré vykazujú špecifické vlastnosti vzhľadom na svoju jedinečnosť, kvalitu, alebo cieľovú skupinu spotrebiteľov, ktorým sú určené. Príkladom môže byť galéria, ktorá predáva výtvarné diela holandských majstrov. Ale aj v tomto prípade bude propagácia nutná, aj keď reklama nemusí byť tak intenzívna a použijú sa modifikované marketingové techniky .Reklama môže mať na konkurenčné prostredie a na orientáciu spotrebiteľov zásadný vplyv, ale mala by byť vždy čestná. V marketingovej komunikácii by sa mali využívať len také formy reklamy, ktoré nevykazujú črty nekalosúťažného konanie a súťažitelia by sa v prvom rade mali snažiť propagovať svoje produkty na základe férovej súťaže a nie poškodzovaním iných súťažiteľov a spotrebiteľov.

Súhlasím s názorom P.Hajna:... *je možné privodiť konkurentovi ujmu hmotnú aj nehmotnú a napriek tomu sa nedostať do stretu s generálkou klauzulou proti nekalej súťaži. Úspešné konkurenčné opatrenie spôsobuje totiž presun spotrebiteľského dopytu a škodí tak konkurentovi. To je cieľ každej súťaže, v ktorej zisky jedných znamenajú stratu druhých. Ak sa tento cieľ dosahuje slušnými súťažnými prostriedkami, nie je možné proti tomu zasahovať právom. Právo nechráni pred súťažou ako takou a pred ujмами, ktoré prináša*

⁴ Števec, M.: Porovnávacía reklama, In: Právny poradca, 2001, Roč. 7, č. 9, s. 71 – 80.

⁵ Bližšie pozri: Hajn, P.: Právo nekalé souteže, Brno: Masarykova univerzita v Brne – právnická fakulta, 1993, 146 s., ISBN 80-210-0923-3.

(naopak zabezpečuje aby súťaž existovala nebola obmedzená). Právne normy a generálna klauzula iba zabraňujú ujmám, ktoré by mohla vyvolať súťaž nekalá.⁶

Literatura:

- Hajn, P.: Jak jednat v boji s konkurencí, Praha: Linde, 1995, 239 s., ISBN 80-85647-93-1.
- Hajn, P.: Právo nekalé soutěže, Brno: Masarykova univerzita v Brne – právnická fakulta, 1993, 146 s., ISBN 80-210-0923-3.
- Števček, M.: Porovnávacía reklama, In: Právny poradca, 2001, Roč. 7, č. 9, s. 71 – 80.
- Prachár, J.: Reklama, Bratislava: Edičné stredisko ekonomickej univerzity v Bratislave, 1993, 293s, ISBN 80-225-0438-6.
- Ovečková, O. et al.: Obchodný zákonník – komentár, Bratislava: IURA EDITION, 2005, ISBN 80-8078-027-7.
- Smernica Európskeho parlamentu a Rady 2007/65/ES, ktorou sa dopĺňa smernica Rady 89/552/EHS.

Kontaktní údaje na autora – email:

Luprichova@euba.sk

⁶ Hajn, P.: Jak jednat v boji s konkurencí, Praha: Linde, 1995, 239 s., ISBN 80-85647-93-1

POZNÁMKY PŘED REKODIFIKACÍ SOUKROMÉHO PRÁVA A ZMĚNOU V PRÁVNÍ ÚPRAVĚ VEŘEJNÝCH ZAKÁZEK

KAREL MAREK

Právnická fakulta Masarykovy univerzity, Česká republika

Abstrakt v rodném jazyce

Navrhovaný občanský zákoník nereaguje na požadavky současného „světa sítí“ a moderních transakcí, ve kterých se rozvíjí kontraktace s nehmotnými statky. Naopak jsou upraveny instituty, které byly velmi aktuální ve století devatenáctém a dnes nečiní obecné problémy (průhon dobytka lesem, rojení včel, osetí pozemku cizím semenem, zapuštění trámy do zdi sousedního domu, vytváření ostrovů na řekách apod.). Návrh nového OZ deklaruje rozchod s „právními tradicemi totalitarismu“, je však nutné měnit skutečně vše? Proč se např. máme rozejít s pojmem „právní úkon“, který při používání nečinil jako pojem žádných potíží a nahrazovat ho „právním jednáním“? Koncept OZ vychází žel z jiných než dnešních společenských poměrů a nemůže tedy řešit řadu otázek soudobých. Návrh sice čerpá i z některých současných kodifikací, čerpá z nich však jednotlivě jen vybrané instituty.

Zadávání veřejných zakázek je dnes upraveno zákonem č. 137/2006 Sb., v úplném znění (proběhly již tři novelizace). Čtvrtá novela se v návaznosti na směrnici EU/ES připravuje.

Klíčová slova v rodném jazyce

Občanský zákoník, návrh občanského zákoníku, obchodní zákoník, smluvní typy obchodního zákoníku, smlouvy, právní úkon, veřejné zakázky.

Abstract

The new proposed Czech Civil Code does not react to the requirements of the contemporary “net world” and modern transactions, where a contracting with intangible property is much more frequent than ever before. Instead of it the new Civil Code contains the regulation of legal institutes typical for the 19th century, such as herding of cattle through the forest, swarming of bees, creating the islands on the rivers etc. The new Civil Code declares the separation from the “totalitarian legal traditions” but is it really necessary to change everything? Is there any reason to use a concept of “legal behaviour” instead of long used and trouble-free concept of “legal act”? The proposal of the new Civil Code draw from several contemporary codifications but it is inspired only by some of selected institutes.

The public procurement is now regulated in the Public Procurement Act no. 137/2006 Sb., with three amendments. Because of the directive of EU/EC, the fourth amendment is in preparation.

Key words

Civil Code, proposal of the new Civil Code, Commercial Code, contractual types in the Commercial Code, contracts, legal act, public procurement.

1.

V několika posledních letech probíhají u nás práce na rekonstrukci soukromého práva. Výsledkem těchto prací má být nový občanský zákoník a nový obecný předpis upravující obchodněprávní vztahy, tj. obchodní zákoník či obchodní zákon.¹

Řádky věnované obchodnímu právu jsou ovlivněny nejen současným naším návrhem nového občanského zákoníku, ale i evropským děním v soukromém právu.

Zajímá nás přitom především oblast občanského práva a obchodního práva. Evropským občanským právem nerozumíme přitom civilní právo platné v jednotlivých evropských státech ani principy těchto jurisdikcí společné, ale rozumíme jím příslušné normy komunitárního a unijního práva.²

Pro evropské občanské právo je zatím typické, že upravuje jen jednotlivé dílčí otázky, které nevytvářejí ucelený systém. Neexistuje "evropský občanský zákoník", který by mohl sblížit právo členských států, i když úvahy v tomto směru existují.

Do případného vytvoření evropského občanského práva, jehož základem bude občanský zákoník je zřejmě ještě daleko. V nejbližším období lze nejspíše očekávat úpravy fragmentární k aktuálním dílčím problémům.

V oblasti evropského sekundárního práva přitom bylo již uskutečněno rozsáhlé uspořádávací dílo. Jak známo, inkorporační metodou jsou nahrazovány starší směrnice směrnicemi novými, kodifikujícími. I náš obchodní zákoník směrnice ES transponoval a transponuje.

Jeví se však, že by mohl být v rámci EU dotvořen Akademický společný referenční rámec zabývající se otázkami smluvního práva, resp. otázkami závazkových vztahů, což je třeba vítat. I kdyby byl totiž vypracován Akademický společný referenční rámec jen jako nezávazný nástroj, bylo by to významné východisko pro zákonodárce i pro smluvní strany.

Cestou, která vede ke sblížení civilního, resp. soukromého práva je dnes sblížení prostřednictvím soukromých projektů. Do této skupiny lze řadit např. UNIDROIT a další.³

Při tvorbě nového občanského zákoníku a obchodního zákoníku bychom měli respektovat evropské trendy a současně vycházet z možné právní kontinuity a posoudit i dosavadní znění právní úpravy. Současně se jeví nutnost prohloubit provádění srovnávacího výzkumu.⁴

To přitom neznamená, že by nebylo možno čerpat i z výsledků již učiněných legislativních prací.

¹ K těmto otázkám viz mj. Pelikánová, I.: Návrh občanskoprávní kodifikace, Právní fórum č. 10/2006, s. 347.

² Shodně viz Hurdík, J.; Fiala, J.; Lavický, P.; Ronovská, K.: Východiska a tendence vývoje českého občanského práva po vstupu České republiky do Evropské unie, sborník Evropský kontext vývoje českého práva po roce 2004, AUMBI 2006, s. 156 a násl.

³ Blíže viz např. Šilhan, J.: Evropské smluvní právo, Právní fórum č. 11/2006, s. 381-389. Čech, P.: Několik dalších poznámek ke smluvní limitaci náhrady škody, Právní fórum č. 12/2006, s. 429.

⁴ Pelikánová, I.: Návrh občanskoprávní kodifikace, Právní fórum č. 10/2006, s. 343-354.

Komplexně by se přitom mohlo posoudit i dosavadní znění právní úpravy smluvních typů III. části obchodního zákoníku. Řada těchto zákonných textů může být totiž při rekodifikaci využita.⁵

Rekodifikace soukromého práva v ČR přitom již pokročila tak, že je k dispozici i návrh paragrafového znění návrhu občanského zákoníku, které by mělo být brzy předloženo parlamentu.

2.

Za naší pozice se však jeví, že zřejmě není plně sladěna příprava nového obchodního zákoníku, nového předpisu o ochraně spotřebitele (návrh OZ tyto otázky neřeší) a nového občanského zákoníku (dále též OZ) a odpovídajícího nového občanského soudního řádu.

Lze však velmi kladně hodnotit, že lze bez obav publikovat i názory, které vidí otázky upravované v návrhu občanského zákoníku kriticky.⁶ Není přitom tajemstvím, že se vychází z konceptu vytvořeného v ČSR v r. 1937, a že měl být tímto konceptem vlastně jen modernizován ABGB. Koncept OZ vychází žel z jiných než dnešních společenských poměrů a nemůže tedy řešit řadu otázek soudobých. Návrh sice čerpá i z některých současných kodifikací, čerpá z nich však jednotlivě jen vybrané instituty. Přitom používá návrh OZ jazyka, kterým se hovořilo ve třicátých letech minulého století.

Návrh má přitom téměř tři tisíce paragrafů a i když je správné, že obsahuje obecnou úpravu závazků, je problematické proč do OZ „překlápí“ bez podstatných změn i smluvní typy, které obecně využívají podnikatelé, např. smlouvu o skladování, smlouvu zasílatelskou, smlouvu o akreditivu, smlouvu o obchodním zastoupení.

K citovaným smluvním typům se jistě již judikatura vytvořila, u většiny nově navrhovaných ustanovení navrhovaného OZ tomu však tak není, což může jistotu a předvídatelnost rozhodnutí příslušných orgánů po značnou dobu snížit.

Navrhovaný občanský zákoník nereaguje na požadavky současného „světa sítí“ a moderních transakcí, ve kterých se rozvíjí kontraktace s nehmotnými statky. Naopak jsou upraveny instituty, které byly velmi aktuální ve století devatenáctém a dnes nečiní obecné problémy (průhon dobytka lesem, rojení včel, osetí pozemku cizím semenem, zapuštění trámu do zdi sousedního domu, vytváření ostrovů na řekách apod.).

⁵ Náměty ke změnám ve III. části obchodního zákoníku viz mj. ve Bejček, J. ve Eliáš, K. a kol.: Kurs obchodního práva, Obchodní závazky, Cenné papíry, C. H. BECK Praha, 1996, 2. vydání 1999 a 3. vydání 2003.; Bejček, J.: Obchodní závazky (obecná úprava a kupní smlouva), MU Brno, 2. aktualizované a doplněné vydání, 1994, s. 217 a násl.; Ke změnám jednotlivých ustanovení ve Pelikánová, I.: Komentář k obchodnímu zákoníku, 3., 4. a 5. díl, Linde Praha, 1996, 1997, 1999, 959 s., 600 s., 687 s.; Štenglová, I., Plíva, S., Tomsa, M.: Obchodní zákoník, Komentář, 10. rozšířené a přepracované vydání, C. H. Beck Praha, 2005, 11. vydání 2006; návrhy ke změnám některých souvisejících úprav ve slovenském právním řádu viz in Husár, J.: Právna regulácia a integrácia verejnej moci do podnikania, Equilibria Košice 2007, tyto náměty jsou zásadně použitelné i v našich podmínkách.

⁶ Dále vycházíme z Připomínek k návrhu občanského zákoníku, který byl zpracován v rámci veřejného připomínkového řízení dne 30.8.2008 a signován některými pracovníky brněnské právnické fakulty; viz Právní zpravodaj č. 12/2008, připraveno do tisku.

Jeví se tedy, že vztahy, které by bylo záhodno upravit, upraveny nejsou a jsou řešeny vztahy, kterým taková obecná úprava nepřísluší.

Nijak se přitom nebere v úvahu tzv. Akademický společný referenční rámec, který představuje vyjádření představy dnešní úpravy závazkového práva v Evropě. Bylo by však výhodné tento dokument využít.

Návrh nového OZ deklaruje rozchod s „právními tradicemi totalitarismu“, je však nutné měnit skutečně vše? Proč se např. máme rozejít s pojmem „právní úkon“, který při používání nečinil jako pojem žádných potíží a nahrazovat ho „právním jednáním“? Proč pak např. nahrazovat dnes vžitou způsobilost k právním úkonům pojmem „svéprávnost“? Je to jen proto, že se ho dříve používalo? Zřejmě by se mělo měnit to, co je nutné změnit, avšak ponechat to, co změnit nutné není. To se týká i nově navrhované změny koncepce odpovědnosti, ústupem u vlastnického práva k nemovitostem od intabulačního principu ke konsenzuálnímu a návratem k zásadě „superficies solo cedit“. Je též možno zpochybnit i pravidlo o tom, že „uplatňování soukromého práva je nezávislé na uplatňování práva veřejného“. Bylo by pak možno uvádět i řadu námětů jednotlivých.⁷

Může být tedy položena otázka, zda by měl být tento návrh přijat. Vážíme si přitom práce, která byla tvůrci návrhu vykonána a některé výsledky provedených prací mohou být jistě využity.

Z našeho pohledu se však jeví, že široká mediální prezentace prováděná vůči veřejnosti slovy, že „brzy bude přijat nový občanský zákoník“ připravuje volnou cestu pro předpis, který by však ještě vyžadoval delší dobu přípravy. Vytváří se dojem, že odborně je již vše a vcelku správně hotovo. Na tom nic nemění ani skutečnost, že dílčí části návrhu byly předloženy minitýmům k posouzení dílčích úprav. V zadání těmto týmům bylo totiž uvedeno, aby nebyly komentovány koncepční otázky.

K návrhu OZ existuje skupina, která se k němu staví kriticky,⁸ avšak jsou i odborníci, kteří tuto kritiku zřejmě nesdílejí.⁹

3.

Pokud jde o jednotlivé pojmenované smluvní typy, mají se v obchodním zákoníku zachovat - nebo v něm nově upravit - pouze ty, které mají význam pouze pro podnikatelský styk. Výběr smluvních typů v obchodním zákoníku (či obchodním zákonu) má být pečlivě posouzen.

Efektivitě podnikatelských činností odstraňování všech duplicit (např. u smluv obstaravatelského typu) zřejmě napomůže. Současně bychom však neměli přejít do opaku, a proto doporučujeme v obchodním zákoníku ponechat smluvní typy, jejichž realizace je obvyklá v podnikatelské sféře.

⁷ Viz dokument uvedený v pozn. č. 6.

⁸ Křeček, S.: Zamyšlení nad návrhem nového občanského zákoníku, Bulletin advokacie, č. 9/2008, s. 19 – 21.

⁹ Jsou vyjmenováni v Eliáš, K.: K článku JUDr. Stanislava Křečka „Zamyšlení nad návrhem nového občanského zákoníku“, Bulletin advokacie, č. 9/2008, s. 22 – 25.

U vědomí výše uvedeného se řadíme k těm, kteří se domnívají, že je vhodné s novým občanským zákoníkem připravovat nový obchodní zákoník souběžně. Ke konkrétním dílčím řešením je mj. přitom ještě vhodné skutečně hluboce analyzovat dosavadní stav.

Naše návrhy de lege ferenda na ponechání některých smluvních typů v obchodním zákoníku jsou uvažované pro případ, že při rekonstrukci dojde v krátké době k finálnímu legislativnímu procesu u nového občanského zákoníku.

Nepřicházely by v úvahu, pokud by k rekonstrukci docházelo postupně, a to nejprve ve smluvním právu s návazností na Akademický společný referenční rámec, jehož dokončování vrcholí. Pak by totiž bylo vhodné postupovat podle struktury a obsahu tohoto dokumentu.

Postup, při kterém se využije Akademického společného referenčního rámce, se nám jeví jako vhodný.¹⁰

4.

Současná právní úprava veřejných zakázek, tj. zákon č. 137/2006 Sb., je v relativně krátké době třetí v řadě. Navazuje na zákon č. 199/1994 Sb. a zejména č. 40/2004 Sb. Těmto dřívějším i nové právní úpravě jsme již měli možnost se publikačně věnovat (viz dále citovaná literatura).

První novela zákona o veřejných zakázkách, provedená zákonem č. 110/2007 Sb., o některých opatřeních v soustavě ústředních orgánů státní správy, souvisejících se zrušením Ministerstva informatiky a o změně některých zákonů, změnila ustanovení zákona, týkající se působnosti Ministerstva informatiky, a nahradila je zakotvením shodné kompetence pro Ministerstvo vnitra; současně byl přeformulován § 150, obecně vymezující působnost Ministerstva vnitra v oblasti veřejných zakázek.

Druhá novela zákona o veřejných zakázkách provedená zákonem č. 296/2007 Sb., kterým se mění zákon č. 182/2006 Sb., o úpadku a způsobech jeho řešení (insolvenční zákon), ve znění pozdějších předpisů, a některé zákony v souvislosti s jeho přijetím, reaguje na nahrazení zákona o konkurzu a vyrovnání insolvenčním zákonem a nově formuluje podmínky použití jednacích řízení bez uveřejnění [§ 23 odst. 5 písm. d) ZVZ] a splnění základních kvalifikačních předpokladů [(§ 53 odst. 1 písm. d) ZVZ] v souladu s novou terminologií insolvenčního zákona, aniž by však došlo k věcné změně předmětné problematiky.

Třetí novela zákona o veřejných zakázkách byla provedena zákonem č. 76/2008 Sb., kterým se mění zákon č. 137/2006 Sb., o veřejných zakázkách, ve znění zákona č. 110/2007 Sb. Smyslem této novelizace je nahrazení pevného stanovení finančních limitů pro vymezení nadlimitních a podlimitních zakázek, uvedených přímo v zákoně odkazem na nařízení vlády (zmocňovací ustanovení je obsaženo v § 159 odst. 1 ZVZ), ve kterém budou tyto limity do budoucna obsaženy. Důvodem je potřeba pružné aktualizace těchto limitů. Upřesňuje se, že

¹⁰ K akademickému společnému referenčnímu rámci viz Raban, P.: Kodifikace smluvního práva na evropské úrovni završena, *Bulletin advokacie* č. 5/2008, s. 58 – 62; Raban, P.: Unifikace soukromého práva v EU a u nás, *Právní rozhledy* č. 11/2008, s. 397 – 401; Raban, P.: DFCR – první výstup na cestě k Evropskému zákoníku soukromého práva, *Karlovarská právní revue*, č. 2/2008, s. 61 – 73; Raban a kol.: DFCR – první výstup na cestě k Evropskému zákoníku soukromého práva, *Karlovarská právní revue*, č. 2/2008, příloha časopisu, 222 s.; Raban, P.: Návrh Evropského zákoníku smluvního práva ve Pocta Stanislavu Plívovi k 75. narozeninám, *ASPI Praha*, 2008, s. 297 – 311.

obecná výjimka z působnosti zákona není dána pro veškeré zadavatele vykonávající činnost v oblasti výzkumu a vývoje, ale pouze ve vztahu k těm zakázkám, jejichž předmětem jsou služby ve výzkumu a vývoji [(§ 18 odst. 1 písm. d) ZVZ].¹¹ Zadávání veřejných zakázek je dnes upraveno zákonem č. 137/2006 Sb., v úplném znění (proběhly již tři novelizace). Čtvrtá novela se v návaznosti na směrnici EU/ES připravuje. Nová směrnice, která je podnětem pro čtvrtou novelu, se věnuje neúčinnosti smlouvy v případě, ve kterém je smlouva uzavřena v rozporu s právní úpravou veřejných zakázek.

5.

Protože nelze počítat s bezprostřední účinností nového občanského zákoníku a nového obchodního zákoníku (obchodního zákona), lze formulovat doporučení pro praxi, která vychází ze současné právní úpravy.

Příznivý průběh obchodních případů (bez nepříznivých důsledků), realizace, event. aplikace právních ustanovení je po našem soudu limitován zejména úrovní právních předpisů, úrovní smlouvy i kvalitním dokladováním průběhu plnění smlouvy a rychlostí a kvalitou rozhodování sporů.

Z těchto předpokladů k úspěšné realizaci a aplikaci práva přispívá tedy i kvalifikované uzavírání smluv (jasných, srozumitelných, určitých) a dokladování průběhu plnění smlouvy, které je v možnostech subjektů obchodního práva.

Rozhodující význam přitom má výběr smluvního partnera a vhodná volba zajišťovacích prostředků. Při uzavírání smluv bychom se měli snažit vyvarovat "klasických nedostatků".

Začasté zjišťujeme, že dohody učiněné mezi smluvními stranami nejsou v souladu se zákonem nebo nejsou voleny příliš vhodně. Přestože se může jednat o známé otázky, řada nedostatků se stále opakuje. Připomínáme, že značné procento smluv trpí nedostatkem již při určení subjektů.

Podnikatelé totiž uvádějí různá svoje označení, která nejsou v souladu se zákonem. Přitom je třeba postupovat podle ustanovení § 8 a násl. obchodního zákoníku a podle § 13a obchodního zákoníku.

Pojmenované smlouvy podle obchodního zákoníku vznikají zásadně dohodou o celém obsahu smlouvy, a aby se smlouva řídila ustanoveními třetí části obchodního zákoníku, musí obsahovat podstatné části smlouvy, které jsou uvedeny v základních ustanoveních jednotlivých smluvních typů.

Nejsou přitom výjimkou případy, kdy není dohodnut celý obsah smlouvy (nemáme teď na mysli případy, kdy je dohodnuto, že pokud se některá nepodstatná část smlouvy nedohodne, nebude to vzniku smlouvy bránit), či chybí právě podstatné části smlouvy.

¹¹ Blíže viz např. Krč, R.; Marek, K.; Petr, M.: Zákon o veřejných zakázkách a koncesní zákon s komentářem, Linde Praha 2008, 577 s. Ve Slovenské republice byl rovněž vydán nový zákon o verejnom obstarávaní, a to pod č. 25/2006 Zz. - Viz Moravčíková, A.: Nový zákon o verejnom obstarávaní č. 25/2006 Zz. In: Moravčíková, A.: Zodpovednosť a riziko pri vedení firmy. Verlag Dashofer Bratislava 2005. Husár, J.: Právna regulácia ingerencie verejnej moci do podnikania, EQUILIBRIA Košice 2007, s. 198 – 207.

Další neméně důležitou otázkou je používání nevysvětlených pojmů a zkratk. Smluvním stranám lze jen doporučit, aby pojmy použité ve smlouvě (které nejsou pojmy právních předpisů) v úvodu smlouvy definovaly; totéž platí o zkratkách.

Pokud jsou tyto pojmy a zkratky použity tak, jak se vžily, lze je ve smlouvě uvést s tím, že obsah pojmů (a tomu odpovídající práva a povinnosti stran) odpovídá obchodním zvyklostem podle ustanovení § 264 odst. 2 obchodního zákoníku.

Ve smlouvách uzavíraných za účinnosti obchodního zákoníku jsou též začasť prováděny odkazy na zrušená ustanovení dřívějších předpisů. Zde nezbývá než doporučit, aby strany výslovně uvedly, že jde o zrušená ustanovení a že se jejich obsahem chtějí řídit na základě smluvních ujednání. Ještě vhodnější by bylo, aby do smluv převzaly konkrétní text bez těchto odkazů.

Naše poznatky z praxe ukazují, že dosti často nebývá vhodně sjednán předmět plnění.

Předmět plnění bývá "otevřený", není přesně vymezen rozsah plnění, odkazuje se i na různé podklady, které v době uzavření smlouvy neexistují, či nejsou dostatečně konkretizovány. Předpokládá se přitom dodatečné upřesňování (např. dodatky).

"Neohraničený" předmět plnění, pokud smlouva vůbec vznikne, vede ke sporům. Lze proto doporučit přesné odkazy na dokumentaci (projekty), příp. tam, kde by dokumentace potřebné otázky neřešila, volit pro specifikování podrobný slovní popis.

Nejčastěji bývají uzavírány smlouvy kupní a smlouvy o dílo. Základní ustanovení kupní smlouvy a smlouvy o dílo určuje mj., že se kupující - objednatel zavazuje k zaplacení ceny. Cena musí být ve smlouvě dohodnuta nebo v ní musí být alespoň stanoven způsob jejího určení, ledaže z jednání o uzavření smlouvy vyplývá vůle stran uzavřít smlouvu i bez tohoto určení.

Cena může tedy být dohodnuta i tak, že je ve smlouvě stanoven alespoň způsob jejího určení, např. použitím kalkulačního vzorce či odkazem na rozpočet.

S ohledem na konkrétního obchodního partnera je vhodné volit také právní či obchodní zajišťovací prostředky (např. smluvní pokuty, sjednávání zástavního práva, ručení, výhradu vlastnického práva, sjednávání zálohy, sjednávání dílčího plnění a dílčí fakturace).

Při sjednávání smlouvy je třeba též pamatovat i na eventuální budoucí konkurs obchodního partnera, příp. v rámci jeho konkursu využít všech možností daných zákonem o konkursu a vyrovnání, tj. zejména za zákonem stanovených podmínek využít odstoupení od smluv, odporovatelnosti, odděleného vypořádání, popírání pohledávek ostatních věřitelů a vyloučení věci z konkursní podstaty.

Vyjadřujeme přesvědčení, že pokud se při uzavírání smluv nerespektují alespoň základní pravidla, pak se při jejich realizaci "postupuje za pochodu", "upřesňuje" a celkový výsledek je nepříznivý.

V dosahu praktické sféry jsou však i otázky rozhodování sporů. Zákon č. 216/1994 Sb. totiž umožňuje subjektům i pro případ tuzemských majetkových sporů dohodnout si, že spor rozhodne rozhodce, čímž vyloučí rozhodování obecných ("státních") soudů, které žel vydávají rozhodnutí i za několik let. Je přitom možné využít i stálých rozhodčích soudů, což lze jen doporučit (viz např. www.soud.cz).

Pro případ, že není sjednána tzv. rozhodčí doložka, bude případný spor rozhodovat soud. K určité ztrátě času by zde dále mohlo dojít, pokud by žaloba nebyla podána příslušnému soudu.

Spory obecně, kromě pozitiva, že dochází k jejich vyřešení, nesou s sebou řadu negativních jevů. Lze se však snažit sporům předcházet. Lze použít postup souhrnně označovaný jako Alternative Dispute Resolution (ve zkratce ADR), tedy alternativní řešení sporů. Rozšířenou formou ADR je mediace.

Mediace spočívá v tom, že se strany dohodnou na nezávislém důvěryhodném subjektu (může jím být např. advokát nebo vysokoškolský učitel). Tato osoba spolu se stranami hledá schůdné řešení, které nabízí, ale neukládá. Uskutečnění mediace i příp. mediátor mohou být dohodnuty již ve smlouvě.

Pokud však dojde k rozporům, které již nelze odstranit jiným způsobem, je třeba řešení sporu soudní cestou nebo s využitím možnosti sjednání rozhodce zahájit včas (jinak by mohlo dojít k promlčení, čemuž lze zabránit tzv. uznáním závazku; promlčecí doba je přitom limitována v ustanovení § 408 obchodního zákoníku).

Přestože již došlo k podání žaloby, je vhodné co nejdříve zjistit aktuální stanovisko druhé strany a pokusit se ještě o smírné vyřešení případu. Přitom musíme mít na mysli, že druhá strana nikdy nebude respektovat naše stanovisko v plném rozsahu. Ostatně, vzhledem ke vztahům v rámci vnitřní organizace protistrany, to její zástupce nemůže provést, ani kdyby vnitřně cítil náš názor jako plně opodstatněný.

Při jednání o této otázce - nejde-li ovšem ze strany účastníka o účelové chování, z něhož je patrné, že o smír vůbec nemá zájem - je třeba protistraně event. umožnit tzv. "ústup se ctí". Jsme totiž přesvědčeni, že stále platí známé rčení "lepší špatný smír, nežli dobrý spor".

Pokud bude subjekt postupovat při své činnosti kvalifikovaně, nemusí mít žel sice v jednotlivém případě plný úspěch, obecně by se to však mělo vyplácet.¹²

Kontaktní údaje na autora – email:

kmarek@law.muni.cz

¹² Blíže viz Marek, K.: Smluvní obchodní právo, Kontrakty, MU Brno, 2008, 477 s., www.law.muni.cz.

EVROPSKÉ VÝZVY PRO ČESKOU REGULACI TZV. PRODUCT PLACEMENT

DANA ONDREJOVÁ

Právnická fakulta Masarykovy univerzity, Česká republika

Abstrakt v rodném jazyce

Příspěvek poukazuje na nebezpečí skryté reklamy v podobě tzv. product placement a na jeho českou a evropskou právní regulaci. Český zákonodárce stojí v současné době před výzvou nalézt určitá generalizovaná pravidla zahrnující veškeré možné aspekty dané problematiky, která by přesně rozlišovala tzv. product placement jako legální součást určitého pořadu a tzv. product placement jako nezákonnou skrytou formu reklamy.

Klíčová slova v rodném jazyce

Product placement, skrytá reklama, tzv. televizní směrnice, zákon o regulaci reklamy, nekalá soutěž, zákon o provozování rozhlasového a televizního vysílání, marketingové taktiky.

Abstract

This contribution deals with so called product placement, one form of the recondite advertising. Product placement is very dangerous for consumers. The Czech Legislator stays in front of the appel to implement the European regulation into the Czech Law, which would eliminate the negative effects to consumers and to film makers, which are precarious of the permissibleness of such form of advertising.

Key words

Product placement, advertising, unfair competition.

1. TZV. PRODUCT PLACEMENT – SKRYTÁ REKLAMA NEBO NEZBYTNÝ NÁSTROJ K DOTVOŘENÍ REALITY UMĚLECKÉHO DÍLA?

Rozvoj nových reklamních technik a marketingových taktik s sebou přináší nové, účinné příležitosti pro ovlivňování spotřebitelů. Jsou-li tyto taktiky pro spotřebitele „čitelné“ a tudíž je pro něj snadno rozpoznatelné, že je právě ovlivňován reklamou, a tak tuto může odmítnout, nevnímat či k ní přistupovat jako k „reklamě“ (za uvědomění si tzv. obvyklého reklamního přehánění) nebo to může být pro spotřebitele žádoucí prostředek, jak získat informace o nových produktech. Pro podnikatele se zase může jednat o inovativní, právně nezávadný způsob, jak získat spotřebitele pro určitý produkt či službu. Jsou-li však reklamní techniky pro spotřebitele skryté, avšak na jeho vědomí aktivně marketingově působí, vzniká tak nebezpečný nástroj deformující svobodnou vůli spotřebitele rozhodnout se při svém spotřebitelském výběru, neboť neví-li spotřebitel o tom, že je ovlivňován právě reklamou, přistupuje k takové informaci nikoliv s určitou nadsázkou či sníženou (event. zcela absentující) důvěrou v pravdivost superlativního sdělení, ale naopak může na sebe nechat „slepě“ působit konkrétní informaci a tuto zpracovat jako objektivní sdělení bez vlastní

korekce.¹ Poté lze jen těžko akceptovat názory některých filmových tvůrců, že nebezpečí skryté reklamy je jen pouhý mýtus...

Jednou z těchto nebezpečných praktik je tzv. skrytá reklama,² přičemž tento příspěvek se zaměřuje na problematiku jedné z jejích podob, tzv. product placement neboli „umístování předmětů do uměleckých děl“, zejména televizních pořadů (filmů, seriálů, zpravodajských pořadů apod.). Pořad, ve kterém se taková skrytá reklama vyskytuje, se „netváří“ jako reklamní blok, ale jako publicistický, zpravodajský nebo filmový žánr.

Označuje-li se reklama jako nejpoctivější způsob ovlivňování, neboť neskrývá, že chce ovlivňovat,³ lze poté a contrario skrytou reklamu označit za vysoce nepoctivý způsob ovlivňování, neboť právě tento tuto svoji ovlivňovací funkci utajuje.

Tzv. skrytá reklama se nesmírně těžce definuje a ještě hůře prokazuje. Skrytou reklamu nelze definovat a odhalovat podle vnějších znaků, ale je třeba soustředit se především na skutečný a jediný definiční znak skryté reklamy, kterým je cíl a skutečný vlastní účel sdělení⁴ (k zákonným definicím blíže dále v textu).

Skrytá reklama a jedna z jejích podob, tzv. product placement (ve smyslu tohoto příspěvku, tj. jeho nedovolená forma), je tedy zakázána, přesto se s ní v praxi setkáváme velmi často. Nejznámějším dílem, do něhož byly umístěny produkty konkrétních značek, je série tzv. bondovek, kdy hlavní představitel, James Bond, nosí zásadně hodinky značky Omega a jezdí

¹ Desetkrát více spotřebitelů uvěří zázračným účinkům masti z borůvek, pokud o ní budou informováni v redakčním vysílání, než pokud reklamu na takovou mast uvidí řádně označenou a umístěnou v reklamním bloku. Viz Winter, F. Reklama a právo. Praha: Linde Praha a.s., 2007, str. 256.

² Skrytá reklama může mít řadu podob. Může být vtělena do určitého zpravodajství, filmu, seriálu, rozhovoru s významnou osobností apod. Nelze však automaticky za skrytou reklamu považovat každé upozornění umělce na připravované představení, ale důležité bude posouzení toho, zda za uveřejnění určitého materiálu není poskytována úplata či jiná výhoda.

Velice častým umístěním tzv. skryté reklamy bývají v současné době módní (ale také například motoristické, interiérové atd.) časopisy, v nichž jsou vyobrazeny určité produkty s uvedením ceny, výrobce (ti jsou většinou v mnoha číslech časopisu stále ti stejní) i prodejny, kde si lze takový výrobek zakoupit. U takového sdělení není označeno, že se jedná o placenou reklamu (např. označením „placená inzerce“ nebo „PP“), přitom se ve skutečnosti jedná o časopisy, jejichž cena vypovídá o tom, že jsou z většinou finančně závislé právě na zveřejňované reklamě. Takové časopisy argumentují tím, že uvádějí pouze výběr oděvů, které je zaujaly a usnadňují tak spotřebiteli hledání, kde by takový výrobek mohl zakoupit, neboť v současné uspěchané době se tak jedná o velmi efektivní způsob, jak si spotřebitel může v klidu domova nalézt to, co se mu právě líbí a zjistit kde a za kolik to může pořídit. Na druhou stranu jsou spotřebiteli „podstrkávány“ výrobky toliko některých výrobců, a to relativně podbízivou a efektivní formou. Ohledně výše uvedeného se vedou diskuse o právní dovolenosti takových praktik. Osobně se domnívám, že výše uvedené informace nelze považovat za běžné žurnalistické informace a prokáže-li se obchodní záměr mezi časopisem a podnikatelem, na jehož zboží se upozorňuje, jedná se o nedovolenou skrytou reklamu.

Dalším takovým marketingovým skrytým trikem na spotřebitele bývají různé „testy redakce“, kdy dochází ke srovnávání výrobků několika značek podle cenového, obsahového a především subjektivního hodnocení jednotlivých členů redakce, nejčastěji chuťového. „Vítězem“ testu se posléze podrobněji věnuje celý článek a vyzvedává jeho údajné přednosti oproti výrobkům jiných konkurentů.

³ Hajn, P. Jak jednat v boji s konkurencí. Praha: Linde Praha a.s., 1995, str. 46, nebo Hajn, P. Soutěžní chování a právo proti nekalé soutěži. Brno: Masarykova univerzita v Brně, 2000, str. 152.

⁴ Winter, F. in dílo cit. v pozn. č. 1.

ve voze značky Aston Martin či BMW,⁵ z českého prostředí se jednalo například o Samotáře (Renault), Snowbordáky (Kinder Bueno), Raftáky (Botas), Účastníky zájezdu (ArginMax), Velmi křehké vztahy (Penny Market, rádio Impuls) či Poslední sezónu (OMV, Modrá pyramida).

V určité míře je však nutno akceptovat skutečnost, že product placement je vyžadován samotným obsahem díla. Obecně je tak velmi problematické stanovit, kdy se jedná o snahu nastítnit realitu určitého filmového děje (postavy) a kdy se jedná o zobrazování určitých produktů za účelem reklamního působení na diváka (divákovi je tak v průběhu sledování pořadu zřejmé, kdo je jeho sponzorem⁶). Stanovit všeobecně přijímané hranice dovoleného a nedovoleného product placement je velmi složité, neboť filmové prostředí (postavy) musí být reálné - nemohou pít nápoj z láhve s nápisem „minerálka“, jezdit v autech se zakrytou značkou (ostatně i tak by byl konkrétní výrobce poznatelný ze samotného designu automobilu – pozn. aut.) nebo práť pracím práškem - bílou krabicí s nápisem „běžný prací prášek“ apod. Někdy se tak objevuje názor,⁷ že vytvořit film ze současnosti, v němž postavy dělají to, co lidé v běžném životě, přináší vždy riziko, že jeho tvůrce bude nařčen ze skryté reklamy (product placement). A tak vyvstává argument, že ať je herec oblečen v čemkoliv, jedná se vždy o skrytou reklamu, neboť každé oblečení někdo vyrobil, a skutečnost, že na tomto není uvedena konkrétní značka ještě automaticky neznamená, že tento výrobek (výrobce) nelze identifikovat. Pokud se však v určitém pořadu (díle) objeví konkrétní značka výrobku (služby) na základě obchodní smlouvy (byť tajné) uzavřené s cílem podpořit podnikatelskou činnost, jde o skrytou, a tudíž i zakázanou skrytou reklamu (product placement).

Tzv. product placement tak můžeme rozlišovat ve třech podobách:

právně nezávadný product placement, který nesleduje reklamní cíl, daný produkt není snímán reklamními technikami nebo je spotřebitelem jen velmi obtížně identifikovatelný (právě z této podoby product placement bude dále vycházet tento příspěvek),

právně závadný product placement, který sleduje reklamní cíl, daný produkt je snímán reklamními technikami nebo je spotřebitelem snadno identifikovatelný,

z hlediska právní (ne)závadnosti sporný product placement, který nesleduje reklamní cíl, ale tvůrce díla si vybral toliko výrobek jedné značky (event. i více značek), jenž se v něm opakovaně (či i jednorázově, ale výrazně) objevuje, ačkoliv neexistuje (nebo je neprokazatelná) souvislost s obchodním úmyslem; právě touto podobou product placementu nejčastěji argumentují tvůrci pořadů, kteří jsou nařčeni z nedovolené skryté reklamy – do doby, dokud se neprokáže obchodní spojitost s výrobcem daného produktu (což je ovšem velmi složité).

V oblasti posuzování toho, co je a co není tzv. product placement, hraje roli rovněž otázka marketingových (reklamních) technik. Z právního hlediska lze uvažovat tím směrem, že tzv.

⁵ Ve filmu „Dnes neumírají“ se objevilo celkem dvacet značkových výrobků. Srov. Product placement (citováno 3. září 2008). Dostupný z: <http://www.kultura.blog.cz>.

⁶ *Sponzorováním* se podle ustanovení § 1 odst. 4 zákona č. 40/1995 Sb., o regulaci reklamy, ve znění pozdějších předpisů (dále rovněž „zákon o regulaci reklamy“ nebo „ZRR“), rozumí příspěvek poskytnutý s cílem podporovat výrobu nebo prodej zboží, poskytováním služeb nebo jiné výkony sponzora. *Sponzorem* se rozumí právnická nebo fyzická osoba, která takový příspěvek k tomuto účelu poskytne.

⁷ Srov. Petrov, J. Film a skrytá reklama (citováno 29. května 2007). Dostupný z: <http://www.blisty.cz>.

product placement bude dovolený, pokud jím budou „sledovány cíle umělecké (výběr rekvizity je odůvodněn obsahem scénáře, charakterem postavy atd.) a pokud předměty uplatněné v hraných a dokumentárních pořadech nejsou snímány reklamními technikami“.⁸ V takovém případě by bylo dílo chráněno jako naplnění svobody projevu a umělecké tvorby.⁹ Někdy se hovoří o tom, že čím kratší záběr na určitý výrobek se v uměleckém díle objevuje, tím menší je pravděpodobnost toho, že se jedná o tzv. product placement. To je však velmi pochybné kritérium, neboť mnohdy může záležet pouze na „šikovnosti“ reklamních expertů a lze si jen těžce představit, jak takové kritérium „reklamního snímání“ obecně nastavit. Na druhou stranu se tak otevírá možnost využití „uvážení“ správního orgánu (soudu) v otázce posouzení „skrytosti“ určité reklamy na základě hlediska průměrného spotřebitele a event. znaleckého posudku z oboru marketingu (z důvodu posouzení právě oné „(ne)reklamní techniky“).

Na druhou stranu je nezbytné chránit také samotné podnikatele – představa, že hrdinové „pochybného snímku“ budou prezentovat na každém kroku jejich výrobek, aniž by s tím jeho výrobce souhlasil, nebude pro ně jistě žádoucí (nebo právě naopak – „právě negativní reklama je reklamou“?).

Bude-li se jednat o problematiku právně nedovolené skryté reklamy ve formě product placement, vyvstává otázka přičitatelnosti odpovědnosti za takovou reklamu. Zde je nutno rozlišovat dva základní druhy odpovědnosti za skrytou reklamu:

výlučná odpovědnost redakce (tvůrce pořadu) – je-li skrytá reklama výsledkem samostatné práce těchto osob

spoluodpovědnost zadavatele reklamy (výrobce zboží) a toho, kdo ji publikuje (redakce, tvůrce pořadu) – případ, kdy se jedná o placenou či jinak odměňovanou reklamu nebo zpracovateli byly poskytnuty výrobcem zboží určité podklady

2. REGULACE TZV. PRODUCT PLACEMENT V ČESKÉM PRÁVU

Český právní řád pojem „product placement“ nezná, vychází tak z obecnějšího zákazu skryté reklamy (a tedy i tzv. product placement).

Skrytá reklama je nekalosoutěžním jednáním podle § 44 odst. 1 zákona č. 513/1991 Sb., obchodního zákoníku, ve znění pozdějších předpisů (dále rovněž „obchodní zákoník“ nebo

⁸ Hajn, P. Soutěžní chování a právo proti nekalé soutěži. Brno: Masarykova univerzita v Brně, 2000, str. 152. Tentýž zdroj (str. 154) však uvádí, že se nebude jednat výlučně o jediné hledisko. Pokud totiž není běžný žurnalistický materiál zpracován za odměnu ani k reklamním cílům (resp. nelze prokázat ani jednu z těchto skutečností), nepoužívá reklamní techniky, věcně však informuje pouze o jediném výrobku nebo jediném druhu služeb, i když se na trhu vyskytuje více výrobců či poskytovatelů služeb tohoto druhu. Takový materiál sjednává soutěžní předstih (neodůvodněnou výhodu) pouze jednomu ze soutěžitelů.

⁹ Podle článku 15 odst. 2 Listiny základních práv a svobod (viz usnesení předsednictva České národní rady ze dne 16. prosince 1992, o vyhlášení Listiny základních práv a svobod jako součásti ústavního pořádku České republiky, uveřejněné pod č. 2/1993 Sb., dále rovněž „Listina základních práv a svobod“) je svoboda vědeckého bádání a umělecké tvorby zaručena. Podle článku 17 Listiny základních práv a svobod jsou svoboda projevu a právo na informace zaručeny; každý má právo vyjadřovat své názory slovem, písmem, tiskem, obrazem nebo jiným způsobem, jakož i svobodně vyhledávat, přijímat a rozšiřovat ideje a informace bez ohledu na hranice státu.

„ObchZ“), neboť naplňuje všechny tři podmínky tzv. generální klauzule.¹⁰ Skrytá reklama není výslovně upravena v rámci tzv. zvláštních skutkových podstat nekalé soutěže (výčet obsažený v § 44 odst. 2 ObchZ), je tak postihována podle samostatně aplikovatelné generální klauzule¹¹ a řadí se tak mezi tzv. soudcovské skutkové podstaty nekalé soutěže. V oblasti nekalé soutěže se uplatňuje hledisko tzv. průměrného spotřebitele¹² – tzn. že pokud bude průměrnému spotřebiteli zřejmé, že se jedná o reklamu, nebude se jednat o reklamu skrytou; nebude-li tato skutečnost spotřebiteli zřejmá, je nezbytné aby tato byla označena jako placená reklama. Odpovědnost za nekalosoutěžní skrytou reklamu je objektivní, nebude tedy záležet na případném zavinění a jeho formě.¹³ Orgánem, který sankcionuje subjekty, jež se dopustily nekalosoutěžního jednání, je soud¹⁴ na základě žaloby soutěžitele,¹⁵ spotřebitele¹⁶ nebo právnické osoby oprávněné hájit zájmy soutěžitelů nebo spotřebitelů.¹⁷

Skrytá reklama je dále zakázána podle ustanovení § 2 odst. 1 písm. d) zákona o regulaci reklamy, který touto reklamou rozumí reklamu,¹⁸ u níž je obtížné rozlišit, že se jedná o reklamu, zejména proto, že není jako reklama označena. Samotnou reklamou rozumí zákon o regulaci reklamy oznámení, předvedení či jinou prezentaci šířené zejména komunikačními médii, mající za cíl podporu podnikatelské činnosti (zvýraznila D.O.), zejména podporu spotřeby nebo prodeje zboží, výstavby, pronájmu nebo prodeje nemovitostí, prodeje nebo využití práv nebo závazků, podporu poskytování služeb, propagaci ochranné známky, pokud není dále v zákoně o regulaci reklamy stanoveno jinak (srov. § 1 odst. 2 ZRR). Jedná se tak o definici, která je založena nikoliv na posuzování jejího obsahu, ale vlastního cíle, který je ovšem ne vždy (zejména v případě tzv. skryté reklamy) jasně rozpoznatelný. Otázku tzv. dozorových orgánů pro oblast skryté reklamy upravuje § 7 ZRR – tímto orgánem jsou obecně krajské živnostenské úřady, pro reklamu šířenou v rozhlasovém a televizním vysílání je to Rada pro rozhlasové a televizní vysílání.

¹⁰ Tj. jedná se o jednání v hospodářské soutěži, které je v rozporu s dobrými mravy soutěže a které je způsobilé přivodit újmu jiným soutěžitelům nebo spotřebitelům.

¹¹ Podle rozsudku Nejvyššího soudu ČR ze dne 4. dubna 2006, sp. zn. 32 Odo 1370/2005, je vztah generální klauzule s jednotlivými skutkovými podstatami nekalé soutěže takový, že „pokud bude naplněna některá ze zvláštních skutkových podstat, bude mít protiprávní jednání současně znaky generální klauzule; na druhé straně, dojde-li k jednání, které nenaplnuje znaky některé ze zvlášť upravených skutkových podstat, může se přesto jednat o nekalou soutěž, jestliže nese znaky obecné skutkové podstaty“.

¹² Hlediskem „průměrného spotřebitele“ se rozumí spotřebitel, který má dostatek informací a je v rozumné míře pozorný a opatrný, to vše s ohledem na sociální, kulturní a jazykové faktory. Viz Rozsudek Nejvyššího soudu ČR ze dne 30. května 2007, sp. zn. 32 Odo 229/2006. K téže otázce se nejednou vyjádřil také Evropský soudní dvůr (viz případ C-315/92, *Verband Sozialer Wettbewerb eV v. Clinique Laboratoires SNC a Estee Lauder Cosmetics GmbH*), který fakticky upřednostnil „informovaného spotřebitele, jehož inteligenční kvocient není na hranici demence, ale jenž je schopen se na základě relevantních informací svobodně rozhodnout“.

¹³ Srov. např. rozhodnutí Vrchního soudu v Praze, sp. zn. 3 Cmo 328/94: „Podmínkou nekalosoutěžního jednání není opakovatelnost či pravidelnost jednání, stejně jako vědomí nekalé soutěže o tom, že jeho jednání je jednáním nekalé soutěže.“

¹⁴ Konkrétně místně příslušný krajský soud - viz § 9 odst. 3 písm. l) zákona č. 99/1963 Sb., občanský soudní řád, ve znění pozdějších předpisů.

¹⁵ Soutěžitel může požadovat nároky uvedené v ustanovení § 53 odst. 1 obchodního zákoníku.

¹⁶ Za podmínek daných ustanovením § 54 odst. 2 obchodního zákoníku.

¹⁷ Za podmínek daných ustanovením § 54 odst. 1 obchodního zákoníku.

¹⁸ Zákon o regulaci reklamy tak zde stanoví obecnou definici reklamy, nikoliv výlučně „pro účely tohoto zákona“.

Zákon č. 231/2001 Sb., o provozování rozhlasového a televizního vysílání, ve znění pozdějších předpisů (dále rovněž „zákon o provozování rozhlasového a televizního vysílání“ či „mediální zákon“), definuje reklamu jako jakékoliv veřejné oznámení vysílané za úplatu nebo jinou protihodnotu nebo vysílané za účelem vlastní propagace provozovatele vysílání, určené k podpoře prodeje, nákupu nebo pronájmu výrobků nebo služeb, včetně nemovitého majetku, práv a závazků (§ 2 odst. 1 písm. n). Skrytou reklamou se podle uvedeného zákona rozumí slovní nebo obrazová prezentace zboží, služeb, obchodní firmy, ochranné známky nebo činnosti výrobce zboží nebo poskytovatele služeb uvedená provozovatelem vysíláním v pořadu, který nemá charakter reklamy a teleshoppingu,¹⁹ pokud tato prezentace záměrně sleduje reklamní cíl a může veřejnost uvést v omyl o povaze této prezentace; taková prezentace je považována za záměrnou zejména tehdy, dojde-li k ní za úplatu nebo jinou protihodnotu (§ 2 odst. 1 písm. q). Provozovatelé vysílání jsou povinni nezařazovat do vysílání skryté reklamy a teleshopping (§ 48 odst. 1 písm. g) a povinni zajistit, aby reklamy a teleshopping byly rozeznatelné a u provozovatele rozhlasového vysílání zřetelně zvukově, u provozovatele televizního vysílání zřetelně zvukově, obrazově či zvukově-obrazově oddělené od ostatních částí programu (§ 48 odst. 4). Mediální zákon reguluje blíže také otázku povinností provozovatelů vysílání říjí vysílání sponzorovaných pořadů (§ 53).²⁰ Orgánem dozoru v mediální oblasti je Rada pro rozhlasové a televizní vysílání (§ 5 písm. a).²¹

Zákon č. 46/2000 Sb., o právech a povinnostech při vydávání periodického tisku a o změně některých dalších zákonů, ve znění pozdějších předpisů (dále rovněž „tiskový zákon“), se blíže nevěnuje problematice skryté reklama, ale reguluje otázku odpovědnosti za obsah reklamy a inzerce (§ 5), která s otázkou tzv. product placement rovněž souvisí.²²

Mimo právní regulaci (neboť se jedná o tzv. etickou samoregulaci)²³ upravuje problematiku skryté reklamy (a tedy také tzv. product placement) tzv. Kodex reklamy²⁴ vydaný Radou pro reklamu v roce 2008. Podle Etického kodexu²⁵ reklama nesmí být skrytá, zejména nesmí

¹⁹ *Teleshoppingem* se rozumí přímá nabídka zboží, a to včetně nemovitého majetku, práv a závazků, nebo služeb, určená veřejnosti a zařazená do rozhlasového či televizního vysílání za úplatu či jinou protihodnotu.

²⁰ Jednou ze základních povinností provozovatele vysílání při vysílání sponzorovaných pořadů je povinnost označit každý pořad sponzorovaný zcela nebo zčásti zejména na jeho začátku nebo na jeho konci obchodní firmou, obrazovým symbolem (logem), ochrannou známkou nebo známkou služeb identifikující sponzora.

²¹ Za pravdivost údajů obsažených v reklamě a teleshoppingu odpovídá zadavatel reklamy a teleshoppingu; pokud zadavatele reklamy a teleshoppingu nelze určit, odpovídá provozovatel vysílání (§ 48 odst. 5).

²² Vydavatel neodpovídá za pravdivost údajů obsažených v reklamě a v inzerci uveřejněné v periodickém tisku; tato výjimka neplatí pro reklamu a inzerci samotného vydavatele; nedotčena zůstává odpovědnost vydavatele podle zákona o regulaci reklamy.

²³ Zde se tedy jedná o regulaci reklamy uskutečňovanou přímo reklamním průmyslem, neboť jednotlivé subjekty činné v českém reklamním průmyslu se zavázaly dodržovat pravidla chování stanovená v Kodexu reklamy. Kodex reklamy nenahrazuje právní regulaci reklamy, nýbrž na ni navazuje doplněním o etické zásady. Kodex reklamy je určen všem subjektům působícím v oblasti reklamy a stanoví jim pravidla profesionálního chování. Kodex reklamy se zároveň obrací k veřejnosti a informuje ji o mezích, které subjekty působící v reklamě či reklamu užívající dobrovolně přijaly a hodlají je samy vynucovat prostřednictvím etické samoregulace (viz preambule Kodexu reklamy).

²⁴ Kodex reklamy je formulován s cílem, aby reklama v České republice sloužila k informování veřejnosti a splňovala etická hlediska působení reklamy vyžadovaná občany České republiky. Cílem Kodexu je napomáhat tomu, aby reklama byla především pravdivá, slušná a čestná a aby v rozsahu Kodexu respektovala mezinárodně uznávané zásady reklamní praxe vypracované Mezinárodní obchodní komorou.

²⁵ Část první, kapitola II, bod 2.3 Kodexu reklamy.

předstírat, že jde o jiné způsoby šíření informací (vědecké pojednání, reportáž apod.), než je reklama“. Zvláštní pozornost věnuje Kodex skryté tištěné inzerci, která se týká identifikace inzerátů tištěných ve stylu redakčního materiálu.²⁶ Dozorovým orgánem v této oblasti je Arbitrážní komise Rady pro reklamu.

3. REGULACE TZV. PRODUCT PLACEMENT V EVROPSKÉM PRÁVU

Problematiku tzv. product placement v evropském právu blíže upravuje směrnice Evropského parlamentu a Rady 2007/65/ES ze dne 11. prosince 2007, kterou se mění směrnice Rady 89/552/EHS o koordinaci některých právních a správních předpisů členských států upravujících provozování televizního vysílání (tzv. směrnice o audiovizuálních mediálních službách neboli tzv. televizní směrnice, dále rovněž „směrnice“).

Směrnice přináší pro tzv. product placement značnou liberalizaci, která však nepředstavuje jeho úplné dovolení.

Směrnice byla přijata za účelem vytvoření alespoň základního stupně koordinovaných pravidel pro společnosti poskytující a audiovizuální mediální služby,²⁷ mj. z důvodu odlišnosti úpravy v jednotlivých členských státech a nezbytnosti zavedení pravidel na ochranu tělesného, duševního a mravního vývoje nezletilých osob i na ochranu lidské důstojnosti ve všech audiovizuálních mediálních službách, včetně audiovizuálních obchodních sdělení.²⁸ Členské státy však mají možnost použít v oblastech koordinovaných uvedenou směrnicí podrobnější nebo přísnější pravidla pro poskytovatele mediálních služeb spadajících do jejich pravomoci, budou-li tato pravidla v souladu s obecnými zásadami práva ES (srov. bod 32 preambule směrnice).

Televizní reklama a teleshopping musí být snadno rozeznatelné a odlišitelné od redakčního obsahu, čímž se zakazuje tzv. skrytá televizní reklama. Aniž je dotčeno použití nových reklamních technik, musí být televizní reklama a teleshopping zřetelně odlišeny od ostatních částí pořadu obrazovými nebo zvukovými nebo prostorovými prostředky (nový článek 10 směrnice).

²⁶ Část první, kapitola VI Kodexu reklamy. Upozorňuji zde na jeho bod 1., podle něhož „všechny osoby zapojené do vyhotovení či publikace inzerátu mají za povinnost zajistit, aby kdokoli se na inzerát podívá, okamžitě a bez podrobného čtení viděl, že jde o inzerát a nikoli o redakční materiál.

²⁷ Evropská komise (dále rovněž „Komise“) ve svém sdělení Evropskému parlamentu a Radě o zlepšení právní úpravy v oblasti růstu a pracovních míst v Evropské unii zdůraznila, že je nezbytná pečlivá analýza týkající se vhodného regulačního přístupu, zejména zda je pro dané odvětví a problematiku vhodnější právní předpis, nebo zda by se měly zvážit alternativní možnosti, například společná regulace či samoregulace. Kromě toho zkušenosti podle komise ukazují, že nástroje společné regulace i samoregulace, prováděné podle různých právních tradic členských států, mohou hrát důležitou úlohu při poskytování vysoké úrovně ochrany spotřebitele (srov. bod 36 preambule směrnice).

²⁸ Směrnice mj. zavádí širší definici *audiovizuálního obchodního sdělení*, jež nezahrnuje oznámení ve veřejném zájmu a bezplatná upozornění na charitativní akce (srov. bod 26 preambule). Podle článku 1 odst. 2 písm. h) směrnice se audiovizuálním obchodním sdělením rozumí obrazová sekvence se zvukem nebo bez něj, která je určena k přímé či nepřímé propagaci zboží, služeb či obrazu na veřejnosti fyzické či právnické osoby vykonávající hospodářskou činnost. Tato obrazová sekvence doprovází pořad nebo je do něj zahrnuta za úplatu nebo obdobnou protihodnotu nebo pro účely vlastní propagace.

Audiovizuální obchodní sdělení mají mj. podobu televizní reklamy, sponzorství, teleshoppingu a umístění produktu.

Podle směrnice musí být audiovizuální obchodní sdělení rozpoznatelná a zakazují se tzv. skrytá audiovizuální obchodní sdělení²⁹ (článek 3e odst. 1 písm. a), a to vzhledem k jejich negativnímu účinku na spotřebitele. Zákaz by se však neměl týkat tzv. oprávněného umístování produktů (tj. právně dovoleného product placement – pozn. aut.) podle článku 3g, pokud je divák o umístění produktu dostatečně informován; to lze provést například uvedením údaje, že v daném pořadu dochází k umístění produktu, například pomocí neutrálního loga (srov. bod 60 preambule směrnice).

Umístěním produktu se podle směrnice (článek 1 odst. 2 písm. m) rozumí jakákoli podoba audiovizuálního obchodního sdělení, jež je tvořeno začleněním produktu, služby nebo odpovídající ochranné známky či zmínky o nich do pořadu za úplatu nebo obdobnou protihodnotu. Umístování produktu směrnice zásadně zakazuje (srov. článek 3g odst. 1 směrnice). Pro některé druhy pořadů však směrnice stanoví výjimky, a to na základě pozitivního výčtu (článek 3g odst. 2 směrnice), konkrétně v kinematografických dílech, filmech a seriálech vytvořených pro audiovizuální mediální služby, sportovních pořadech a zábavných pořadech (tato výjimka se však nevztahuje na pořady pro děti), nebo v případech, kdy se neprovádí žádná platba, ale pouze se bezplatně poskytuje určité zboží nebo služby, jako např. rekvizity nebo ceny, s cílem zařadit je do pořadu.

Pořady, které obsahují umístění produktu, musí splňovat alespoň tyto požadavky (článek 3g odst. 2 směrnice)

a) jejich obsah a v případě televizního vysílání i doba jejich zařazení nejsou v žádném případě ovlivněny tak, aby tím byla dotčena odpovědnost a redakční nezávislost poskytovatele mediálních služeb;

b) nenabádají přímo k nákupu nebo pronájmu zboží nebo služeb, zejména zvláštním zmiňováním tohoto zboží nebo služeb za účelem jejich propagace;

c) nepatříčně nezdůrazňují dotyčný produkt a

d) diváci jsou jasně informováni o existenci umístění produktu. Pořady obsahující umístění produktu jsou na začátku a na konci pořadu a při pokračování pořadu po reklamní přestávce vhodně označeny, aby divák nemohl být žádným způsobem uveden v omyl. Výjimečně mohou členské státy od požadavků uvedených v tomto písmenu upustit, pokud příslušný pořad nevyrobil ani jeho výrobu nezadal sám poskytovatel mediálních služeb nebo společnost přidružená k poskytovateli mediálních služeb.

Pořady však nesmějí v žádném případě obsahovat umístění produktu, pokud jde o tabákové výrobky nebo cigarety, nebo umístění produktu podniků, jejichž hlavním předmětem činnosti je výroba nebo prodej cigaret a jiných tabákových výrobků, nebo určité léčivé přípravky nebo léčebné postupy, které jsou v členském státě, do jehož pravomocí spadá poskytovatel mediálních služeb, dostupné pouze na lékařský předpis (článek 3g odst. 3 směrnice).

²⁹ Tzv. *skrytým audiovizuálním obchodním sdělením* se podle článku 1 odst. 2 písm. j) rozumí slovní nebo obrazová prezentace zboží, služeb, jména, ochranné známky nebo činnosti výrobce zboží nebo poskytovatele služeb v pořadech, jestliže poskytovatel mediálních služeb úmyslně uvede takovou prezentaci s reklamním cílem a mohl by tak uvést veřejnost v omyl o povaze této prezentace. Prezentace se považuje za úmyslnou zejména tehdy, je-li prováděna za úplatu nebo obdobnou protihodnotu.

Výše uvedená pravidla se však vztahují pouze na pořady vyrobené po 19. prosinci 2009 (viz článek 3g odst. 4 směrnice). Do téhož data se členské státy zavázaly implementovat směrnici do svých právních řádů.

Je tedy zřejmé, že evropské právo dává právu českému v problematice product placement nikoliv zanedbatelnou výzvu. Směrnice by v českém právu měla být implementována do zákona o provozování rozhlasového a televizního vysílání a rovněž do zákona o regulaci reklamy, kde by stačil odkaz na uvedený mediální zákon.

4. ZÁVĚREM

Nebezpečí skryté reklamy v podobě product placement pro spotřebitele spočívá zejména v tom, že na něj působí reklamní sdělení, aniž by si to sám uvědomoval.

Tzv. product placement se v praxi vyskytuje velmi frekventovaně a někdy se označuje jako „nutné zlo“, neboť se jedná o nezbytný nástroj současných filmových tvůrců, bez něhož by vytvářeli realitu postav jen obtížně. I z toho důvodu se mnohdy jeho negativní účinky obecně poněkud podceňují.

Rozlišit, kdy se jedná o skrytou reklamu ve formě product placement a kdy se jedná o zcela nezávadné (tj. bez snahy o reklamní působení) umístování značek běžné potřeby do televizních pořadů, je velmi složité. Stanovení podrobnějších pravidel právním předpisem by přinášelo více právní jistoty filmovým tvůrcům, kteří by se nemuseli obávat, zda se právě oni dopustili nedovolené skryté reklamy či nikoliv.

Evropská právní úprava dané problematiky je o něco vepředu oproti regulaci české – český zákonodárce má před sebou úkol implementovat novelu tzv. televizní směrnice do českého právního řádu – doufejme, že tak učiní v blízké době a že nedojde k pouhému překladu směrnice a jejímu začlenění do konkrétního právního předpisu (jako tomu bylo například v případě transpozice směrnice o srovnávací reklamě³⁰ do ustanovení § 50a obchodního zákoníku), ale navíc bude obsahovat podrobnější kritéria k rozeznání reklamním cílem vedeného product placement od umístování produktů k dokreslení reálnosti postav.

Český zákonodárce by tak měl stát před výzvou nalézt určitá generalizovaná pravidla zahrnující veškeré možné aspekty dané problematiky, která by přesně rozlišovala tzv. product placement jako legální součást určitého pořadu (tomu tak bude zejména tehdy, když z kontextu použití produktu nebude vyplývat výzva k jeho prodeji či na diváka nebudou užívány „reklamní techniky“) a tzv. product placement jako nezákonnou skrytou formu reklamy. Byť by se to na první pohled mohlo jevit jako jednoduché, jedná se o velmi složitý úkol. Avšak při absenci jasných a konkrétních právních pravidel nedovolenosti tzv. product placement se zvyšuje jeho používání v praxi za současně nedostatečné právní jistoty ohledně jeho případného postihu.

Lze tak uzavřít, že ani na problematiku tzv. product placement nelze stanovit objektivní a za všech okolností platná kritéria, ale každá jednotlivá reklama bude posuzována příslušným orgánem (ať už správním orgánem či soudem) podle okolností konkrétního případu.

³⁰ Směrnice Evropské parlamentu a Rady č. 97/55/ES o srovnávací reklamě.

Závěrem je však nezbytné upozornit na skutečnost, že přílišná přísnost v regulaci, a to nejen reklamy, ve vztahu k „národním“³¹ společnostem může způsobovat jejich ztráty v mezinárodní soutěži (mezinárodní konkurenceschopnosti).³²

Literatura:

- Hajn, P. Jak jednat v boji s konkurencí. Praha: Linde Praha a.s., 1995, 239 str., ISBN 8085647931.
- Hajn, P. Soutěžní chování a právo proti nekalé soutěži. Brno: Masarykova univerzita v Brně, 2000, 328 str., ISBN 8021022825.
- Ondřejová, D. Národní šampioni a hospodářská soutěž. Praha: Linde Praha a.s., 2007, 320 str., ISBN 80-7201-678-5.
- Product placement (citováno 3. září 2008). Dostupný z: [http:// www.kultura.blog.cz](http://www.kultura.blog.cz).
- Petrov, J. Film a skrytá reklama (citováno 29. května 2007). Dostupný z: [http:// www.blisty.cz](http://www.blisty.cz).
- Winter, F. Reklama a právo. Praha: Linde Praha a.s., 2007, 336 str., ISBN 80-7201-654-7.

Kontaktní údaje na autora – email:

dana.ondrejova@seznam.cz

³¹ Jsem si vědoma skutečnosti, že tento pojem je velmi nepřesný, i tak však nejlépe vyjadřuje jakýsi „původ“ společnosti. Tento pojem zejména v současné době častých přeshraničních fúzí a akvizic stále více postrádá svůj původní význam. Problém vyvstává rovněž ohledně vymezení kritéria, kdy lze určitý subjekt označit za „národní“. Těchto kritérií se nabízí hned několik - kritérium sídla, státní příslušnosti, umístění kapitálu, výkonu kontroly nebo národního zájmu, ani jedno však nelze považovat za obecně přijímané. K tomu blíže viz Ondřejová, D. Národní šampioni a hospodářská soutěž. Praha: Linde Praha a.s., 2007.

³² Mezinárodní konkurenceschopnost znamená schopnost určité společnosti konkurovat ostatním na světových trzích.

PRÁVNÍ POSTAVENÍ AKCIONÁŘŮ A VÝKON JEJICH OPRÁVNĚNÍ ŘÍDIT SPOLEČNOST

JARMILA POKORNÁ

Právnická fakulta Masarykovy univerzity, Česká republika

Abstrakt v rodném jazyce

Příspěvek se zabývá právním postavením akcionářů a jejich právem na řízení akciové společnosti. Upozorňuje na podněty vyplývající ze směrnice č. 2007/36/ES. Akcionáři jsou chápáni jako investoři, mezi nimiž nejsou žádné právní vztahy, ale soutěž o vliv na řízení společnosti. Směrnice určuje základní standardy pro organizaci valných hromad, výkon hlasovacích a informačních oprávnění. Podněty pro vývoj českého práva jsou konfrontovány s judikaturou vyšších soudů.

Klíčová slova v rodném jazyce

Akcionář, směrnice č. 2007/36/ES, valná hromada, informační a hlasovací práva.

Abstract

The paper is concentrated on legal status of shareholders and on the regulation their right to manage the company. It refers of suggestions resulting from the Directive Nr. 2007/36/EC. The shareholders are investors and among them don't exist any legal relations. They compete for influence on regulation of the company. The Directive determines certain rights of shareholders in listed companies, firstly voting rights in the general meeting, information prior to the general meeting and other information rights. Suggestions for the Czech law result from the adjudication of Supreme Court.

Key words

Shareholder, Directive 2007/36/EC, general meeting, voting and information rights.

Právní postavení akcionářů je v české nauce obchodního práva vnímáno u různých teoretiků v podstatě shodně jako soubor práv a povinností náležejících akcionáři. T. Dvořák hodnotí jako zjevně nesprávná tvrzení o tom, že akcionář není společník a že mezi ním a společností existuje zvláštní vztah plynoucí z existence akcie jako cenného papíru, a zdůrazňuje, že přes existující rozdíly v právním postavení společníků různých forem obchodních společností je i akcionář vždy společníkem.

Společnické postavení akcionáře znamená, že jeho přítomnost je pro společnost podmiňující, společnost nemůže bez svých akcionářů vzniknout ani existovat, i když akcionář nemá povinnost se osobně účastnit činnosti společnosti a existence společnosti není vázána na přítomnost konkrétních akcionářů. Mezi akcionářem a společností se vytváří právní vztah, jehož obsahem jsou práva a povinnosti umožňující společníkovi ovlivňovat aktivity společnosti a podílet se na jejích hospodářských výsledcích.

V soustavě práv a povinností akcionářů jako společníků akciové společnosti jsou akcentována práva majetkové povahy vyplývající ze skutečnosti, že koupě akcie je především investicí sledující budoucí výnos. Je tak ještě více potlačena možnost společníků osobně kontrolovat činnost společnosti a provádět bezprostřední korekční zásahy do činnosti společnosti. Vliv akcionářů na společnost se děje především nepřímo, ovlivňováním personálního složení orgánů společnosti a využíváním možnosti svolat valnou hromadu k rozhodování o otázkách,

kteří daná skupina akcionářů považuje za důležité. Řízením společnosti je pověřen příslušný výkonný orgán, jehož členy jsou pravidelně třetí osoby stojící mimo společnost. Tento orgán se řídí zásadami a pokyny schválenými valnou hromadou, mimo oblast působnosti valné hromady je však zcela autonomní a nikdo nemá oprávnění udělovat mu pokyny týkající se obchodního vedení společnosti (§ 194 odst. 4 ObchZ). Postavení akcionáře jako společníka tak postrádá možnost vstupovat do všech záležitostí společnosti a přijímat o nich rozhodnutí závazná pro vnitřní orgány společnosti.

Akcionáře jako investora charakterizuje výstižně stař V. Pihery. Podle názoru autora je akcionář veden především záměrem nabýt akcii jako investiční nástroj, nikoli zájmem spolupracovat s ostatními akcionáři. Investor předpokládá, že je společnost řízena profesionálním managementem a že jednotliví akcionáři zasahují do řízení společnosti pouze v omezeném rozsahu působnosti valné hromady. Akcionářem se investor stává zpravidla bez znalosti ostatních akcionářů a nemůže akcionářskou strukturu ovlivnit. Jeho vztah ke společnosti a ostatním akcionářům je tak důsledkem nabytí vlastnického práva k cennému papíru a jako takový je výrazem vlastnického práva jako absolutního majetkového práva každého akcionáře. Výkon akcionářských práv je tak způsobem výkonu vlastnického práva, nikoli realizací smluvního oprávnění nebo povinnosti. Autor zdůrazňuje, že z podstaty věci nemá pro investora nákup akcie jiný význam než je zhodnocení této investice. Obsahem úvahy předcházející investiční rozhodnutí je proto výhradně zhodnocení pravděpodobnosti a rozsahu zhodnocení takové investice s tím, že investor nepředpokládá, že by se skutečně osobně podílel na řízení společnosti nebo navazoval vztahy s ostatními akcionáři.

Vnitřní uspořádání akciové společnosti se tak v tomto pohledu jeví jako soubor individuálních očekávání jednotlivých investorů, které spojuje pouze jejich rozhodnutí investovat do koupě akcií právě této společnosti a zájem dosáhnout jejich maximálního zhodnocení. Představy o rozsahu tohoto zhodnocení i o způsobech, jakým je dosáhnout, však již mohou být zcela odlišné. Zájmy akcionářů, které se budou promítat do jejich rozhodování, tak nelze označit jako homogenní a ani si nelze představovat, že akcionáři budou k jejich homogenitě nějak cíleně směřovat, jak je pravidlem v osobních společnostech nebo jak je to možné i ve společnosti s ručením omezeným.

I když se tedy společnická struktura akciové společnosti jeví jako náhodné spojení odlišných individuálních zájmů, zůstávají definičním znakem i pro akciovou společnost její společníci, kterým nelze odebrat jejich rozhodovací působnost, jakkoli bychom je vnímali jako omezené a koncentrované jen na jednání a přijímání usnesení valné hromady.

Akcionáři mají v rukou rozhodnutí o základních záležitostech, které podmiňují činnost společnosti, i rozhodování o vlastní existenci společnosti. Jestliže přijmeme tezi, že jde vlastně o soubor individualit sledujících primárně vlastní prospěch, nelze jejich soužití ve společnosti označit jako spolupráci, nýbrž jako soutěž. Tato soutěž je hospodářskou soutěží o metodu zhodnocení akcií, soutěží, která probíhá na jednání valné hromady a jejímž výsledkem je usnesení valné hromady formující majetkové poměry společnosti, složení jejich výkonných a dozorčích orgánů, popř. další otázky, jejichž řešení valné hromadě náleží.

V soutěži o rozhodnutí valné hromady nemohou mít všichni akcionáři rovné postavení, protože jejich investice nebyly totožné. V každém případě však musí být zajištěna rovnost šancí, všem akcionářům musí být dána totožná možnost účasti na valné hromadě, všem musí být v totožné míře zpřístupněny informace nutné ke kvalifikovanému projednání jednotlivých bodů programu valné hromady a otevřena cesta k vyjádření vlastních názorů.

Zájmová nehomogenost akciové společnosti nedovoluje, aby základní pravidla pro tuto soutěž vznikala konsensem společníků, nýbrž svěřuje jejich vytvoření právnímu předpisu, jehož normy navíc formulují základní zásady zmíněné soutěže kogentně a nedovolují řešení, která by je vychylovala ve prospěch jen některých skupin akcionářů.

Zapojení České republiky do Evropské unie přináší navíc nutnost respektovat základní standardy, které ve formě směrnic sjednocují národní právní řády a odstraňují tímto postupem překážky vyplývající z rozdílnosti právního rámce regulujícího podnikání ve formě obchodních společností.

V dosavadní soustavě směrnic bychom však marně hledali takovou, která by nutila členské státy k úpravě právního postavení společníků obchodní společnosti. Tato oblast byla vždy chápána jako prostor pro projevy autonomie vůle společníků, kteří jsou sami schopni optimalizovat vnitřní vztahy ve společnosti. Průlom přinesla až v roce 2007 směrnice č. 36 o výkonu některých práv akcionářů ve společnostech s kótovanými akciemi.

Důvody přijetí uvedené směrnice nelze spojovat výhradně se snahou prohloubit harmonizaci pravidel pro obchodní společnosti, nýbrž souvisejí s cílem dosáhnout volného pohybu kapitálu po území EU. Ze čtvrtého odstavce preambule je návaznost na standardy pro regulaci investování do cenných papírů zcela zřejmá:

„Směrnice Evropského parlamentu a Rady 2001/34/ES ze dne 28. května 2001 o přijetí cenných papírů ke kotování na burze cenných papírů a o informacích, které k nim mají být zveřejněny, se zaměřuje na informace, které musí emitenti uveřejnit na trhu, a neupravuje tedy samotný průběh hlasování akcionářů. Navíc směrnice Evropského parlamentu a Rady 2004/109/ES ze dne 15. prosince 2004 o harmonizaci požadavků na průhlednost týkajících se informací o emitentech, jejichž cenné papíry jsou přijaty k obchodování na regulovaném trhu, ukládá emitentům povinnost zpřístupnit určité informace a dokumenty důležité pro valnou hromadu, ale tyto informace a dokumenty mají být zpřístupněny v členském státě emitenta. Proto by v zájmu ochrany investorů a podpory snadného a účinného výkonu práv akcionářů, která jsou spojena s akciemi s hlasovacím právem, měly být stanoveny určité minimální standardy.“

Základní zásady požadované směrnicí 2007/36/ES pro rozhodování akcionářů

Věcná působnost směrnice se soustřeďuje na práva akcionářů rozhodovat na valné hromadě. Tato práva jsou spojena s akciemi přijatými k obchodování na regulovaných trzích. Vychází ze základní teze, že vlastníci akcií s hlasovacím právem by měli mít možnost tato práva vykonávat, protože jsou zohledněna v ceně, kterou musí zaplatit při jejich nabytí. Účinná kontrola akcionáři je dále předpokladem řádné správy a řízení společností, a proto by měla být usnadňována a podporována. Z tohoto důvodu je nezbytné přijmout opatření ke sblížení právních předpisů členských států a odstranit překážky, které odrazují akcionáře od hlasování. Směrnice se však nedotýká jen vlastního hlasování, ale upravuje i související otázky spojené s účastí na valné hromadě.

Výchozí zásadou, z níž úprava ve směrnici vychází, je zásada totožného zacházení se všemi akcionáři. Tato zásada, která je vlastně vyjádřením požadavku stejných šancí v soutěži o vliv na záležitost společnosti, prolíná všechna pravidla, u nichž směrnice požaduje jejich začlenění do právních řádů členských států.

Uvedená pravidla je možno rozdělit pro lepší přehlednost do dvou skupin:

pravidla, která zajišťují dostatek informací pro rozhodování akcionářů: jsou obsažena v čl. 5, odst. 4 písm. c) a d), kde směrnice požaduje, aby společnosti měly svoje internetové stránky, na nichž budou uveřejňovat dokumenty, které mají být předloženy valné hromadě, a návrh usnesení valné hromady, nebo pokud není předkládán žádný návrh usnesení, vyjádření příslušného orgánu společnosti určeného na základě rozhodného práva ke každému bodu navrhovaného pořadu jednání valné hromady.

Pravidla zabezpečující, že akcionáři budou mít možnost valné hromady se zúčastnit, ovlivnit její pořad jednání a hlasováním vyjádřit svůj zájem na určitém řešení záležitostí společnosti.

Druhá skupina pravidel je velmi rozsáhlá a jejich vtělení do právních řádů členských států poskytuje v podstatě totožné standardy pro konání a průběh valných hromad.

Pro období před konáním valné hromady předepisuje směrnice především způsob uveřejnění oznámení o tom, že se svolává valná hromada. Způsob má být rychlý a nediskriminující. Členský stát má od společností vyžadovat, aby používaly takové sdělovací prostředky, od nichž lze rozumně očekávat, že zprostředkují účinným způsobem informace veřejnosti v celém Společenství, a nesmí ukládat povinnost výhradního využití sdělovacích prostředků, jejichž provozovatelé jsou usazeni na jeho území. Společnosti jsou dále povinny informovat akcionáře o tom, kdy a kde se valná hromada koná a jaký je navržený pořad jejího jednání. Musí je rovněž jasně a přesně seznámit s postupy, které musí akcionáři dodržet, aby se mohli účastnit valné hromady a hlasovat na ní.

Podrobně jsou též rozvedena pravidla pro právo zařazovat body na pořad jednání valné hromady a předkládat návrhy usnesení. Členské státy zajistí, aby akcionáři jednající samostatně nebo společně

a) měli právo zařazovat body na pořad jednání valné hromady za předpokladu, že každý z těchto bodů je doplněn odůvodněním nebo návrhem usnesení, které by mělo být valnou hromadou přijato, a

b) měli právo předkládat návrhy usnesení k bodům, které jsou nebo mají být zahrnuty na pořad jednání valné hromady.

Pokud jde o vlastní jednání valné hromady, stojí v centru pozornosti směrnice hlasování. Členské státy musí zajistit, aby právo akcionáře účastnit se valné hromady a hlasovat ohledně kterékoli ze svých akcií nebylo podmíněno požadavkem, aby jeho akcie byly před valnou hromadou uloženy u jiné fyzické nebo právnické osoby nebo na ni převedeny či registrovány na její jméno, a aby právo akcionáře prodávat nebo jinak převádět jeho akcie v době mezi rozhodným dnem a dnem konání valné hromady, k níž se vztahuje, nepodléhalo žádným omezením, jimž jinak nepodléhá.

Právo účasti na valné hromadě a právo na ní hlasovat se určuje na základě akcií, které tento akcionář vlastní k určitému dnu před valnou hromadou – tzv. rozhodný den, který musí být pro všechny společnosti stanoven jednotně. Členský stát však může stanovit jeden rozhodný den pro společnosti, které vydaly akcie na majitele, a jiný rozhodný den pro společnosti, které vydaly akcie na jméno, za podmínky, že pro každou společnost, která vydala obě formy akcií, platí jediný rozhodný den. Rozhodný den nemůže předcházet dnu konání valné hromady, k níž se vztahuje, o více než 30 dnů.

Společnosti nesmí akcionáře zatěžovat nepřiměřenými požadavky, pokud jde o prokazování jejich právního postavení ve vztahu k účasti na valné hromadě. Na prokazování postavení akcionáře lze klást pouze ty požadavky, které jsou nezbytné k zajištění ověření totožnosti akcionáře, a pouze v rozsahu, v němž jsou pro dosažení tohoto cíle přiměřené.

V průběhu valné hromady má každý akcionář právo klást otázky související s body pořadu jednání valné hromady. Společnost je na otázky položené akcionářem povinna odpovědět, pokud tím neohrozí ochranu důvěrnosti informací a obchodních zájmů společnosti. Členské státy mohou též umožnit společnostem, aby poskytly jednu souhrnnou odpověď na otázky stejného obsahu. Za odpověď může být považováno i zpřístupnění dané informace ve formě otázek a odpovědí na internetových stránkách společnosti.

Pokud jde o vlastní hlasování, nestanoví směrnice nic o váze hlasů, nýbrž se soustřeďuje pouze na technické otázky hlasování. Umožňuje účast na valné hromadě a hlasování elektronickými prostředky, dovoluje korespondenční hlasování a obsahuje velmi podrobná pravidla pro hlasování na základě plné moci.

Členské státy jsou povinny promítnout požadavky směrnice do národní právní úpravy akciových společností do 3. srpna 2009.

Některé podněty pro českou právní úpravu

I když české právo do značné míry standardy směrnice splňuje již v současné době, přece jen musí naplnit některé požadavky, které byly až dosud opomíjeny.

Prvotně jde o výslovné přihlášení se k využití možností dálkového přenosu dat k informování akcionářů, účasti na valných hromadách a hlasování. Ust. § 184 odst. 4 ObchZ dosud nezmiňuje možnost uveřejnit oznámení o konání valné hromady elektronicky. Tento deficit vyplňuje do určité míry judikatura, která určuje, že deník ve smyslu § 184 odst. 4 ObchZ nemusí být nutně deníkem tištěným jen na papíře, ale rovněž i deníkem majícím jen elektronickou podobu, zejména podobu webových stránek v síti internet.

Deník mající toliko elektronickou podobu webových stránek na síti internet lze považovat za celostátně distribuovaný deník.

Oznámení o konání valné hromady akciové společnosti s akciemi na majitele publikované na stránkách elektronického deníku www.valnehromady.cz představuje uveřejnění oznámení v celostátně distribuovaném deníku, a tudíž vhodný způsob uveřejnění ve smyslu § 184 odst. 4 ObchZ.

Za problematický považujeme v této souvislosti požadavek ust. § 184 odst. 4 ObchZ stanovený pro společnosti s akciemi na majitele uveřejňovat oznámení o konání valné hromady v Obchodním věstníku a jiným vhodným způsobem určeným stanovami, nejméně však v jednom celostátně distribuovaném deníku určeném ve stanovách. Jestliže směrnice výslovně stanoví, že členský stát nesmí ukládat povinnost výhradního využití sdělovacích prostředků, jejichž provozovatelé jsou usazeni na jeho území, měla by podle našeho názoru být tato úprava mnohem pružnější, měla by preferovat elektronické způsoby uveřejňování oznámení a ponechávat otevřenou i možnost, že informační médium nebude mít místní vazbu na Českou republiku.

Druhou oblastí, kde je právní úprava velmi kusá, je využití zastoupení při účasti na valné hromadě a hlasování na ní. Dosavadní znění ust. § 184 odst. 1 ObchZ určuje pro zastoupení

pravidlo, že se akcionář nesmí nechat zastupovat členem představenstva nebo dozorčí rady společnosti. Podrobnější pravidla pro zastupování na valných hromadách určují zpravidla stanovy jednotlivých společností.

Z judikatury vyplývají pro zastoupení další pravidla:

1. Pro zastupování akcionáře na valné hromadě nepřichází v úvahu, aby za něj jednalo a hlasovalo více zástupců.
2. Plná moc k zastupování akcionáře na valné hromadě není plnou mocí k uskutečnění právního úkonu za zmocnitele ve smyslu § 31 odst. 1 ObčZ, ale je speciální plnou mocí opravňující zmocněnce k zastupování na valné hromadě konkrétní společnosti.
3. Pro zastupování na valné hromadě nelze využít obecné (generální) plné moci udělené akcionářem zmocněnci. Speciální plnou moc udělenou pro zastupování na valné hromadě nelze využít k jinému účelu než právě k takovému zastupování.
4. Společnou plnou moc nelze k zastupování na valné hromadě akciové společnosti využít.

Obdobně zní i usnesení Nejvyššího soudu ČR ze dne 27. 11. 2002 sp. zn. 29 Odo 215/2002:

1. Zastupování akcionáře na valné hromadě je speciální plnou mocí podle § 184 odst. 1 obchodního zákoníku, nikoli plnou mocí k uskutečnění právního úkonu podle § 31 odst. 1 občanského zákoníku.
2. Pro zastupování akcionáře na valné hromadě není možno, aby na valné hromadě hlasovalo a vystupovalo více zmocněnců. Pokud to plná moc umožňuje, je možné, aby zmocněnci analogicky využili § 156 odst. 9 obchodního zákoníku (tím, že se dohodnou, kdo z nich bude na valné hromadě vystupovat a hlasovat).
3. Je-li pro zastupování akcionáře na valné hromadě udělena společná plná moc, aniž je v ní určeno, že každý zmocněnec může jednat sám, nemůže být taková plná moc na valné hromadě využita.

Zatímco nepřípustnost generální plné moci by mohla být zákonem upravena, protože směrnice připouští, aby členský stát omezil udělení plné moci pro jednu valnou hromadu, anebo několik valných hromad ve vymezené době, bude muset být pravděpodobně podrobněji normováno zastoupení pomocí více osob. Směrnice sice dovoluje omezit počet osob, jimž může akcionář udělit plnou moc pro kteroukoli jednu valnou hromadu, pokud má však akcionář akcie společnosti na více než jednom majetkovém účtu, nebrání tato omezení akcionáři v udělení plné moci různým osobám pro akcie na každém z majetkových účtů pro kteroukoli jednu valnou hromadu.

Zmocněnec je povinen hlasovat v souladu s pokyny, jež mu dal akcionář, který mu udělil plnou moc. Tyto pokyny byly až dosud interní záležitostí zmocnitele a zmocněnce, směrnice však umožňuje členským státům, aby požadovaly u zmocněnce vedení záznamu o hlasovacích pokynech po vymezenou minimální dobu a ukládaly povinnost podat na požádání důkaz, že zmocněnec hlasovací pokyny dodržel. Úprava by mohla bránit zkreslení výsledků hlasování, pokud by zmocněnec nedbal vůle zmocnitele.

Úpravy ve stanovách se může dotknout možnost udělovat plnou moc elektronickými prostředky. Notifikace plné moci společnosti musí být písemná, jinak však mohou být plná

moc, oznámení o udělení plné moci určené pro společnost a vydání případných hlasovacích pokynů zmocněnci předmětem pouze takových formálních požadavků, které jsou nezbytné k zajištění ověření totožnosti akcionáře a zmocněnce nebo k zajištění možnosti ověřit obsah hlasovacích pokynů, a pouze v rozsahu, který je pro dosažení těchto cílů přiměřený.

Je tedy zřejmé, že podněty z evropské směrnice mohou přispět k dalšímu upřesnění české právní úpravy ve směru ochrany akcionáře jako investora, ale též osoby, jejíž rozhodování je pro činnost společnosti nezastupitelné.

Literatura:

- Černá, S., Obchodní právo. Akciová společnost. 3. díl, Praha: ASPI, 2006.
- Dvořák, T., Akciová společnost a Evropská akciová společnost, Praha, ASPI, 2005.
- Eliáš, K., Akciová společnost. Systematický výklad obecného akciového práva se zřetelem k jeho reformě, Praha, Linde, 2000.
- Pihera, V., K obecným limitům akcionářských práv, Právní rozhledy č. 10/2007.
- Štenglová, I. in Dědič, J., Štenglová, I., Čech, P., Kříž, R., Akciové společnosti, 6. přepracované vydání, Praha, C. H. Beck, 2007.

Kontaktní údaje na autora – email:

pokorna@law.muni.cz

"OBJEKTIVNÍ OSPRAVEDLNĚNÍ" V PRÁVU PROTI ZNEUŽITÍ DOMINANTNÍHO POSTAVENÍ

JOSEF ŠILHÁN

Právnická fakulta Masarykovy Univerzity, Česká republika

Abstrakt v rodném jazyce

Příspěvek se zabývá právem proti zneužití dominantního postavení. Přestože v této oblasti soutěžního práva neexistuje systém výjimek, které známe například z práva proti zakázaným kartelovým dohodám, z aplikační praxe pramení koncept tzv. "objektivního ospravedlnění" jako možnosti, jak zdánlivě zneužívající jednání dominanta ekonomicky racionálně obhájit v souladu se zásadou proporcionality. Text přináší přehled obecných kategorií ospravedlnění – objektivní nutnost, oprávněná obrana zájmů dominanta a zefektivnění (efficiencies), a dále se zabývá aplikací v případě ospravedlnění predátorských cen.

Klíčová slova v rodném jazyce

Dominantní postavení, zneužití dominance, objektivní ospravedlnění, zefektivnění, čl. 82.

Abstract

The text addresses the theme of abuse of dominant position. Although there are no such exemptions that are known from the area of law against prohibited cartel agreements, the concept of objective justification, resulting from application practice, can be applied. It is a way how to economically rationally justify the conduct of dominant undertaking in question in accord with the principle of proportionality. The article concerns with general categories of justification - objective necessity, legitimate market defence and efficiency defence, as well as with specific application in the case of predatory pricing.

Key words

Dominant position, abuse of dominance, objective justification, efficiencies, article 82.

ÚVOD

Ochrana proti zneužití tržní dominance patří mezi stabilní pilíře tzv. antitrustu. Právo hospodářské soutěže patří mezi nejvýraznější projevy státních zásahů do hospodářského mechanismu ekonomiky. Představuje neodmyslitelný, i když nikoliv nezpochybnovaný, jako koncept pevně usazený, ovšem v jednotlivostech ne vždy zcela ustálený, v mnoha ohledech ambivalentní, přesto široce uplatňovaný nástroj k ochraně soutěžního prostředí na relevantních trzích.¹ Je to právě tzv. antimonopolní zákonodárství, prostřednictvím něhož lze

¹ Literatura k tématu zneužití tržní moci je poměrně bohatá. Z české odborné literatury je možno zmínit Bejček, J. Kartelové právo. Brno: MU, 1995. Eliáš, K., Bejček, J., Hajn, P., Ježek, J. a kol. Kurs obchodního práva. Obecná část. Soutěžní právo. 5. vydání. Praha : C.H. Beck, 2007. Munková, J., Svoboda, P., Kindl, J. Soutěžní právo. Praha : C.H. Beck, 2006. Raus, D., Neruda, R. Zákon o ochraně hospodářské soutěže. Komentář a souvisící české i komunitární předpisy. 2. vydání. Praha : Linde Praha, 2006. Munková, J., Kindl, J. Zákon o ochraně hospodářské soutěže. Komentář. 1. vydání. Praha : C.H.Beck, 2007. Tichý, L., Arnold, R., Svoboda, P., Zemánek, J., Král, R. Evropské právo. 3. vydání. Praha : C.H. Beck, 2006. Ze zahraničních publikací pak např. Bellamy, Ch., Child, G. European Community Law of Competition. Šesté vydání. London: Sweet & Maxwell, 2008; Van Bael, I., Bellis, J. F. Competition Law of the European Community. Čtvrté vydání. The Hague: Kluwer Law International, 2005; Faull, J., Nikpay, A. The EC Law of Competition. Second Edition. New York: Oxford University Press, 2007; O'Donoghue, R., Padilla, A. J. The Law and Economics of Article 82 EC. Hart

vhodným nastavením pravidel a omezení dosáhnout minimalizace nebezpečí plynoucích z bezbřehé volnosti uplatňování tržní síly a přinést tak potřebné stabilizující mantinely zachovávající možnost uspět v hospodářské soutěži na základě efektivního tržního výkonu.

Je to ale právě i toto právo, ve své současné, ne vždy plně vyhovující podobě, které může do fungování hospodářského systému vnášet prvky znejistujících, při koncepčně příliš restriktivní interpretaci důležitých ekonomických vazeb i svazujících. Je s to vlivem neobratného, především pak ekonomicky nepodloženého a nepředvídatelného rozhodování podnikatelskou (podnikavou) aktivitu soutěžitelů fakticky potlačovat a od sebevědomého tržního chování odrazovat.

Jednou z oblastí, která je v současné době na poli evropského soutěžního práva proti zneužití dominance čile diskutována, je možnost tzv. objektivního ospravedlnění. A je to právě i oblast, kde je současná judikatorní praxe prozatím ustálena poněkud nedostatečně. Nelze se opřít o zcela jasná předvídatelná pravidla, která by do ekonomického chování podniků vnášela stabilizující prvky.

Do situace navíc nové světlo vnesl Diskusní materiál Evropské komise o aplikaci čl. 82 SES² na vylučovací praktiky³, který (nejen) ohledně objektivního ospravedlnění přináší řadu inovativních myšlenek, mnohými oceňovaných, jinými naopak kritizovaných.

Reforma přístupu k čl. 82 SES je jednou z největších výzev v evropské regulaci hospodářské soutěže a vymezení širě chápání důvodů ekonomicky obhajujících jinak zakázaná „protisoutěžní“ jednání je jednou z jejích nejvýraznějších součástí.

V tomto příspěvku je pojem objektivního ospravedlnění zkoumán nejprve obecně, jako koncept uplatnitelný pro veškerá (zdánlivě) zneužívající jednání, a následně je provedena aplikace v případě jedné z typických cenových praktik – cenového predátorství.

I.

Zákaz zneužití dominance je tradičně, a více méně logicky, koncipován jako bezvýjimečný. Bylo by ostatně protismyslné „zneužití“ právně aprobovat. Na rozdíl např. od kartelového práva neexistuje systém zákonných či blokových výjimek, které by bylo možno využít pro vyjmutí z právem delimitovaného prostoru nepřipustného jednání dominantního podniku.

Na druhé straně je však vždy otázka, jak bude v daném případě „zneužívající“ povaha jednání kvalifikována, jak extenzivně bude zákaz interpretován a tedy v kterém případě bude zákaz uplatněn. Přestože tedy výjimka ze „zákazu zneužití“ jako pojem nepřichází v úvahu, aplikace principu proporcionality ve spojení s ekonomicky opodstatněnou argumentací umožňuje mnohdy i na první pohled zdánlivě (formálně) zneužívající jednání v daném kontextu obhájit.

Publishing, 2006; Korah, V. An Introductory Guide to E.C. Competition Law and Practice. Ninth edition. Oxford : Hart Publishing, 2007.

² Smlouva o založení Evropských společenství.

³ Diskusní materiál Evropské komise k aplikaci čl. 82 SES na vylučovací praktiky. Brusel, 2005. (DG Competition discussion paper on the application of Article 82 of the Treaty to exclusionary abuses). Dále také jen „Diskusní materiál“. Srov. též zprávu Ekonomické poradní skupiny pro soutěžní politiku „Ekonomický přístup k čl. 82“, 2005. (Report by the EAGCP: „An economic approach to article 82“).

Právě tato „pseudovýjimka“ se skrývá pod pojmem objektivní ospravedlnění ve smyslu práva proti zneužití dominance.

Ani čl. 82 SES, ani § 10 a 11 ZOHS⁴ tedy neobsahují žádnou obecně použitelnou výjimku, jakou nacházíme v čl. 81 odst. 3 SES. Neznamená to ovšem v žádném případě, že tržní chování dominantního podniku nemá v principu být jakkoliv ospravedlnitelné a obhajitelné.

Dominant má plné právo hájit své oprávněné zájmy na trhu, tedy i jednat v soutěžním boji na úkor svých tržních protihráčů.⁵ A pokud jsou pro „takový postup dominanta věcně ospravedlnitelné důvody, není jednání, které by za jiných okolností splňovalo znaky zneužití dominantního postavení“, jednáním zakázaným.⁶

Právě pro účely odlišení zneužívajícího jednání a jednání, kterým dominant chrání své oprávněné obchodní zájmy, vyvinula judikatura koncept „objektivního ospravedlnění“.⁷

Je zřejmé, že ne ve všech případech zneužití bude vůbec otázka detailního zkoumání možného objektivního ospravedlnění na stole. Mnohé případy mohou být přesvědčivě posouzeny i bez pečlivého zkoumání skutečně všech v úvahu přicházejících možností; postačí pouze hrubší zohlednění, jsou-li ostatní faktory natolik indikativní, že zvrát v podobě nějakého ospravedlnění v podstatě vylučují samy o sobě.⁸ V řadě případů tomu tak ovšem nebude a zevrubná analýza i této otázky bude nevyhnutelná.

II.

Objektivní ospravedlnění je jednou z oblastí, kde lze výrazně uplatnit i výstupy reformního úsilí čl. 82 SES. V Diskusním materiálu k aplikaci čl. 82 SES, kterýž Evropská komise publikovala, je totiž toto téma výslovně rozvedeno, a oproti stávajícímu stavu jde o jednu z těch nejvýraznějších a zároveň nejkontroverznějších změn v něm navrhovaných.⁹

⁴ Zákon č. 143/2001 Sb., o ochraně hospodářské soutěže a o změně některých zákonů. Dále také jen *ZOHS*.

⁵ Viz rozsudek ve věci T-191/98, T-212/98 až T-214/98, *Atlantic Container Line AB and Others v Commission* [2003] ECR II-3275 : „Fakt, že podnik zaujímá dominantní postavení ho nemůže zbavit práva bránit své obchodní zájmy, pokud jsou dotčeny, a provést rozumné přiměřené kroky k jejich obraně, ovšem za předpokladu, že smysl těchto kroků není posílit dominantní pozici a zneužít ji.“

⁶ Raus, D., Neruda, R. Zákon o ochraně hospodářské soutěže. Komentář a souvisící české i komunitární předpisy. 2. vydání. Praha : Linde Praha, 2006, s. 174-175.

⁷ Van Bael, I., Bellis, J. F. cit. dílo s. 907. Literatura ale také upozorňuje (O'Donoghue, R., Padilla, A. J. cit. dílo s. 232), že ačkoliv koncept objektivního ospravedlnění je obecně široce zaužíván a obecně akceptovaný, lze v judikatuře nalézt jen nemnoho případů, ve kterých byl *skutečně použit*

⁸ Není ale patrně vhodné tyto indicie opírat výhradně o *vysoké tržní podíly*. V Diskusním materiálu (bod č. 92) Komise uvádí v souvislosti s *efficiencies*, jednou z forem objektivního ospravedlnění, že v případech dominantního postavení blízcího se monopolu zpravidla žádná možnost poukazovat na *efficiencies* nebude připuštěna, přičemž tuto hranici výslovně spojuje s tržním podílem přesahujícím 75%.

⁹ V rámci tohoto tématu je navrhována řada změn, které se liší od zavedené judikatorní praxe. Zejména co se týče obrany poukazem na *tzv. efficiencies*. K tomu srov. Dreher, M., Adam, M. Abuse of Dominance Under Reform – Sound Economics and Established Case Law. E.C.L.R., 2007, č. 4, s. 279. Bejček, J. Cenová diskriminace a tzv. dvojí ceny v evropském a českém kontextu. Právní fórum, 2008, č. 5, s. 185-186.

Objektivní ospravedlnění může být v konkrétních případech postaveno na několika základech.¹⁰

(1) Prvním z nich je obrana založená na objektivní nutnosti.¹¹ Konkrétní jednání tedy může být dáno okolnostmi, které nelze ovlivnit, nepramení z dominantova chování.¹² Například vcelku závažné zabraňovací jednání – odmítnutí dodávek – může být prostým důsledkem faktu, že nejsou k dispozici žádné produkční kapacity a tedy dodávka není objektivně možná.¹³

(2) Druhým možným důvodem je oprávněná obrana dominantových oprávněných obchodních zájmů. Jedná se o přiměřené kroky v reakci na chování konkurentů.¹⁴

Tuto kategorii je možno ještě diferencovat. Jednak jde o prostou odpověď na závadné jednání svých obchodních partnerů, např. zneužitím dominance zjevně není, pokud podnik přestane produkt dodávat proto, že odběratel za něj přestal platit¹⁵. Podobně pokud porušuje další smluvní podmínky, pokud spolupráce s ním ohrožuje dominantovu reputaci, pokud se podnik stal mimořádně rizikovým např. zahájeným insolvenčním řízením apod.¹⁶

Do této skupiny patří i reakce charakteru soutěžního boje, kdy jde o jednání vyprovokované tržním chováním konkurentů.¹⁷ Důležitým testem je, zda jsou dominantovy kroky

¹⁰ Detailní analýzu problematiky přináší O'Donoghue, R., Padilla, A. J. cit. dílo s. 228-234. Použitá kategorizace vychází ze standardního členění, využitého i v Diskusním materiálu (body č. 77-92) – tam jsou ovšem objektivní ospravedlnění a přínosy (efficiencies) uvedeny jako dvě kategorie na stejné úrovni obecnosti. Pro následující výklad se přebírá, ovšem v rozvinuté a pozměněné podobě, integrující klasifikace se zahrnutím efficiencies jako jednoho z možných základů pro objektivní ospravedlnění.

¹¹ Slovy Diskusního materiálu „*objective necessity defence*“, srov. jeho bod č. 78.

¹² Nelze v nich tedy spatřovat *zneužívající záměr*; přestože mezi jednáním samotným a eventuálním poškozením soutěže by kauzální vazbu vystopovat možné bylo. Chybí ale element *zneužívajícího uplatnění* tržní síly.

¹³ Srov. Van Bael, I., Bellis, J. F. cit. dílo s. 355 (zde uveden případ Filtrona/Tabacalera, který zmiňuje 15. zpráva o soutěžní politice – XVIIth Report on Competition Policy, 1989, bod č. 61). Jako abstraktní schéma je obrana objektivní nutností zřejmá. V realitě ovšem bude i zde docházet k velmi složitým důkazním problémům. Případy *omezené kapacity* budou těmi spíše jednoduššími. Objektivní nutnost ovšem může být opřena také o další jednotlivosti – *bezpečnostní důvody*, otázky *zajištění dostatečné kvality*, *nerentabilitou* apod. Pak je třeba nespolehat pouze na argumentaci uvedenou dominantem, ale prověřit jejich skutečnou objektivitu (zda nedochází pouze k manipulaci a hledání rádooby objektivních důvodů, které jsou přitom jen rouškou pro zneužívající odmítnutí dodávek). Tamtéž s. 228. Příklad nabízí případ *Frankfurt Airport* (věc *FAG-Flughafen Frankfurt/Main AG*, OJ 1998 L 72/30), kde podnik argumentoval bezpečnostními riziky, které však Komise po důkladnějším zkoumání technickými experty odmítla jako neopodstatněné. Obdobně uveden příklad ve věci *Eurofix-Bauco v Hilti*, OJ 1988 L 65/19.

¹⁴ Judikatura užívá pojem „*reasonable steps*“ to protect its own commercial interests. Srov. např. *United Brands*. Citován bývá (Raus, D., Neruda, R. Zákon o ochraně hospodářské soutěže. Komentář a souvisící české i komunitární předpisy. 2. vydání. Praha : Linde Praha, 2006, s. 175, Munková, J. in Munková, J., Svoboda, P., Kindl, J. cit. dílo s. 173) též případ *British Plaster Board* (rozsudek T-65/89, *BPB Industries and British Gypsum v Commission* [1993] ECR II-389).

¹⁵ Známy je případ *Východočeská energetika*, kdy šlo o přerušení dodávek elektrické energie jako reakci na zastavení plateb záloh. Srov. rozhodnutí předsedy Úřadu R 35/2002 ze dne 6. 5. 2003, kterým zrušil rozhodnutí Úřadu S 67/02 ze dne 20. 5. 2002.

¹⁶ Van Bael, I., Bellis, J. F. cit. dílo s. 355.

¹⁷ *Diskusní materiál* používá pro tuto skupinu termín „*meeting competition defence*“, přičemž ji úzce vztahuje výhradně k cenovým praktikám. Srov. bod č. 81.

proporcionální vzhledem k hrozbě, která byla konkurenčním jednáním vyvolána, při zohlednění ekonomické síly zúčastněných podniků.¹⁸ Musí být tedy splněny podmínky účelnosti, nezbytnosti a přiměřenosti.

Relevantním faktorem v testu přiměřenosti je i obvyklost chování v daném odvětví, vzhledem k intenzitě a agresivitě soutěže na trhu.

(3) Třetí možností je ospravedlnění poukazem na zefektivnění, přínosy efektivitě (efficiencies), které posuzované jednání má přinést. Protisoutěžní účinek má tedy být vyvážen zvýšením efektivity přínosným pro spotřebitele. Jde o nejvíce kontroverzní, aplikačně patrně nejméně uchopitelnou ze třech uvedených možností. Vyžaduje velmi choulostivé vyvažování pro- a proti-soutěžních efektů daného jednání.¹⁹

Diskusní materiál konstituuje podmínky uplatnění této „obrany“ v podobě efficiencies analogicky k čl. 81 odst. 3 SES. Jedná se o zřejmou paralelu, vycházející ze čtyř kumulativních podmínek:²⁰

- (a) zefektivnění musí být realizováno, nebo alespoň pravděpodobně realizováno, jako důsledek posuzovaného jednání;
- (b) jednání je k dosažení zefektivnění nezbytné;
- (c) zefektivnění je ku prospěchu spotřebitelů;
- (d) soutěž ohledně podstatné části dotčených produktů není eliminována.

Při současném naplnění těchto podmínek se má za to, že jednání svými účinky není protisoutěžní, ale naopak samotnou podstatu soutěžního procesu podporuje, neboť spotřebitelům se dostanou lepší produkty za nižší ceny.²¹ Tak alespoň zní oficiální účel.

¹⁸ Srov. rozhodnutí ve věci *United Brands*.

¹⁹ Což se obtížně provádí *ex post*, natož pak *ex ante*. Výstižně to popisuje A. Melamed in Melamed, A. D. Exclusionary Conduct Under the Antitrust Laws: Balancing, Sacrifice, and Refusals to Deal. *Berkley Technology Law Journal*. 2005, vol 20:1247, č. 1, s. 1252-1253 [citováno 15. srpna 2008]. Dostupný z http://www.btlj.org/data/articles/20_02_06.pdf: „Co se týče *teorie*, problém vylučovacích praktik nijak složitý není. (...) Vypočítáme velikost *pozitivních* přínosů – zvýšení spotřebitelského blahobytu díky nižším cenám a vyšší kvalitě, případně zvýšení celkového blahobytu díky úsporám nákladů, potom vypočítáme *negativní* účinky vyplývající z likvidace konkurentů na trhu (...) Pokud to druhé je větší než první, jde o zakázané jednání.“ Jak autor uvádí, „pokud by hospodářské subjekty a aplikující orgány byly vševědoucí, dávalo by to dobrý smysl.“ Nutno dodat, že vševědoucí samozřejmě nejsou, a v turbulentním světě dneška se jakákoliv schopnost předvídat účinky konkrétního jednání spíše neustále snižuje. Autor pokračuje (s. 1254): „Od dominantního podniku nelze očekávat, že bude v reálném čase, *ex ante*, vědět, zda jeho zefektivnění přinášející jednání způsobí neproporcionální újmu jeho rivalům nebo spotřebitelům, protože aby toto mohl vědět, musel by vědět mnohem víc, než lze od něj oprávněně očekávat o spotřebitelské poptávce, nákladech konkurentů, o vyhlídkách na inovace, možných vstupech do odvětví apod. Z tohoto pohledu, takovýto komplexní balancující test by buď musel být ignorován, nebo by to vedlo k nesmírným transakčním nákladům (představujícím zvláštní zdanění podniků *sui generis*), nebo by to vedlo k extrémně přehnané opatrnosti. Je pramálo důvodu k tomu očekávat, že vyvažovací test vytvoří *optimální ex ante* stimuly tržnímu chování.“ [kurzíva doplněna]

²⁰ Viz *Diskusní materiál* bod č. 84. Blíže k jednotlivým položkám pak body č. 85-92. Srov. též Faull, J., Nikpay, A. cit. dílo s. 418.

²¹ Tak *Diskusní materiál* bod č. 84.

(a) První bod předpokládá, že zefektivnění přispívá ke zlepšení produkce nebo distribuce zboží, nebo k podpoře technického či hospodářského rozvoje, například zlepšením kvality produktů nebo dosažením úspor nákladů aj. Možnosti jsou otevřené a je deklarováno, že podnik může vznést teoreticky jakýkoliv druh zefektivnění a soutěžní orgán je zhodnotí.²²

(b) Druhá položka předpokládá jasnou vazbu mezi jednáním a dosaženým zefektivněním. Jednání musí být pro to nezbytné, nepostradatelné. Nesmí existovat jiná, méně protisoutěžní praktika, kterou by bylo možné ke stejnému účelu využít.

(c) Třetí, nejobtížnější (a v praxi aplikačně velmi obtížně posouditelná) podmínka je, že dominant by měl prokázat, že zefektivnění převáží nad negativními důsledky omezení soutěže, a to pro spotřebitele.

(d) Poslední bod zahrnuje negativní předpoklad – soutěž ohledně podstatné části dotčených produktů nesmí být eliminována. Pokud by se tak stalo, pak dle Komise není pochyb o tom, že krátkodobé přínosy jsou převáženy důsledky vyplývajícími z nastalého stavu na trhu.

Je otázkou, jak široce má být tato podmínka interpretována (spolu s podmínkou třetí), resp. jakou míru „eliminace“ podstatné části soutěže je možno ještě akceptovat.

Komise uvádí, že „ochrana rivality mezi podniky a soutěžního procesu má před prosoutěžním zefektivněním přednost.“²³ Je podstatné (a správné), že Komise uvádí takto jasnou deklaraci. V jaké konkrétní podobě by se ale k aplikaci přistupovalo v jednotlivých případech, při hledání oné konkrétní mňavé hranice, kdy již tato rivalita a soutěžní proces je v podstatné míře ohrožen, toť otázka otevřená a do nejvyšší míry odvislá od ekonomické doktríny zastávané tím kterým aplikujícím úřadem.

III.

Celý posun aplikace čl. 82 SES blíže k čl. 81 odst. 3 SES je vskutku rafinovaným problémem. Jak se ale zdá, evropská aplikační praxe se touto cestou velmi pravděpodobně vydá.

Je třeba si znovu uvědomit, že pokud se již zabýváme úvahami o ospravedlnění zneužívajícího jednání dominanta, pohybujeme se na již oslabeném soutěžním trhu. V úvodních fázích (viz předchozí kapitoly) jsme zkoumali, a následně velice přísně hodnotili, zda konkrétní relevantní trh nepostrádá funkční autokorekční mechanismy. Pokud jsme dospěli k názoru o dominantním postavení na něm, akceptujeme tedy konzistentně s tím i v tomto stadiu aplikace, že postrádá (jinak nemůže jít o dominantní postavení a tedy ani o jeho zneužití vůbec).

²² Tamtéž, bod. 85. I tato formulace posiluje celkový dojem, který svědčí o tom, že navržená podoba zohlednění efficiencies je velmi *případově*, negeneralizovatelně zaměřena. K podrobnějšímu obsahu pojmu efficiencies, který je klíčovým i pro oblast kontroly koncentrací srov. Bejček, J. Fúze a „efficiencies“. In Sborník příspěvků z mezinárodní konference studentů doktorského studijního programu Obchodní právo Ekonomické aspekty právní úpravy a jejího výkladu, Brno : Masarykova univerzita, 2006, s. 18-42; Bejček, J. Spory o přínosy fúzí. Právní fórum, 2006, č. 2, s. 39 a násl. Srov. též Luescher, Ch. Efficiency Considerations in European Merger Control - Just Another Battle for the European Commission, Economists and Competition Lawyers? E.C.L.R., 2004, č. 2, s. 72- 88.

²³ Tamtéž, bod č. 91.

Je tedy jádrem problému, zda zefektivnění na straně dominanty, které přinese okamžité užítky spotřebiteli, je dostatečně pádným argumentem pro omezení již tak oslabeného soutěžního tržního mechanismu, který tyto užítky přináší v dlouhodobém měřítku²⁴ – přičemž je takto přináší jako nástroj nenahraditelný (díky hnací síle konkurenčního tlaku, alespoň určité inovační, částečně i cenové rivalitě, možnosti výběru atd.).²⁵

Nelze tedy k tomuto problému přistupovat s příliš hrubou silou. Jednoznačně se ke krátkozraké preferenci okamžitého zefektivnění před eliminací (Diskusní materiál hovoří o „eliminaci“, nikoliv jen o „narušení“) nenahraditelné moci soutěže, přiklonit nelze.²⁶

Citlivější přístup vyžaduje vztáhnout zefektivnění pouze k těm otázkám dominance, které se efektivity týkají.

Jestliže jsme v předchozích kapitolách velký důraz kladli na dynamickou stránku soutěžního procesu, do značné míry determinovanou překážkami vstupu a tržní expanze, je takové pojetí třeba zohlednit i na tomto místě.

Nebezpečí upřednostnění okamžitých zefektivnění před omezením soutěže je tím větší, čím více je dynamická stránka soutěže určována překážkami nesouvisejícími s efektivitou, resp. s tendováním trhu k rovnováze.

Rozlišili jsme překážky vstupu a expanze na takové, které s optimalitou souvisí a spoluvytvářejí jakési „efektivnostní síto trhu“, a takové, které pramení z jiných faktorů. Na obou dvou typech překážek přitom mohou spočívat kořeny tržní síly na daném trhu; oba však mají jiný vztah k efektivnosti trhu. I tyto aspekty by proto měly být při hodnocení eficientnosti relevantní.

Na trzích, kde pro kvalifikaci dominance převažují mezi bariérami soutěže překážky II. typu (tedy v podstatě náklady vstupu), zdá se být navržený koncept zefektivnění (obežetně)

²⁴ Přičemž Komise argumentuje z časového hlediska pro preferenci prvního. Neboť, jak konstatuje *Diskusní materiál* v bodě č. 89, „hodnota přínosů dosažených v budoucnosti není ta samá, jako hodnota přínosů dosažených okamžitě. Obecně, čím dále v budoucnosti se mají přínosy projevit, tím menší váhu jim Komise přisoudí.“ Z čistě ekonomického hlediska je tento postoj jistě logický, plně to odpovídá teorii diskontování budoucích výnosů. Trochu příliš zjednodušeně se však dle mého operuje se zcela kvalitativně jinými veličinami – zefektivnění (v podobě materiálních, zpravidla peněžně vyjádřitelných veličin) na straně jedné a soutěžní proces (což je poněkud abstraktnější „veličina“) na straně druhé. Banální diskontace přínosů (s vidinou jejich finančně artikulovatelné podoby) je trochu příliš pravověrným spoléháním na mesiášské schopnosti ekonomického pohledu na svět. Při posuzování natolik kvalitativně odlišných aspektů bude staromódní, nekvantifikovatelný, ale právě proto možná příhodnější právní přístup zřejmě přeci jen k nezaplacení. Jednoznačně ve prospěch dlouhodobějšího pohledu a upřednostnění ochrany soutěže jako procesu před krátkodobými efekty se vyslovuje Mertikopoulou, V. *DG Competition's Discussion Paper on the Application of Article 82 EC to Exclusionary Abuses: the Proposed Economic Reform from a Legal Point of View*. E.C.L.R. 2007, č. 4, s. 251.

²⁵ To Komise výslovně uvádí (*Diskusní materiál*, bod č. 88): „Komunitární soutěžní pravidla chrání soutěž jako prostředek pro zvyšování spotřebitelského blahobytu.“ Srov. též bod č. 90, kde se přímo hovoří o „soutěžním tlaku stávajících konkurentů a těch, kteří mohou na trh vstoupit“. Bod č. 91 pak explicitně popisuje „rivalitu mezi soutěžiteli jako esenciální hnací sílu ekonomické efektivity, včetně dynamické efektivity v podobě inovací.“

²⁶ Podobné obavy vyslovuje např. Mertikopoulou, V. cit. dílo s. 247. Jednoznačné obavy vyslovuje též J. Bejček in Bejček, J. *Cenová diskriminace a tzv. dvojí ceny v evropském a českém kontextu*. Právní fórum, 2008, č. 5, s. 185: „Soutěžní prostředí (oslabitelné odchodem – třeba méně efektivního – konkurenta) je totiž dlouhodobým *ex ante* regulativem chování dominanty, jehož role by neměla být prostě jen tak „vyměněna“ za kdejaký krátkodobý přínos spotřebiteli.“

aplikovatelný, neboť je vlastně jen pokračováním stávajícího směru, v souladu s (modifikovanou) doktrínou stejně efektivního soutěžitele v zásadě koherentní.

Na trzích, kde naopak dominantní pozice pramení z překážek I. typu (např. jde o státně podporovaný, administrativně zvýhodněný podnik), je koncept spíše nebezpečný, měl-li by být aplikován striktně.

Na definitivní hodnocení je však prozatím brzy, o konečnou podobu právní úpravy nejde a ani diskuse o této problematice zdaleka není u konce (a pravděpodobně půjde, vzhledem ke své fundamentální povaze, o diskusi z kategorie těch nekončících nikdy).

IV.

Související otázkou je ještě důkazní břemeno; je nutné se ptát, kdo nese povinnost důvody objektivního ospravedlnění přinášet.

„Důkazní břemeno“ v tomto smyslu má dle Diskusního materiálu nést dominantní soutěžitel.²⁷ To ovšem nelze shledat příliš korektním.²⁸ Zavání to nepatrně inkvizičním přístupem k řízení, kdy subjekt musí dokazovat, že něco neprovedl.

Zpravidla bude samozřejmě obrana v jeho zájmu. Je také nutné zohlednit, že nikdo jiný než on sám většinu potřebných důkazů a dat stejně zpřístupnit nemůže, takže prokázání relevantních skutečností pro zneužívající jednání není bez spolupráce ze strany dominanta představitelné.

Nicméně, přeci jen by bylo právně „čistší“, kdyby měl podnik pouze povinnost potřebné údaje poskytnout a (ve vlastním zájmu) poskytnout veškerou vyžadovanou součinnost, ovšem samotné zkoumání a náležité vyhodnocení nejen protisoutěžních, ale i prosoutěžních efektů, by bylo primárním úkolem vynucujícího orgánu.

Právo přinášet veškeré argumenty na svoji „obhajobu“ by mu samozřejmě náleželo bezesbytku. Šlo by však zároveň i o povinnost aplikujícího orgánu.

V. OBJEKTIVNÍ OSPRAVEDLNĚNÍ V PŘÍPADĚ PREDÁTORSKÝCH CEN

V případě predátorských cen je jedním z nejčastějších argumentů, že daná cenová strategie nemá jiný ekonomický smysl, než vytlačení konkurenta a omezení soutěže na daném trhu. Zcela logická úvaha se ptá po důvodech, které soutěžitele vedou k prodeji produktu za cenu pod samotnými náklady na jeho vytvoření. To totiž nutně vede k vyvolání ztrát z těchto samotných prodejů.

Právě posouzení onoho „ekonomického smyslu“ je příležitostí pro ilustraci pojmu objektivního ospravedlnění na konkrétním případě zneužívající praktiky.

²⁷ Viz *Diskusní materiál*, bod č. 77. Obecně to zmiňuje i *Zpráva EAGCP* s. 4.

²⁸ Tento aspekt návrhu Komise bývá terčem kritiky často. K Diskusnímu materiálu je k dispozici celá řada kritických názorů, které byly publikovány v rámci diskuse nad jeho podobou (dostupné na <http://ec.europa.eu/comm/competition/antitrust/art82/contributions.html>) Řada z nich právě otázku důkazního břemene zmiňuje. Srov. např. Linkartes. cit dokument s. 3, 8-9.

Při příliš zúženém chápání tohoto ekonomického smyslu totiž snadno dospějeme k závěru, že jednání nemůže sledovat jiný účel, nežli predátorskou likvidaci konkurentů a tím i posílení dominantního postavení. Je tedy třeba hledat optimální přístup k možným motivům cenových strategií, byť by šlo i o motivy soutěžně poněkud agresivnější. Teprve pokud hledáme a posuzujeme důkladně všechny možnosti, můžeme závěr o protisoutěžní povaze jednání skutečně ekonomicky obhájit.

Za znaky predátorského chování považujeme:

- (1) dominantní postavení jednajícího,
- (2) nastavení cen (plošným oceněním, selektivním cenovým cílením nebo cenovým balíčkováním) na nepřiměřeně nízkou úroveň, která jemu i ostatním soutěžitelům působí nevyhnutelné ekonomické ztráty,
- (3) záměr tyto ztráty posléze vynahradit těžíc z
- (4) omezení soutěže na relevantním trhu, které je jednáním způsobeno (tento bod tedy již implicitně obsahuje nastavení nepřiměřených cen po takovou dostatečně dlouhou dobu, aby mohlo být dosaženo potřebného omezení soutěže v takové intenzitě, aby utrpěné ztráty umožnilo vynahradit.)
- (5) Třetí a čtvrtý bod také implikují, že jednání je uskutečněno za neexistence objektivního ospravedlnění.

Uvědomíme-li si podstatu uvedeného jednání, lze stručně zkonstatovat, že fakticky nejde o nic jiného, než o mimosoutěžní souboj spočívající v prosté převaze finanční síly.

Jelikož kruciólním faktorem je zde schopnost přestát období dlouhodobých finančních ztrát, zaujímá zde mimořádný význam právě toto kritérium, které patří mezi faktory dominance – finanční síla podniku.

Ve známém případě AKZO jsme mohli pozorovat zavedení vcelku jasných a na první pohled srozumitelných pravidel, která se alespoň částečně blížila předvídatelnému, aplikačně přívětivému per se přístupu – rozhodnutí implikuje, že ceny pod úrovní AVC budou z hlediska soutěžního práva závadné (per se zákaz), naopak ceny nad ATC by neměly činit jakýkoliv problém (safe harbour). Další vývoj judikatury však všechna tato pravidla zrelativizoval a dnes již rozhodně nemá valného smyslu se na jejich obecnou platnost spoléhat.

- (1) Jednak se postupně upouští od používání testu průměrných variabilních nákladů (přesnějším benchmarkem jsou náklady odvrátitelné – avoidable costs AAC),
- (2) všechna cenová pásma jsou již nyní také otevřená pro hledání výjimek, neboť existuje obecná možnost objektivního ospravedlnění, včetně úrovně pod AVC,
- (3) predátorské jednání je nutno posuzovat vždy v souvislosti s dalšími prvky jednání dominantanta, pokud je komplexnější a tedy samostatné pravidlo pouze pro predátorskou cenu nelze ustavit.

Soutěžní orgány se vypořádávají s náročností prokazování predátorské povahy jednání, protože se snaží hledat stále přesnější hlediska, která by zneužívající prvek pomohla objektivně odhalit.

Možnost zdůvodnění poukazem na objektivní ospravedlnění existuje ve všech případech zdánlivě zakázané praktiky.²⁹ Bohužel však přehled důvodů, které budou aplikující orgány brát v potaz deklarován nebyl.³⁰

Nicméně mechanistické lpění na cenově-nákladových testech ustupuje a vývoj směřuje směrem k mnohem flexibilnějšímu pojetím, které zohledňuje strategické a behaviorální elementy podnikatelského chování.³¹ Navíc, řada nových technologických a informačních odvětví tzv. nové ekonomiky vyžaduje přeci jen poněkud jiný přístup, než který (dobře) posloužil na tradiční průmyslová výrobní odvětví.³²

Je možno uvést tyto konkrétní důvody objektivního ospravedlnění v případech predátorských cen, které přicházejí v úvahu.³³

(1) První z možností, jak vyvrátit domněnku o predátorské povaze jednání se opírá o jeho pouhou reaktivní podstatu – tedy že nejde o vylučovací praktiku, nýbrž naopak o defenzivu vyprovokovanou dřívějšími kroky rivalů. To bývá označováno jako tzv. meeting competition defense.³⁴

²⁹ A v procesu modernizace tento trend bude jednoznačně potvrzen, ne-li spíše posílen. Srov. *Zpráva EAGCP* s. 50 a násl. a *Diskusní materiál* bod č. 110 hovoří o možných výjimkách i v případě prvního AKZO pravidla. Stejně tak zcela jasně a výslovně bod č. 130.

³⁰ Pouze částečné *negativné vymezení* vyplývá z Diskusního materiálu bod č. 133, které *zpochybňuje* možnost objektivního ospravedlnění poukazem na *efficiencies*. Komise zde totiž pochybuje, že by bylo možno dle navrženého čtyřbodového testu, který by se měl na zefektivnění uplatnit, jakoukoliv predátorskou praktiku obhájit.

³¹ K tomu viz Bolton, P., Brodley, J. F., Riordan, M., H. *Predatory Pricing: Strategic Theory and Legal Policy*. [citováno 31. 8. 2008]. Dostupný z http://www.usdoj.gov/atr/public/hearings/single_firm/docs/218778.pdf. Bolton, P., Brodley, J. F., Riordan, M., H. *Predatory Pricing: Response to Critique and Further Elaboration*. The Georgetown Law Journal. 2001, č. 8, s. 2496-2529 [citováno 31. 8. 2008]. Dostupný z http://findarticles.com/p/articles/mi_qa3805/is_200108/ai_n8977345/print. Grout, P. A. cit. dílo. O'Hagan, L. *Predatory Pricing: A New Theory*. [citováno 31. 8. 2008]. Dostupný z <http://www.tcd.ie/Economics/SER/sql/download.php?key=181>.

³² O'Donoghue, R., Padilla, A. J. cit. dílo s. 284, též s. 269-274.

³³ Následující přehled nejrelevantnějších důvodů, které přichází u predátorských cen v úvahu, je čerpán jednak z Diskusního materiálu (který je zmiňuje v bodech č. 130-133), tak z řídké odborné literatury k tomuto tématu (stručně se k důvodům objektivního ospravedlnění vyjadřuje Faull, J., Nikpay, A. cit. dílo s. 379; Bishop, S., Walker, M. cit. dílo s. 232; Bellamy, Ch., Child, G. cit. dílo s. 961; Raus, D., Neruda, R. *Zákon o ochraně hospodářské soutěže. Komentář a souvisící české i komunitární předpisy*. 2. vydání. Praha : Linde Praha, 2006 s. 187; Bejček, J. in Eliáš, K., Bejček, J., Hajn, P., Ježek, J. a kol. cit. dílo s. 456; obsáhleji Bolton, P., Brodley, J. F., Riordan, M., H. *Predatory Pricing: Strategic Theory and Legal Policy*. [citováno 31. 8. 2008]. Dostupný z http://www.usdoj.gov/atr/public/hearings/single_firm/docs/218778.pdf s. 45 a násl. a především O'Donoghue, R., Padilla, A. J. cit. dílo s. 283-302.). Některé důvody obsahují také nejnovější kanadské guidelines pro predátorské ceny *Predatory Pricing. Enforcement Guidelines*. 2008 [citováno 31. 8. 2008]. Dostupný z [http://www.competitionbureau.gc.ca/epic/site/cb-bc.nsf/vwapj/Predatory_Pricing_Guidelines-e.pdf/\\$file/Predatory_Pricing_Guidelines-e.pdf](http://www.competitionbureau.gc.ca/epic/site/cb-bc.nsf/vwapj/Predatory_Pricing_Guidelines-e.pdf/$file/Predatory_Pricing_Guidelines-e.pdf).

³⁴ Pojem zná jak oficiální praxe (srov. *Diskusní materiál* bod č. 132), tak literatura (srov. např. O'Donoghue, R., Padilla, A. J. cit. dílo s. 284).

Na dominovaných trzích pochopitelně k prudkým soutěžním bojům „tělo na tělo“ zpravidla nedochází, stěží by tak takový trh mohl být označen jako dominovaný, ovšem určitá zbytková úroveň soutěže samozřejmě vyloučena není. A její intenzita se může v průběhu času měnit, rozhodně nejsou pokusy o „prolomení“ pozic ze strany ostatních soutěžitelů teoreticky vyloučeny.

V takových případech, kdy se konkurenti odhodlají k agresivní cenové soutěži, nelze od žádného podniku, ani od dominantního, očekávat, že bude nečinně přihlížet, jak se jeho tržní pozice rozkládá.³⁵

I evropská aplikační praxe jasně připustila nezpochybnitelné právo dominantního podniku hájit své zájmy, pokud se tak stane v reakci na chování konkurentů a podniknuté kroky budou přiměřené.³⁶

Oprávněnost tohoto ospravedlnění je nesporná a široce akceptovaná, konkrétní podrobné okolností, za kterých k takové reakci lze přistoupit a míra, v jaké je dovolena, však obecně popsatelná není.

Rozhodujícím bude jistě fakt, zda jde o úroveň cen pod AAC, nebo nad nimi. V obou případech by měla být taková soutěž v zásadě povolena, v případě pásma prvního AKZO pravidla však pouze s výjimečnou ostražitostí.³⁷

(2) Další přirozenou obchodní strategií jsou krátkodobé propagační akce. Nesporně patří k běžné cenové soutěži, v obecné rovině není důvod, proč by měly být dominantnímu podniku odepřeny. I zde pochopitelně hraje roli několik podstatných omezení.³⁸

Již z názvu plyne limitace časová – musí jít o pouze krátkodobou nabídku. Krátkodobost se bude poměřovat objektivními kritérii s ohledem na účel propagační nabídky. Tím je zpravidla snaha nechat zákazníky produkt si vyzkoušet, seznámit se s ním, osobně ověřit jeho kvality a případně k němu získat vztah, což se vše obrazí v následných běžných prodejkách.³⁹

Délka doby propagační nabídky by tedy měla odpovídat době nutné pro toto seznámení se s produktem a ověřením jeho charakteristik. To se bude samozřejmě odvíjet od odvětví lišit,

³⁵ O'Donoghue, R., Padilla, A. J. cit. dílo s. 285.

³⁶ Srov. již cit. případy *United Brands, Tetra Pak II, Napier Brown/British Sugar*. V rozhodnutí *Irish Sugar plc*, OJ 1997 L 258/4, čl. 134 Komise konstatuje: „Není pochyb o tom, že dominantní podnik je oprávněn bránit svou pozici soutěžením s ostatními podniky na relevantním trhu.“

³⁷ Zásadní přípustnost meeting defence ve všech cenových pásmech akceptuje i *Diskusní materiál* bod č. 132. Uvádí se ale, že ve výši pod AAC „obvykle připuštěna být nemůže“. Přesto, i zde jsou důvody, kdy takto nízké ceny mohou být oprávněné, bez záměrného protisoutěžního vylučovacího účinku. Literatura zmiňuje případ síťových odvětví jako jsou internetové připojení či mobilní telefonie nové generace, kdy dodavatelé mohou zpočátku čistě prodělávat, ovšem s vidinou pozdějších legitimních zisků pramenících ze služeb, které rozšíření jejich produktů umožní. Blíže O'Donoghue, R., Padilla, A. J. cit. dílo s. 287-288. Komise proto v obecné rovině trvá na tom, aby dominantova reakce byla *vhodná, nezbytná a přiměřená* („suitable, indispensable and proportionate“).

³⁸ Srov. O'Donoghue, R., Padilla, A. J. cit. dílo s. 291-292.

³⁹ Viz Bolton, P., Brodley, J. F., Riordan, M., H. *Predatory Pricing: Strategic Theory and Legal Policy*. [citováno 31. 8. 2008]. Dostupný z http://www.usdoj.gov/atr/public/hearings/single_firm/docs/218778.pdf s. 49-50.

když některé spotřební zboží lze poznat a zhodnotit relativně rychle (např. potraviny)⁴⁰, zatímco jinde je třeba výraznější doby k měření vlastností a kvalit produktu (průmyslová výroba, technologie aj.) Význam může mít také velikost nákladů na změnu dodavatele, tzv. switching costs.

Prostá izolovaná limitace délky trvání nabídky by postrádala smysl, nebyla-li by doplněna o vliv četnosti nabídek. Je zřejmé, že byť krátkodobé, avšak neustále se opakující, a tedy svým celkovým dopadem v podstatě permanentní, akce mohou mít predátorský účinek podobný, jako plošné nastavení cen. Je tedy třeba vzít v úvahu vždy kumulativní účinek všech nabízených akcí za delší období.

Samotná propagační nabídka nemůže „přebít“ všechny ostatní důkazy v případě, že predátorské chování lze vyvodit z jiných skutečností. Tam, kde lze prokázat jasný vylučovací plán, ve kterém propagační nabídka sehrála roli nástroje predátorské strategie, je nutno samozřejmě tyto důkazy hodnotit ve vzájemném vztahu.⁴¹

(3) Tradičně se mezi případy objektivního ospravedlnění uvádí likvidace skladových zásob.⁴²

V případě zastaralých⁴³, kazících se či expirovaných zásob je jejich prodej za jakoukoliv cenu mnohdy lepší než všechna ostatní řešení. Je zcela oprávněným ekonomickým prostředkem minimalizace ztráty, která by jinak pramenila z jejich úplného odpisu a nutnosti fyzické likvidace, případně kterou by vyvolávala potřeba dalšího skladování.

(4) Legitimní obchodní strategií zahrnující mimořádně nízké ceny je také praktika, kterou lze nazvat „cenová vábnička a návazné prodeje“.

Jde o marketingovou strategii týkající se pouze podniků, které nabízejí širší sortiment zboží či služeb. Smysl totiž taková praktika má pouze pokud se zohlední celá šíře sortimentu, nelze na podnákladové ocenění hledět izolovaně.

Smysl spočívá v tom, že cena jednoho (či několika málo) produktů, nejlépe jedněch z nejvíce exponovaných a lákavých, se stanoví velmi nízko, zatímco cena ostatních produktů je běžná,

⁴⁰ Viz tamtéž s. 50 a násl. Autoři zde uvádějí ilustrativní příklad nazvaný „Tasty-Frozen Pizzas“. Výrobce pizz přichází s novým, netradičním, ale mnohem lepším druhem sýra, který však pizzu vcelku *prodražuje*. Jelikož zákazníci jsou k samozvaně „novým a lepším“ produktům dle provedeného výzkumu zdrženliví, obzvláště pokud musí zaplatit více, rozhodl se výrobce pro několikátýdenní *propagační slevovou akci* (doprovázenou reklamní kampaní), aby zákazníci přiměl nový dražší produkt ochutnat a přesvědčit se, že vyšší cena je oprávněná a že připlatit si rozhodně bude stát za to. Později byla cena stanovena na běžnou vyšší úroveň, ovšem zákazníci, kteří produkt již poznali a byli spokojeni, zůstali loajální. Investované prostředky se tedy díky pozdějším prodejům výrobci vrátily.

⁴¹ Tak v britském případě *Aberdeen Journals Limited v Office of Fair Trading* [2003] CAT 11 (cit dle O'Donoghue, R., Padilla, A. J. cit. dílo s. 292) byla shledána zneužívající měsíc trvající cenová akce na úrovni pod AVC, přičemž bylo prokázáno, že dominant se snažil přimět oběť predátorství buď k odchodu z trhu, nebo k odprodeji podniku samotnému dominantovi.

⁴² Srov. Faull, J., Nikpay, A. cit. dílo s. 379; Bishop, S., Walker, M. *Economics of EC Competition Law: Concepts, Application and Measurement*. London : Sweet & Maxwell, 2002, s. 232; O'Donoghue, R., Padilla, A. J. cit. dílo s. 302; Raus, D., Neruda, R. *Zákon o ochraně hospodářské soutěže. Komentář a souvisící české i komunitární předpisy*. 2. vydání. Praha : Linde Praha, 2006 s. 187; Bejček, J. in Eliáš, K., Bejček, J., Hajn, P., Ježek, J. a kol. cit. dílo s. 456; *Diskusní materiál* bod č. 131.

⁴³ A to ať již technicky (nekompatibilita s novými standardy, nemodernost vůči novějším typům) nebo vkusově (v případě módního zboží po příslušné sezóně či módní vlně).

nebo dokonce mírně vyšší. Cílem samozřejmě je přilákat zákazníky k oferentovi na uvedené nižší ceny, které jsou využity jako „vábnička“ dalších nákupů.⁴⁴ Musí být oprávněně očekávatelné, že zákazníci si při příležitosti opatření zlevněného produktu nakoupí i nezanedbatelné množství produktů dalších, které podnik nabízí také (přičemž zákazníci mohou být v domnění, že jejich ceny jsou výhodné také). Pak mohou být ztráty utržené podnákladovým prodejem v celkovém součtu vyrovnány, resp. překonány.⁴⁵

Účelem tedy není ani tak podpora prodeje konkrétního výrobku, jako spíše přivábění zákazníka k podniku jako takovému, za účelem prodeje návazných.

Známa je tato taktika zejména u maloobchodních řetězců⁴⁶, kde obrovská šíře sortimentu a také charakter spotřebního chování úspěšnému uplatňování výrazně napomáhají. Může však využitelná i kdekoliv, kde jsou na primární produkt „nabaleny“ doplňkové služby, servis, leasing apod. Dobře představitelná je i u nových informačních technologií, kde může být velmi výhodné „investovat“ do rozšíření určité technologie, která bude následně využívána jako prostředek pro distribuci nejrůznějších služeb (přenos informací, multimédia, mobilní finanční služby atp.)

U dominantních podniků je taková obrana přesto více než ošidná. Podobná akce v jejich podání může totiž být také právě oním čirým predátorstvím, kde možnost zisků z následných prodejů je tím, co lze označit za recoupment, spojený s křížovým financováním. Proto u dominantních praktik je nutno přistupovat k takovým vysvětlením opět jedině v souladu se zásadou přiměřenosti⁴⁷, nezbytnosti, výsledek musí být opodstatněný a podložený rozumným očekáváním a soudit se musí vždy s ohledem na další okolnosti a důkazy.⁴⁸

(5) Kontroverzní je i objektivní ospravedlnění v podobě poukazu na zefektivnění, které bude pramenit z tržní expanze. Jde tedy o efficiencies spojené s tržním růstem.⁴⁹

⁴⁴ Srov. *Loss-Leading And „Follow On“ Revenues* in O'Donoghue, R., Padilla, A. J. cit. dílo s. 296-300.

⁴⁵ Otázka, zda ale jde o *obecně výhodnou* marketingovou techniku, není v teorii rozhodně jednoznačně zodpovězena. Srov. studie Hess, J., Gerstner, E. *Loss Leader Pricing and Rain Check Policy*. *Marketing Science*, 1987, č. 4, s. 358-374. Lal, R., Matutes, C. *Consumer Expectations And Loss-Leader Pricing in Retail Stores*. Stanford University Graduate School of Business Research Paper No. 1142. Naopak některé empirické studie nenaznačují, že by uvedené strategie vedly k vyšší ziskovosti – viz Walters, R. G., MacKenzie, S. B. *A Structural Equations Analysis of the Impact of Price Promotions on Store Performance*. *Journal of Marketing Research*, 1988, č. 1, s. 51-63.

⁴⁶ O'Donoghue, R., Padilla, A. J. cit. dílo s. 296.

⁴⁷ Zajímavý je *kanadský* příklad, kde tamější guidelines pro potravinářské řetězce zavádějí plošnou orientační hranici, kde podnákladové ceny mohou být účtovány pouze maximálně pro *padesát* položek. Canadian Competition Bureau (2001b), *Enforcement Guidelines: The Abuse of Dominance Provisions (Sections 78 and 79 of the Competition Act) as Applied to the Retail Grocery Industry*. Cit. dle O'Donoghue, R., Padilla, A. J. cit. dílo s. 297.

⁴⁸ V kontextu čl. 82 SES se ještě o žádnou aplikační praxi opřít nelze. Bylo by možno např. při hledání nezbytnosti a přiměřenosti jako podpůrný důkaz *porovnat zisk v období před a po* uvedení praktiky, jak je proponováno v britském materiálu OFT *Assessment of Conduct: Draft Competition Law Guidelines for Consultation*, OFT 414a, čl. 4.17. Tamtéž s. 298.

⁴⁹ Srov. *market-expanding efficiencies* in Bolton, P., Brodley, J. F., Riordan, M., H. *Predatory Pricing: Strategic Theory and Legal Policy*. [citováno 31. 8. 2008]. Dostupný z http://www.usdoj.gov/atr/public/hearings/single_firm/docs/218778.pdf a O'Donoghue, R., Padilla, A. J. cit. dílo s. 292 a násl.

Mnohé trhy jsou bytostně spojeny s výrazným poklesem průměrných nákladů s rostoucím množstvím produkce, i její celkovou délkou trvání. Cílové efektivní úrovně nákladů je tedy dosaženo až po jisté době, při dosažení minimálního efektivního množství.

Dokud není této úrovně množství i času dosaženo, produkce bývá ztrátová; markantní je to zejména v úplných začátcích, při náběhu na trh. V této startovní fázi tedy mohou náklady být i ještě velmi vysoko, tudíž prodávat bude nutno v tomto přechodném (ovšem nikoliv nutně vždy krátkodobém) stadiu za aktuálně podnákladové ceny.

Přesto, takové chování může být jasně obhajitelné a ekonomicky opodstatněné, je-li rozumné a podložené očekávání budoucího vývoje příznivé. Startovní náklady se v pozdějších fázích životního cyklu produktu vrátí.

Úspory z rozsahu pramení z rozložení fixních nákladů na čím dál větší počet jednotek výstupu. Úspory plynou také ze specializace, kterou rozsah umožňuje.

Sítový efekt je relevantní v těch případech, kdy hodnotu produktu zvyšuje napojení co největšího počtu dalších uživatelů (typicky u telekomunikací, informačních technologií). Široké rozšíření je tedy nezbytným předpokladem úspěchu produktu jako takového; proto se vyplatí ho případně z počátku i dotovat.

Tržní osvojení se týká zejména pozdějších úspor marketingových nákladů. Dokud není dosaženo určitého nezbytného povědomí o produktu, je třeba investovat značné náklady do reklamy. Jakmile se později produkt na trhu usadí, vejde ve známost a může alespoň částečně profitovat z „bezplatné“ reklamy v podobě „word of mouth“, nákladová úroveň klesne.

Časového i množstevního hlediska se týká efekt učení. Odráží fakt, že s každou vyrobenou jednotkou se zvyšuje zkušenost a dovednost, a tedy i efektivita, což bude mít odraz i v nákladech.

Otázka efficiencies je z hlediska ekonomického nesporná. Nelze pochybovat o tom, že tyto efekty skutečně existují, a co víc, že v mnoha odvětvích budou markantní.

Uvažovat o těchto kategoriích (obvykle spojovaných teprve se vstupem na trh a pronikáním do odvětví) u dominantního soutěžitele, který naopak zpravidla jako jediný ze všech na daném trhu z těchto charakteristik těží, je na první pohled možná paradoxní.

Efekt učení, sítový efekt, úspory z rozsahu, to vše je u tržních leadrů již v hojné míře přítomno, a nemělo by tedy sloužit jako argument obhajoby jejich predátorského chování.

Ovšem, statický pohled je i v tomto kontextu nutno považovat za nedostatečný a zrádný. Obecně tuto možnost odmítat nelze.

I dominantní soutěžitel má jistě právo uvádět na trh nové produkty, zavádět zcela novou technologii, přinášet nové generace výrobků a revoluční zlepšení. Při takových jeho projektech, samozřejmě stále spadajících do daného relevantního trhu, mají výše uvedené otázky naprosto stejné opodstatnění, jako u soutěžitelů nově vstupujících. Zabraňovat teoretické možnosti obrany poukazující na efektivnost by potom bylo jedině tlumením a potlačováním jeho dynamické inovační aktivity, která je ale přítom právě tou z nejpodstatnějších věcí, které po dominantních podnicích z hlediska fungující hospodářské soutěže bývají vyžadovány.

Evropská komise se k objektivnímu ospravedlnění v podobě market expanding efficiencies staví rezervovaně.⁵⁰ To neadekvátní z právního pohledu patrně není, neboť jestliže prokazování a předvídatelné rozhodování ve věcech objektivního ospravedlnění obecně bývá mimořádně obtížné, má-li být plausibilní a korektně ekonomicky podložené, pak v případě tržních efficiencies půjde o problém dvojnásobný. Zejména z pohledu obtíží při praktické aplikaci je ostatně postoj Komise zdrženlivý.⁵¹ Stejně tak evropských soudů.⁵²

Literatura ale možnost v zásadě připouští⁵³, k čemuž je nutné se přiklonit. Součástí takových výjimečných případů totiž vždy bude i důkladné zohlednění dalších důkazů, které pomohou posoudit zvolenou obchodní strategii z hlediska její objektivní opodstatněnosti, tedy zohlednit, zda bylo možno s informacemi, které byly v době rozhodování o uplatnění cen k dispozici rozumně a ekonomicky oprávněně očekávatelné, že náklady investované do startovních ztrát se projeví v pozdějším zefektivnění. Opět se uplatní všudypřítomné zásady přiměřenosti a nezbytnosti.⁵⁴

(6) Ryze ekonomicky podmíněná je také obrana v podobě minimalizace ztrát při excesivní kapacitě na trhu.⁵⁵

Z fundamentálních zákonitostí vztahu ceny a množství na trhu plyne, že při nadmíru velkém výstupu, který je na trhu k dispozici, nebude zkrátka poptávka umožňovat dosažení ceny, která by alespoň náklady pokryla. Prodej pod nákladovou úrovní tak bude jedinou cestou k dosažení udržitelné cenové hladiny (skrze zmenšení kapacity).

Může jít o období, kdy poptávka vykazuje neobvyklý pokles. V obdobích, kdy není možno na trhu zboží uplatnit za plnou cenu, musí být (minimálně z důvodů cash flow) umožněno jakémukoliv podniku prodávat alespoň za nejvyšší možnou dosažitelnou cenu i v případě, že bude podnákladová.

Problém souvisí s tzv. společensky neefektivním vstupem na trh, kdy charakter odvětví a jeho nákladová struktura nedovoluje větší počet soutěžitelů, než jaký již na trhu působí.⁵⁶ Při

⁵⁰ Postoj ale není kategoricky odmítavý. V Diskusním materiálu v bodě č. 131 (vč. pozn. pod čarou č. 82) je výslovně zmíněna možnost poukazu na efekt učení.

⁵¹ Srov. *Diskusní materiál* bod č. 133.

⁵² Co se týče judikatury, výslovnou zmínku o *economies of scale* a *learning effect* najdeme v rozhodnutí Soudu první instance v případě *Wanadoo*, resp. France Télécom (viz čl. 217 cit rozhodnutí). Soud zde uvádí, že „podnik, který uplatňuje predátorské ceny, může těžit z úspor z rozsahu a efektu učení díky nárůstu produkce, které dosáhne právě přesně za pomoci takové cenové praktiky. Proto úspory z rozsahu a efektu učení *nemohou být výjimkou* z odpovědnosti vyplývající z čl. 82 SES.“

⁵³ Bolton, P., Brodley, J. F., Riordan, M., H. *Predatory Pricing: Strategic Theory and Legal Policy*. [citováno 31. 8. 2008]. Dostupný z http://www.usdoj.gov/atr/public/hearings/single_firm/docs/218778.pdf, s. 47 a násl. Autoři obranu obecně připouštějí, ovšem poznamenávají, že oproti defenzivním typům ospravedlnění je hodnocení mnohem obtížnější, neboť jde o agresivní, aktivní tržní taktiky. Podobně O'Donoghue, R., Padilla, A. J. cit. dílo s. 294-296.

⁵⁴ Američtí autoři uvádí třibodový test: (i) praktika musí jasně vést k uváděným zefektivněním, (ii) nesmí existovat jiná méně restriktivní alternativa a konečně (iii) následný recoupment musí vyvérat právě z dosaženého zefektivnění a nikoliv z eliminace konkurentů. Srov. Bolton, P., Brodley, J. F., Riordan, M., H. *Predatory Pricing: Strategic Theory and Legal Policy*. [citováno 31. 8. 2008]. Dostupný z http://www.usdoj.gov/atr/public/hearings/single_firm/docs/218778.pdf, s. 48.

⁵⁵ O'Donoghue, R., Padilla, A. J. cit. dílo s. 300-301.

vstupu dalšího by totiž nebylo možno dosáhnout na minimální efektivní rozsah (minimum efficient scale) a trh po vstupu by byl méně efektivní než trh před vstupem. Pokud jsou současní soutěžitelé schopni vyrobit určitý dodatečný výstup s menšími náklady, než se kterými je toho schopen nový vstupující, pak není efektivní, aby na trh vůbec vstupoval.⁵⁷

(7) V úvahu přichází i další důvody, neboť výčet zdaleka nemůže být taxativní. Mezi kuriózní argumenty může patřit chyba.⁵⁸ Objektivně závadná povaha jednání může pramenit z prostého faktu, že údajný predátor neznal všechna relevantní data, dle kterých by mohl správně zhodnotit, zda se dopouští predátorské strategie.

Společně s následným chováním, kdy okamžitě po upozornění od svého jednání upustí, přichází zřejmě taková „výmluva“ v úvahu.⁵⁹ Nebezpečí plynoucí z takové subjektivizace je však zjevné. Za objektivní ospravedlnění proto omyl spíše považovat nelze. Roli mohou tyto okolnosti hrát při stanovení výše případné sankce.

V každém případě je však zřejmé, že v úvahu přicházejících důvodů pro ospravedlnění (zdánlivě) predátorské cenové praktiky může být celá řada. Konkrétní zhodnocení aplikability bohužel nelze než přenechat na posouzení v konkrétním případě. Posun k tzv. rule of reason, tedy individualizovanému rozhodování každého případu vzhledem k jeho unikátním okolnostem lze v soutěžním právu pozorovat v posledním období zřetelně. Ne vždy je však míra takových tendencí při vědomí negativních důsledků, zejména pro právní jistotu adresátů nejhodnější.

Přinejmenším v oblasti aplikačních pravidel pro uplatnitelnost objektivního ospravedlnění u případů zneužití dominance lze jakékoliv rozpracování v další judikatuře jedině uvítat. Je tak možno se alespoň, i když vlastně poněkud škodolibě, těšit na mnohé další případy zneužití dominance. Nová judikatorní rozhodnutí v těchto věcech by totiž mohla přinést kýženou konkretizaci a precizaci konceptu objektivního ospravedlnění, která je pro efektivní regulaci chování dominantních soutěžitelů tolik potřebná.

Literatura:

- Bejček, J. Kartelové právo. Brno: MU, 1995.

⁵⁶ V obecné rovině srov. Mankiw, N. G., Whinston, M. D. Free Entry and Social Inefficiency. RAND Journal of Economics, 1986, č. 1, s. 48-58.

⁵⁷ Srov. kanadské guidelines (Predatory Pricing Enforcement Guidelines, Canadian Competition Bureau, oddíl 2.2.2): Podnákladová cena „může být ospravedlnitelná v případě *slábnoucí poptávky* nebo *podstatně excesivní kapacity na trhu*, i pokud to bude spojeno s odchodem jiných podniků z trhu.“ Viz též britské guidelines (Assessment of Conduct: Draft Competition Law Guidelines for Consultation, OFT 414a, čl. 4.8): „Některé trhy jsou schopny udržet pouze jednoho nebo dva podniky, neboť zde jsou například výrazné úspory z rozsahu. Pokud se nový vstupující mylně domnívá, že je zde prostor pro jeho vstup, jeho vstup může donutit všechny podniky na trhu prodávat pod průměrnými variabilními náklady. Stávající podniky pak budou mít na výběr buď zůstat na trhu a trpět ztrátou, nebo z trhu odejít, anebo nechat trh obsluhovat méně efektivním vstupujícím. Za těchto podmínek by nemělo být rozhodnutí dominantního soutěžitele o setrvání na trhu a podnákladovém cenovém boji s novým hráčem nutně podkládáno za predátorské.“ Cit. dle O'Donoghue, R., Padilla, A. J. cit. dílo s. 301.

⁵⁸ Mezi možnosti objektivního ospravedlnění jej zařazují O'Donoghue, R., Padilla, A. J. cit. dílo s. 301.

⁵⁹ Podobné schéma v obecnější rovině bylo možno pozorovat v případě *General Motors* (cit. výše, čl. 20-21) a jako teoretická možnost bylo zmíněno též v případě *Tetra Pak II* (cit. výše čl. 148).

- Eliáš, K., Bejček, J., Hajn, P., Ježek, J. a kol. Kurs obchodního práva. Obecná část. Soutěžní právo. 5. vydání. Praha : C.H. Beck, 2007.
- Munková, J., Svoboda, P., Kindl, J. Soutěžní právo. Praha : C.H. Beck, 2006.
- Raus, D., Neruda, R. Zákon o ochraně hospodářské soutěže. Komentář a souvisící české i komunitární předpisy. 2. vydání. Praha : Linde Praha, 2006.
- Munková, J., Kindl, J. Zákon o ochraně hospodářské soutěže. Komentář. 1. vydání. Praha : C.H.Beck, 2007.
- Tichý, L., Arnold, R., Svoboda, P., Zemánek, J., Král, R. Evropské právo. 3. vydání. Praha : C.H. Beck, 2006.
- Bellamy, Ch., Child, G. European Community Law of Competition. Šesté vydání. London: Sweet & Maxwell, 2008.
- Van Bael, I., Bellis, J. F. Competition Law of the European Community. Čtvrté vydání. The Hague: Kluwer Law International, 2005.
- Faull, J., Nikpay, A. The EC Law of Competition. Second Edition. New York: Oxford University Press, 2007.
- O'Donoghue, R., Padilla, A. J. The Law and Economics of Article 82 EC. Hart Publishing, 2006.
- Korah, V. An Introductory Guide to E.C. Competition Law and Practice. Ninth edition. Oxford : Hart Publishing, 2007.
- Diskusní materiál Evropské komise k aplikaci čl. 82 SES na vylučovací praktiky. Brusel, 2005.
- Dreher, M., Adam, M. Abuse of Dominance Under Reform – Sound Economics and Established Case Law. E.C.L.R., 2007, č. 4.
- Bejček, J. Cenová diskriminace a tzv. dvojí ceny v evropském a českém kontextu. Právní fórum, 2008, č. 5.
- Melamed, A. D. Exclusionary Conduct Under the Antitrust Laws: Balancing, Sacrifice, and Refusals to Deal. Berkley Technology Law Journal. 2005, vol 20:1247, č. 1.
- Bejček, J. Fúze a „efficiencies“. In Sborník příspěvků z mezinárodní konference studentů doktorského studijního programu Obchodní právo Ekonomické aspekty právní úpravy a jejího výkladu, Brno : Masarykova univerzita, 2006, s. 18-42.
- Bejček, J. Spory o přínosy fúzí. Právní fórum, 2006, č. 2, s. 39 a násl.
- Luescher, Ch. Efficiency Considerations in European Merger Control –Just Another Battle for the European Commission, Economists and Competition Lawyers? E.C.L.R., 2004, č. 2, s. 72- 88.

- Mertikopoulou, V. DG Competition's Discussion Paper on the Application of Article 82 EC to Exclusionary Abuses: the Proposed Economic Reform from a Legal Point of View. E.C.L.R. 2007, č. 4.
- Bolton, P., Brodley, J. F., Riordan, M., H. Predatory Pricing: Strategic Theory and Legal Policy. [citováno 31. 8. 2008]. Dostupný z http://www.usdoj.gov/atr/public/hearings/single_firm/docs/218778.pdf.
- Bolton, P., Brodley, J. F., Riordan, M., H. Predatory Pricing: Response to Critique and Further Elaboration. The Georgetown Law Journal. 2001, č. 8, s. 2496-2529 [citováno 31. 8. 2008]. Dostupný z http://findarticles.com/p/articles/mi_qa3805/is_200108/ai_n8977345/print.
- Grout, P. A. cit dílo. O'Hagan, L. Predatory Pricing: A New Theory. [citováno 31. 8. 2008]. Dostupný z <http://www.tcd.ie/Economics/SER/sql/download.php?key=181>.
- Bishop, S., Walker, M. Economics of EC Competition Law: Concepts, Application and Measurement. London : Sweet & Maxwell, 2002.

Kontaktní údaje na autora – email:

josef.silhan@law.muni.cz

OBCHODNÍ FIRMA A NEKALÁ SOUTĚŽ

EVA VEČERKOVÁ

Právnická fakulta Masarykovy university, katedra obchodního práva, Česká republika

Abstrakt v rodném jazyce

Příspěvek pojednává o soudním rozhodnutí Nejvyššího soudu ČR, jímž byla přiznána práva žalobkyni (obchodní společnosti) k obchodní firmě. V daném případě se jednalo o absolutní ochranu firmy podle ustanovení § 12 obchodního zákoníku – žalobkyně požadovala ve své žalobě, aby žalovaná změnila svoji obchodní firmu. Základním prvkem pro rozhodnutí soudu bylo posouzení, zda jsou nebo nejsou obchodní firmy obou podnikatelek zaměnitelné (viz § 10 odst. 1 obchodního zákoníku).

Klíčová slova v rodném jazyce

Obchodní firma, zaměnitelnost, dominantní slovo v obchodní firmě, spotřebitel.

Abstract

The paper deals with the judgment of the Supreme Court of the Czech Republic, which gave the claimant (one company) the rights to its trade name. This case consists of the absolute protection of the trade name under the Section 12 of Commercial Code – the claimant sued to change the trade name of the defendant. The principle element for the verdict was considerations whether the trade name of one company is able to confuse with the trade name of other company or not (see Section 10/1 of Commercial Code).

Key words

Trade name, confusion, dominant word in the trade name, consumer.

Příspěvek je zaměřen na rozbor soudního rozhodnutí Nejvyššího soudu ČR (dále jen NS ČR)¹ ze dne 28. ledna 2008 sp. zn. 32 Odo 1729/2006, v němž bylo rozhodnuto ve prospěch žalobkyně, která bránila svá práva k obchodní firmě. V odůvodnění tohoto rozhodnutí byly mimo jiné použity výrazy a argumenty související s dřívějšími rozhodnutími NS ČR, proto jsem na příkladu citovaných rozhodnutí stručně vyjádřila rozdíly v rozhodování soudy prvního stupně a soudy odvolacími. Zákonná úprava obchodní firmy v § 8 až 12 obchodního zákoníku (dále jen obch. zák.) je celkem jednoznačná; odlišné právní závěry při rozhodování firemně právních sporů spočívají však velmi často v rozdílnosti posuzování prvku „nezaměnitelnosti“ obchodní firmy.

Ustanovení § 10 odst. 1 obch. zák. zakotvuje tzv. zásadu výlučnosti obchodní firmy. Tato zásada znamená, že obchodní firma nesmí být shodná nebo zaměnitelná s obchodní firmou jiného podnikatele. Na rozdíl od rakouského nebo německého obchodního zákoníku platnost této zásady není u nás teritoriálně omezena a nelze její formulaci vykládat jinak než v hranicích celé republiky. Zákon č. 370/2000 Sb. však doplnil větu, která bere v úvahu

¹ Blíže viz webovou stránku <http://www.nsoud.cz/rozhod.php>, kde lze podle sp. zn. vyhledat celé rozhodnutí NS ČR.

zaměnitelnost firmy v důsledku stejného místa působení dvou podnikatelů. Znamená to, že určité přihlížení k menšímu území již v obchodním zákoníku nalezneme.²

Ze současné právní úpravy (§ 10 odst. 1 obch. zák.) již nelze dovodit jakoukoliv možnost odlišit obchodní firmy právnických osob podnikajících v různých oborech údajem o sídle (např. Kajman Praha, s.r.o. vs. Kajman Olomouc, k.s.). Místo podnikání je dostatečným odlišujícím prvkem pouze u fyzických osob (viz § 10 odst. 1 třetí věta obch. zák.). Můžeme tedy uzavřít, že podle stávající právní úpravy není možné, aby se obchodní firmy shodovaly nebo byly zaměnitelné v části, která tvoří tzv. firemní kmen (podle § 10 odst. 1 druhé věty obch. zák. u právnických osob k odlišení firmy nestačí rozdílný dodatek označující právní formu, podle § 9 odst. 1 první věty obch. zák. fyzická osoba má firmu obligatorně ve tvaru jméno a příjmení).

Soudní spor dvou společností s ručením omezeným se zdá být celkem jednoduchou záležitostí: žalobkyně „Halo, s.r.o.“ ve své žalobě požadovala, aby žalovaná společnost „Halo G. E. CZ, s.r.o.“ změnila obchodní firmu, neboť žalobkyně ji považuje za zaměnitelnou se svojí firmou podle § 10 obch. zák. (Pro lepší názornost smyšlené slovo „Halo“ je náhražkou skutečného prvního slova užitého ve firmách obou společností, které je v rozhodnutí NS ČR zkráceno jako „H.“)

Je třeba předeslat, že žalobkyně před podáním žaloby k soudu vyzývala žalovanou, aby svoji firmu, kterou lze považovat za zaměnitelnou s firmou žalobkyně, změnila. Její návrh však žalovaná (ke své škodě) odmítla.

Na tomto zcela „čirém“ sporu jsou překvapivé dva momenty:

(1) žalobkyně nepožadovala ve své žalobě nic jiného, než aby žalovaná změnila svoji obchodní firmu - postupovala podle ustanovení § 12 obch. zák., které chrání firmu podnikatele tzv. absolutně, ač se mohla opírat také o ustanovení § 53 obch. zák. s poukazem na nekalou soutěž žalované, příp. o příslušná ustanovení zákona o ochranných známkách, když má slovo „Halo“ chráněno jako ochrannou známku; není třeba připomínat, že žalobkyně mohla vedle tzv. odstraňovací žaloby³ využít rovněž žaloby na přiměřené zadostiučinění, příp. na náhradu škodu, pokud by jí jednáním žalované určitá škoda vznikla;

² Pelikánová, I.: Komentář k obchodnímu zákoníku. 1.část. § 1-55. 3. aktualizované a doplněné vydání podle právního stavu k 1.4.2003. Linde Praha, a.s., Praha. 2003. str. 136.

³ K nemožnosti použít zdržovací nárok viz např. právní větu z rozhodnutí Vrchního soudu v Praze sp. zn. 3 Cmo 234/93: „Není v souladu s charakterem předběžného opatření a jeho podmínkami uložení povinnosti zdržet se (byť jen dočasně) užívání v obchodním rejstříku zapsaného obchodního jména.“ (In Macek, J.: Rozhodnutí ve věcech obchodního jména a nekalé soutěže. 1. vydání. Praha, C.H.Beck, 2000. s. 1 – 3)

nebo právní větu z rozhodnutí Vrchního soudu v Praze sp. zn. 3 Cmo 808/93: „Proti obchodní společnosti, jež užívá v obchodním rejstříku později zapsané obchodní jméno zaměnitelné s obchodním jménem žalobce (§ 10 odst. 1 obch.zák.), lze dosáhnout odstranění závadného stavu návrhem na uložení povinnosti, aby změnila obchodní jméno v základních dokumentech o založení společnosti a v návaznosti na tuto změnu požádala rejstříkový soud o zápis takové změny. Nárok na zdržení se užívání je na místě tam, kde obchodní jméno oprávněného je používáno jinou osobou zcela či zčásti neoprávněně (např. je zvoleno k označení provozovny podnikatele), a tato osoba užívané obchodní jméno nemá v této podobě v obchodním rejstříku zapsáno.“ (In Macek, J.: Rozhodnutí ve věcech obchodního jména a nekalé soutěže. 1. vydání. Praha, C.H.Beck, 2000. s. 31 - 34)

(2) argumenty žalované, na nichž neústupně trvala, a to až do dovolání, které právě ona sama podávala.

Soudní spor započal v r. 2005. Žalobkyně zdůvodnila, že vznikla v červnu 1994, zatímco žalovaná až v lednu 2005, proto žalobkyni svědčí priorita, neboť její firma byla do obchodního rejstříku zapsána dříve. Žalobkyně považuje slovo „Halo“ ve firmě žalované za výrazné - dominantní slovo, které si zákazník nejspíše zapamatuje a které obchodní zákoník chrání v § 10 proti zásahům zneužívajícím takové dominantní slovo.

V této souvislosti lze poukázat na rozhodnutí NS ČR sp. zn. 32 Odo 840/2004, z něhož vyjímám podstatné prvky z rozhodování soudů:

- soud prvního stupně: Uložil žalovanému povinnost změnit svou obchodní firmu tak, aby neobsahovala název „A. s.“, a to pouze v tomto uvedeném pořadí slov, ale zamítl naproti tomu žalobu, pokud bylo žádáno uložení povinnosti žalovanému změnit obchodní firmu, aby slova „A. S.“ neobsahovala;

- soud odvolací: Změnil rozhodnutí soudu prvního stupně tak, že žalovaný je povinen změnit svou obchodní firmu tak, aby v názvu nebyla současně obsažena slova „a.“ a „s.“ a podat návrh na zápis změny své obchodní firmy příslušnému soudu;

- soud dovolací: Dovolaní žalovaného zamítl s odůvodněním, že není rozhodující úplné slovní znění obou firem účastníků, ale je nutné přihlížet k dojmu, který vzniká u takového průměrného (potencionálního) zákazníka. Byť se plné znění firem liší, zákazníkovi utkví z takového delšího znění firmy jako příznačná jen určitá její výrazná a (oproti všem ostatním firmám) rozlišující část. Jde-li tedy, jak je tomu právě v tomto případě, o názvy, které se skládají z více prvků (slov), i když téhož druhu, mají pro posouzení nezaměnitelnosti nejdůležitější význam ty prvky, které jsou pro celkový dojem určující (tzv. silné prvky). Takovým „silným“ prvkem ve znění kmene firmy žalovaného jsou slova „a.“ a „s.“, jež obsahuje však i kmen firmy žalobce. Již totožností těchto „silných“ prvků je založena objektivně zaměnitelnost znění obou firem účastníků.

Ve sporu dvou obchodních společností o zaměnitelnosti firem obsahujících slovo „Halo“ se žalovaná „Halo G. E. CZ, s.r.o.“ bránila, že kmen své obchodní firmy má složen z více slov - jednak ze slovního spojení, které se vztahuje k předmětu podnikání („G. E.“) a jednak z fantazijního označení („Halo“), jde tedy o tzv. smíšenou obchodní firmu. Vzhledem k tomu, že slovo „Halo“ se vyskytuje ve více souvislostech (řada odkazů na webovém vyhledávači google) a kmen firmy žalované se skládá ze tří víceslabičných slov, z nichž pouze první je totožné s kmenem firmy žalobkyně, žalovaná popírala zaměnitelnost své firmy v uvedené podobě s firmou žalobkyně. Poukazovala přitom na právní závěry rozhodnutí NS ČR sp. zn. 32 Odo 873/2004, podle něhož postačí k dostatečnému odlišení firem doplnění dalšího nejméně dvouslabičného slova. Žalovaná nesouhlasila s tvrzením žalobkyně, že slovo „Halo“ představuje v kmenu její firmy dominantní, silný prvek.

Z citovaného rozhodnutí NS ČR vyjímám opět právní závěry, příp. i odůvodnění rozhodnutí soudů:

- soud prvního stupně (již druhým rozsudkem): Uložil žalované změnit svoji obchodní firmu nahrazením slova „S....“ jiným slovem nebo jinými slovy;

- soud odvolací: Změnil rozsudek soudu prvního stupně ve věci samé tak, že žalovaná je povinna změnit svou obchodní firmu jejím doplněním nejméně o jedno dvouslabičné slovo, a žalobu v rozsahu požadavku na nahrazení slova „S....“ zamítl;

- soud dovolací: Dovolání žalobkyně zamítl s odůvodněním, že odvolací soud vyšel správně ze skutečnosti, že v zákoně nelze najít žádnou oporu pro předepsání žalované, které konkrétní slovo má doplnit do kmene své obchodní firmy či z něho vypustit (jak rozhodl soud prvního stupně). To je věcí žalované s tím, že volba jí zvoleného znění obchodní firmy je limitována zákonným požadavkem § 10 odst. 1 věty první obch. zák. Jí zvolené znění obchodní firmy tedy nesmí být zaměnitelné s firmou jiného podnikatele a nesmí působit klamavě. Byť odvolací soud žalované neurčil, které slovo (či slova) má doplnit do kmene své obchodní firmy, vycházel z toho, že dostatečně rozlišujícím prvkem, jenž by se měl stát natolik dominantním, aby převážil nad stávající částí, slovem S...., dosud ve znění obchodní firmy žalované dominujícím, nebude slovo jednoslabičné. Tento právní názor odvolacího soudu je s ustanovením § 10 odst. 1 obch. zák. zcela v souladu, a proto mu žádné právní pochybení v tomto směru vytknout nelze.

Argumentace dovolatelky ustanovením § 11 odst. 6 obch. zák. rovněž neobstojí. Z jeho znění je nepochybné, že toto ustanovení umožňuje (neukládá však povinnost) užívání shodných prvků ve firmách podnikatelů příslušejících do téhož koncernu za situace, kdy obsahují dodatek o příslušnosti ke koncernu a jsou-li navenek dostatečně navzájem rozlišitelné. To znamená, že příslušnost k určitému koncernu dávají podnikatelé najevo dodatkem k obchodní firmě, jenž je uveden za (před) kmenem obchodní firmy. Tento dodatek má stejnou povahu jako dodatek odlišující osobu podnikatele nebo druh podnikání u firmy fyzické osoby (srov. § 9 odst. 1 větu druhou obch. zák.) nebo dodatek označující právní formu právnických osob (např. a.s., s.r.o., atd.) u jejich firmy (srov. § 9 odst. 2 větu třetí obch. zák.). Za situace, kdy obchodní firmy účastníků neobsahují dodatek o příslušnosti k určitému koncernu, není ani důvod takovou příslušnost k určitému koncernu dovozovat ze znění kmene obchodní firmy a ze shodnosti jednoho prvku z víceslovných kmenů obchodních firem účastníků, jak činí dovolatelka. Pokud tedy odvolací soud svým rozhodnutím připustil, aby si žalovaná v kmenu své obchodní firmy slovo S.... ponechala, nelze mu vytýkat, že by postupoval s ustanovením § 11 odst. 6 obch. zák. v rozporu, jelikož z tohoto slova, jak bylo shora vysvětleno, příslušnost žalované ke koncernu, do něhož patří žalobkyně, vysledovat nelze.

Taktéž odkaz odvolacího soudu na rozhodnutí Nejvyššího soudu ČR sp. zn. 1 Odon 5/97 za nepřipadný nelze označit. Pokud odvolací soud v jeho intencích zvažoval, zda zákonnému požadavku nezaměnitelnosti obchodních firem účastníků vyhoví doplněním kmene obchodní firmy žalované o další slovo (když označení obcí – P., P. k tomu svou shodnou povahou ještě nepostačovalo) s tím, že dosavadní dominantnost prvku S.... potlačí, nepochybil. Význam slov „Strategie“ (podle cit. judikátu) a „S....“ pro kmen obchodní firmy byl totožný a není zde v jejich povaze rozdíl. Dovolatelkou tvrzená specifická označení S.... není z hlediska významu tohoto slova pro kmen firmy relevantní. Rozhodným v souzené věci je pouze to, zda nezaměnitelnosti obchodních firem účastníků lze dosáhnout pouze vypuštěním dominujícího prvku ze stávajícího znění obchodních firem (jak rozhodl soud prvního stupně) či zda postačuje doplnění znění obchodní firmy žalované o další slovo. Jestliže odvolací soud při své úvaze, za stavu, kdy znění obchodních firem účastníků již bylo víceslovné a kdy oprávněná (žalobkyně) strpěla po léta užívání stávajícího znění obchodní firmy žalovanou, se přidržel postupu podle citovaného judikátu, pak postupoval správně.

V námi sledovaném případě společností s ručením omezeným (žalobkyně „Halo, s.r.o.“ proti žalované „Halo G. E. CZ, s.r.o.“) soudy všech instancí rozhodovaly shodně :

- soud prvního stupně: Uložil žalované povinnost změnit svoji obchodní firmu „H. G. E. CZ, s. r. o.“, tak, aby neobsahovala slovo H.

- soud odvolací: Potvrdil rozsudek soudu prvního stupně s odůvodněním, že se ztotožnil se skutkovými zjištěními i s právními závěry, které soud prvního stupně učinil. Pouze k závěru soudu prvního stupně, že žalovaná zasáhla do práv žalobkyně nekalou soutěží, neboť naplnila podmínky obecné skutkové podstaty nekalé soutěže podle § 44 odst. 1 obch. zák. i speciální skutkové podstaty podle ustanovení § 47 písm. a) obch. zák., konstatoval odvolací soud, že pokud z tohoto pohledu soud prvního stupně posuzoval uplatněný nárok žalobkyně, pak překročil rámec žaloby, a zároveň vyslovil závěry důkazně nepodložené, když vůbec nezkoumal možnou existenci soutěžního vztahu. Totéž se týká závěru soudu prvního stupně, že žalovaná porušila práva žalobkyně k její ochranné známce, pokud se žalobkyně nedomáhala ochrany svých práv k ochranné známce.

Odvolací soud považuje za správný závěr soudu prvního stupně, že firma žalované jako celek nespĺňuje podmínku nezaměnitelnosti s firmou žalobkyně podle ustanovení § 10 odst. 1 obch. zák. Firmou žalobkyně je již od jejího vzniku v r. 1994 pouze slovní prvek H. - jde o označení fantazijní, shodné s firmou žalobkyně H. Firma, kterou žalovaná užívá od svého vzniku v r. 2005, je firmou smíšenou, neboť se skládá z fantazijního označení H. a slovního spojení G. E., které se vztahuje k předmětu podnikání žalované. Podle názoru obou soudů je ve firmě žalované dominantním prvkem slovo H., zatímco slova G. E. jsou výrazy obecné, které rozlišovací schopnost nemají a není podstatné, že jde o výrazy anglické a nikoli české. Dominantnost prvku H. je podle závěru odvolacího soudu dána také tím, že jde o prvek fantazijní a svým způsobem neobvyklý a že je ve firmě žalované umístěn na prvním místě, což vede k tomu, že právě tato část firmy žalované je pro zákazníky nejsnáze zapamatovatelná.

Odvolací soud nepovažuje pro daný případ za opodstatněnou argumentaci žalované rozsudkem Nejvyššího soudu ČR sp. zn. 32 Odo 873/2004, neboť v různých sporech o ochranu obchodní firmy je třeba přihlížet ke konkrétním okolnostem toho kterého případu (v citovaném rozsudku šlo o situaci, kdy oba účastníci užívali své firmy paralelně dlouhodobě a vybudovali si pod svými firmami stabilní pozici na trhu, proto bylo konstatováno, že k odstranění zaměnitelnosti postačí doplnění dalšího dvouslabičného slova). V předmětné věci je situace jiná, neboť žalobkyně je v obchodním rejstříku zapsána od r. 1994, zatímco žalovaná až od r. 2005, přičemž žalobkyně právo na ochranu obchodní firmy uplatnila bezprostředně poté, co se o existenci žalované dozvěděla. Proto nebylo odvolání žalované shledáno důvodným.

- soud dovolací: Odmítl usnesením dovolání žalované, neboť zásadní právní význam dovoláním napadeného rozsudku odvolacího soudu neshledal. Z odůvodnění rozhodnutí vyplývá, že se NS ČR ztotožňuje s názory obou soudů, že jednáním žalované došlo k porušení práva žalobkyně k obchodní firmě podle § 10 odst. 1 obch. zák. Podle citovaného ustanovení nesmí být obchodní firma zaměnitelná s firmou jiného podnikatele a nesmí působit klamavě. Firma musí být výlučná (nezaměnitelná) na území celé České republiky. Požadavek, že firma nesmí působit klamavě, znamená, že nesmí vzbuzovat klamnou představu o podnikateli nebo o předmětu podnikání. Dochází tu k překrývání s právem nekalé soutěže, avšak ochrana poskytovaná ustanoveními § 8 až 12 obch. zák. je ochranou absolutní a týká se tedy všech vztahů bez ohledu na to, zda mají soutěžní povahu či nikoliv. Oba soudy správně posoudily věc tak, že zaměnitelnost obchodní firmy žalované s obchodní firmou žalobkyně spočívá v tom, že slovo H. představuje ve firemním kmenech žalované dominantní, silný prvek.

Vyhověl-li odvolací soud (a shodně i soud prvního stupně) žalobě, v rozporu s hmotným právem nepostupoval.

V citovaných soudních rozhodnutích byl několikrát použit výraz „průměrný spotřebitel“ nebo také slovní spojení „celkový dojem, který vzniká u průměrného zákazníka“. Ve výkladu tzv. průměrného spotřebitele se i česká judikatura v poslední době pohnula kupředu. Není již na něho nahlíženo jako na bezbranného neinformovaného zákazníka, resp. jedince, jemuž je třeba vždy a za všech okolností poskytnout ochranu před silným podnikatelem. Ochrana spotřebitele před nekalou soutěží je nyní zakotvena v evropské směrnici o nekalých obchodních praktikách⁴. Ve své preambuli tato směrnice uvádí, že je vhodné chránit před nekalými obchodními praktikami všechny spotřebitele. Uvedená směrnice, v souladu se zásadou proporcionality a pro zajištění účinné ochrany v ní obsažené, vychází z pojmu průměrného spotřebitele, který má dostatek informací a je v rozumné míře pozorný a opatrný, s ohledem na sociální, kulturní a jazykové faktory, jak je vykládán Soudním dvorem. Pojem průměrného spotřebitele není statistickým pojmem. Pro stanovení typické reakce průměrného spotřebitele v konkrétním případě budou muset vnitrostátní soudy a orgány vycházet z vlastního úsudku, s přihlédnutím k judikatuře Soudního dvora.

Literatura:

- Pelikánová, I.: Komentář k obchodnímu zákoníku. 1.část. § 1-55. 3. aktualizované a doplněné vydání podle právního stavu k 1.4.2003. Praha: Linde Praha, a.s., 2003.
- Macek, J.: Rozhodnutí ve věcech obchodního jména a nekalé soutěže. 1. vydání. Praha: C.H.Beck, 2000.

Kontaktní údaje na autora – email:

eva.vecerkova@law.muni.cz

⁴ Směrnice Evropského parlamentu a Rady č. 2005/29/ES ze dne 11. května 2005, o nekalých obchodních praktikách vůči spotřebitelům na vnitřním trhu.

Sekce VI.

Právní teorie

Teorie a filozofie práva

Section VI.

Legal Theory

Theory and Philosophy of Law

SPRAVEDLNOST, ROVNOST A MORÁLKA V PRÁVU

BLANKA BARÁKOVÁ, BOHUMILA SALACHOVÁ

Provozně ekonomická fakulta, Mendelova zemědělská a lesnická univerzita v Brně, Česká republika

Abstrakt v rodném jazyce

Pokoušet se definovat pojem „spravedlnost“ vyčerpávajícím způsobem, tak, aby nevyvolával žádné další pochybnosti o úplnosti a komplexnosti takového vyjádření, na tomto místě zřejmě nemá větší význam, neboť celá řada významných právních teoretiků a filozofů se o takovou definici v historii pokoušela. Uchopitelnost tohoto pojmu je nesmírně obtížná. Přesto platné právo s pojmem spravedlnosti počítá, ač jej neumí s konečnou platností definovat, je to kritérium, kterým hodnotu a kvalitu právních norem stále poměřujeme, i když k dokonalosti chybí stále mnoho. Nejinak tomu je i dnes. Právo dnešní doby je poznamenáno mnohými nešvary, košatý právní řád který se často snaží o detailní úpravy všech možných i nemožných situací téměř neumožňuje jeho komplexní poznání, avšak, což je horší, jednotlivé právní normy často postrádají logiku spojení do organického celku - jsou rozporuplné a výsledkem může být naprostá nejistota jak soudce, tak adresáta práva, a jejich následný pocit, že spravedlnosti opět nebylo učiněno zadost. Nakolik naplňujeme – realizací současného právního řádu – společenskou potřebu spravedlnosti ?

Klíčová slova v rodném jazyce

Spravedlnost, rovnost, morálka, právní norma, právní systém.

Abstract

There is no possibility to define “fairness” without giving rise to other doubts about integrity and complexity of this statement because a great number of significant jurists and philosophers had already tried to define it in the past. Discriminability of this term is consumedly complicated. Despite of this the laws use the term fairness without defining it, it is a “standard how we are measuring value and quality of legal rule, but there is still a lot to excellence. Nowadays there is no difference. The law of these times is stigmatized by many abuses, spreading legal order which is often trying to regulate all possible and impossible situations but it is impossible to recognize it in detail however the worst is that the particular legal rules are without a logical connection with an organic complex- they are inconsistent and they can lead to uncertainty of the judge, of the law recipient and their feeling that it was unjust. So how we are satisfying the need of fairness by realizing the actual law order?

Key words

Fairness, equality, morality, rule of law, legal system.

1. MATERIÁL A METODY

Jestliže nezpochybňujeme místo spravedlnosti, rovnosti a morálky v právu, pak následuje problém bližšího zasazení těchto fenoménů do právního systému. Kde a v jaké míře je třeba tyto normativy nacházet ?

Máme zato, že do nejistoty při výkladu a aplikaci práva se dostáváme tím více, čím složitější a nekoordinovanější náš právní řád je. Nesledování návazností jednotlivých právních norem mnoha právních předpisů, které se navzájem „neberou na vědomí“ - až holá praxe ukáže tyto

závažné nešvary práva a bezmocnost osoby aplikující právo. Např. soudce odvolacího soudu se potom odkloní od hlavního tématu, a aby se nemusel zabírat podstatou problému, raději programově najde procesní chybu a případ vrátí zpět na prvoinstanční stolicí – pravou příčinou jeho jednání není onen zmíněný formální detail, ale nechť soudce případ řeší.

Rostoucí neúcta společnosti vůči právu má svoje příčiny. Zřejmě neexistuje neshoda o tom, že spravedlnost, rovnost, morálka a právo k sobě určitým způsobem náleží. Lidské jednání (a právní jednání, či protiprávní jednání, je vždy jednáním lidským) v sobě zahrnuje celý komplex souvislostí, které vyústí v určité chování jedince, jež může být každý den jiné. V procesu lidského rozhodování a následného chování člověk zpracovává mnoho informací, když právní informace je jen jednou z mnoha informací, které člověk má. Ale výsledek - jednání na základě předešlého rozhodnutí – je jen jeden, i když je důsledkem souhry mnoha činitelů. Má-li lidské jednání i právní rozměr, jde o právní jednání. Tedy lidské jednání a právní jednání obsahuje i morální a další jinou stránku věci, rozhodování a chování se děje mimo jiné pod aspektem práva, morálky a představy o spravedlnosti (pokud nejde o jednání mravně netečné) a dalších informací, které subjekt má, včetně složek osobních, jeho tělesného i psychického stavu, vědomí aj.

2. VÝSLEDKY A DISKUSE:

Na otázku, naznačenou v závěru úvodu, není možná zcela jednoznačná odpověď. Laická veřejnost by zřejmě uvedla, že současné právo spravedlivé není. Ani odborná veřejnost by na tuto otázku rozhodně neodpověděla jednoznačně. Patří sem určitě mnoho vlivů, ale jako limitující můžeme uvést hodnoty rovnosti a svobody, kterými se demokracie pyšní. Co je spravedlivější ? Více svobody, nebo více rovnosti lidem ? Poskytující více svobody, mohou se prohlubovat rozdíly sociální, neboť každý z nás bude svobodu využívat jinak, budou nespokojeni a po větší spravedlnosti budou volat ti, co ji využívat neumí, případně nemohou. Spravedlnost se dle nich má projevovat např. vyšší mírou přerozdělování - které však, přistoupíme-li k němu, bude nespravedlivé k těm, co se o společenské statky více zaslужují. U těch, kteří budou hlavně přijímat, to prohloubí pasivitu a závislost. Poskytující více rovnosti, budeme sice stírat sociální rozdíly, ale ubírat svobodu pro činnorodou, aktivní tvorbu zdrojů, budeme nespravedliví k těm, kteří si přejí více svobody, neboť jim budeme v mnohém bránit. Vždy tedy budou určité osoby namítat podle nich nespravedlivá ustanovení právních norem. Jak tedy můžeme stanovit hranici spravedlivého práva ?

Hayek¹ k tomu uvádí, že pravidla správného chování nemohou ochraňovat všechny zájmy, nýbrž pouze ty, které jsou legitimním očekáváním, tedy ty, které jsou právem definovány.

Optimální míru obojího nejsme schopni zcela přesně zachytit a do práva přejmout, proto bude plný ideál spravedlnosti opět v nedohlednu. A to ještě nepočítáme politické tendence při střídání vlád.

Připustíme-li existenci pouze čistě pozitivního práva, které neobsahuje žádné přirozenoprávní instituty, musíme pak lidské jednání analyzovat na jednotlivé složky, a právně reagovat jen na jeho právní součást, přičemž opomíjet složky morálky a potřeby spravedlnosti, které však jsou přítomny také.....Právo by bylo nutno od těchto principů zcela odtrhnout. Rozhodnutí soudce, který by takto vyřešil právní stránku věci, bez ohledu na ostatní, by degradovalo morální složku a cítění spravedlnosti adresáta natolik, že by, při vědomí znehodnocení těchto svých

¹ Hayek F.A., Právo, zákonodárství a svoboda, Academia Praha, 1998, 2.vydání, str. 167

niterných pocitů, musel začít ve společnosti uplatňovat chování a zákony džungle. Relativizace a zahazení hodnot morálky a spravedlnosti by učinili lidskou společnost ne nepodobnou nebezpečné divočině, v níž by nebylo radno se zdržovat. Autorky příspěvku mají zato, že právo musí obsahovat normy morálky a spravedlnosti a právní pozitivizmus ve své ryzí hodnotě je neživotaschopný. Osoba právo aplikující (soudce či správní orgán) stále musí poměřovat těmito normami svoje rozhodnutí, stále musíme právní normy přibližovat těmto obecně uznaným hodnotám. Tyto hodnoty však je třeba upravovat v právu velmi obezřetně a citlivě. Patří tam, kde je právní vztah založen právní skutečností (změněn, zrušen) – právním či protiprávním jednáním lidí. Právní vztah založen na základě právní události (např. čas, narození, smrt) tedy jevů, které jsou na lidské vůli nezávislé neobsahuje vůli lidí a promítání sem normativů spravedlnosti a morálky můžeme působit zmatek. Příroda zná všechno jiné, než spravedlnost, rovnost a morálku. Příroda naopak zná rozmanitost druhů a forem, rozmanitost individuí, jejich rozličné vlastnosti. Její „nerespektování spravedlnosti“ také však znamená, že jeden jedinec se narodí zdravý a druhý tělesně postižený – není to spravedlivé, ale je to tak. Její nerespektování rovnosti např. znamená, že každý se rodíme s jinými, zcela odlišnými znaky. Vítězství silnějšího v přírodě není v souladu s lidskými pravidly morálky. Pomocí práva však můžeme důsledky přírodních jevů vhodně korigovat. Ale nemůžeme je principiálně nazývat nespravedlivými a nemorálními. Lev sežere lišku protože má hlad, liška je slabá, nikdo ji neochránil. Lev proto ještě není nemorální.

Míra a hloubka využití atributů spravedlnosti, rovnosti a morálky není bezbřehá, má svoje hranice (obtížně rozeznatelné a stále velmi diskutabilní s bohatostí názorů) tam, kde by jejich využití způsobilo větší škody, než jejich nevyužití. Protože však toto nemůže normotvůrce vědět předem musí být v právním řádu přítomna obecná pravidla, dle kterých může postupovat. Tato pravidla přítomna jsou, ale nejsou dostatečně využívána. Jinak bychom rozšiřovali známý fenomén zpodrobňování zákonů, kdy se v hmotněprávní (ale i procesněprávní) úpravě promítá celý postup, který je soudci takto „předchystáván“, soudce sám už o něm nemusí zvlášť přemýšlet, neboť postup má dán. Moc zákonodárná tu ingeruje do moci soudní. Předpis vlastně nahrazuje úvahu soudce.²

3. PŘÍKLAD ROZHODOVACÍ ČINNOSTI ÚSTAVNÍHO SOUDU

Ústavní soud rozhodoval ve zcela nepřehledné a vágní právní úpravě ve věci poskytovatele celní záruky např. nález ve věci sp. zn. II. ÚS 152/07 ze dne 6. února 2008, sp. zn. I. ÚS 643/06 ze dne 13. září 2007, (publikován na www.judikatura.cz). Opakovaně rozhodoval o výkladu pojmu globálního zajištění celního dluhu (globální celní záruky) ve věci porušení ústavně zaručeného práva stěžovatelky na spravedlivý proces a soudní ochranu podle čl. 36 odst. 1, odst. 2 a čl. 38 odst. 2 Listiny základních práv a svobod (dále jen „Listina“). Dále namítala, že byla zkrácena v právu vlastnit majetek chráněném čl. 11 odst. 1 Listiny, neboť jí měl být bez zákonného podkladu vyměřen celní dluh, čili daň a poplatek ve smyslu čl. 11 odst. 5 Listiny. Tím došlo i k zásahu do práv garantovaných čl. 2 odst. 2 a čl. 4 odst. 1 Listiny a čl. 2 odst. 3 Ústavy České republiky. Zároveň byl narušen princip právní jistoty dle čl. 1 Ústavy. Stěžovatelka také poukázala na judikaturu Ústavního soudu týkající se povinnosti orgánů veřejné moci šetřit podstatu a smysl základních práv a svobod ve smyslu čl. 4 odst. 4 Listiny a v případě pochybností postupovat mírněji (in dubio mitius).

² Např. to poznáme tam, kde zákon používá slovo: „jestliže“ – a dále řeší situaci, když něco nastane, jak se to něco má posoudit.

Přístup státu, vedoucí k zajištění prostředků státního rozpočtu, není možné akceptovat, pokud je s jeho aplikací spojeno nepřiměřené omezení poskytovatele celní záruky. Ústavní soud proto dospěl k závěru, že výklad globální celní záruky, ke kterému dospěl Nejvyšší správní soud a k němuž následně zavázal i Městský soud v Praze, byl v rozporu s čl. 2 odst. 2 Listiny. Tím byla stěžovatelka zkrácena v právu vlastnickém (čl. 11 odst. 1 Listiny), neboť tím byla přinucena zaplatit z ručení vyšší částku, než jakou mohla při vystavení záruky očekávat, a to i vzhledem k tehdejší praxi a tehdy platným právním předpisům. Správní soudy, shodně jako i celní orgány, tedy při své činnosti provedly extenzivní výklad celního zákona. Tím došlo k nepředvídatelné kumulaci z hlediska množství dotčených případů i z hlediska doby, kdy došlo k sepsání záruční listiny; tuto kumulaci stěžovatelka nemohla ovlivnit. Jako nepřijatelná se rovněž jeví separace jednotlivých případů, která vedla k samostatnému posouzení a následně i samostatnému uplatnění záruky, kdy v daném případě byla provedena opakovaná aplikace celní záruky současně v 55 případech.

Clo, o které se v posuzovaném případě jedná, je formou nepřímé, spotřební daně. Veřejný zájem na stanovení, vyměření a výběru daně, je z hlediska ochrany vlastnického práva a probován čl. 11 odst. 5 Listiny, podle něhož lze daně a poplatky stanovovat toliko na základě zákona. Listina tedy připouští omezení vlastnického práva jednotlivce v této oblasti, leč pouze za účelem stanovení a výběru daně a poplatku. Ústavní soud již dříve dovodil, že podstatou ochrany vlastnického práva v oblasti stanovení a vybírání daní a poplatků není pouze formální podřazení určité daně konkrétnímu ustanovení zákona, ale tato ochrana se v materiálním právním státě, kterým je Česká republika, musí vztahovat také na případy aplikace a interpretace určitého zákonného ustanovení, jež stanoví daňovou nebo poplatkovou povinnost. Porušení vlastnického práva při ukládání daňové povinnosti se tak státní moc dopustí nejen tím, že uloží povinnost zcela extra legem, ale i tehdy, pokud by příslušné zákonné ustanovení aplikovala a především interpretovala způsobem, který by se ocital mimo zákonný podklad stanovení daňové povinnosti, například tak, že by interpretací zákonných ustanovení rozšiřovala daňovou povinnost na subjekty či situace, na něž podle zákona daňová povinnost nedopadá. Jinými slovy, státní moc si při stanovení a vybírání daní a poplatků musí počínat v mezích stanovených zákonem. Přitom ustanovení čl. 11 odst. 5 Listiny je třeba vykládat nikoli pouze v tom smyslu, že orgán veřejné moci je oprávněn uplatnit vůči jednotlivci zákonem konstituovanou pravomoc, a to jakýmkoliv způsobem, nýbrž je rovněž třeba jej vykládat v materiálním smyslu, tj. tak, aby orgán veřejné moci při výkonu své pravomoci respektoval ochranu základních práv jednotlivce.

Ústavní soud se ve shora citovaném nálezu dále zabýval pozitivně právním zakotvením pojmu globální zajištění celního dluhu, resp. globální celní záruky. Institut prošel v době od vystavení předmětné záruky do pravomocného skončení sporů o šíři jejího uplatnění značnými změnami. Z nastíněného vývoje plyne, že globální celní záruka vystavená před 1. 7. 1998 představuje jiný závazek, než záruka vystavená po 1. 7. 1998 a po 1. 7. 1999. Proto bylo pro posouzení věci důležité důsledně rozlišovat jednotlivé časové úseky, vymezené platností té které právní úpravy globálního zajištění celního dluhu. Stěžovatelka nepochybně musela počítat s možností opakovaného plnění teprve až po přijetí vyhlášky č. 135/1998 Sb., tedy po 1. 7. 1998. Podle Ústavního soudu rozlišování mezi užíváním gramatických tvarů dluh a dluhy není žádným vodítkem, a to již proto, že samy celní úřady používají slovo dluh pro označení souhrnu celních dluhů, resp. tvar „dluh“ v praxi slouží k označení celé skupiny pohledávek. Zákon a prováděcí vyhláška tedy byly před datem 1. 7. 1998 nejasné. Pro výklad vágního pojmu globální zajištění celního dluhu byla tedy relevantní aplikační praxe celních orgánů. Jak ale bylo Ústavním soudem zjištěno a konstatováno, výklad byl měněn.

Byť právní stát tvorbě právních předpisů věnuje nejvyšší péči, nevyhne se víceznačností, což plyne jak z povahy jazyka samotného, tak z abstraktnosti právních norem, jakož i z omezenosti lidského poznání a z dynamické povahy sociální reality. Je-li tak k dispozici více výkladů veřejnoprávní normy, je třeba volit ten, který vůbec, resp. co nejméně, zasahuje do toho kterého základního práva či svobody. Tento princip in dubio pro libertate plyne přímo z ústavního pořádku (čl. 1 odst. 1 a čl. 2 odst. 4 Ústavy ČR, nebo čl. 2 odst. 3 a čl. 4 Listiny). Pokud tedy byla předmětná právní úprava zcela nepřehledná, mělo to samo o sobě, s ohledem na vztah kvality zákona představujícího zásah do vlastnictví, při jejím výkladu nutit orgány veřejné moci k výkladové umírněnosti z jejich strany, která by více šetřila základní právo účastníků.

4. ZÁVĚR:

Normy spravedlnosti a morálky nachází uplatnění zejména tam, kde jde o právní vztah založený právním či protiprávním jednáním, kde se tedy promítá vůle lidí. Mají být dostatečně obecné a abstraktní, aby je bylo možno aplikovat na neurčitý počet případů. Je zde vyžadován kvalifikovaný myšlenkový postup aplikujícího – pokud není dán, je voláno po odstranění mezer v zákonech, které ve skutečnosti neexistují. Soudce proto musí být zkušený a musí mít prostor pro vlastní myšlenkový proces. Normami morálky, spravedlnosti a rovnosti můžeme právu pomáhat zejména tam, kde jejich neuplatnění by způsobilo větší negativní či nežádoucí důsledek než jejich uplatněním. Nesmí být těchto norem nadužíváno, neboť mohou potlačovat přirozenou rozmanitost jevů. To také znamená, že pravidla jsou uplatněna jen tam, kde je to právem uznáno, právní pravidla chrání jen legitimní očekávání, nikoliv všechna očekávání jedince.

Literatura:

- Hayek F.A., Právo, zákonodárství a svoboda, přeložil T.Ježek, Academia Praha, 1998, 2.vydání, str. 167
- <http://www.nalus.usoud.cz/>

Kontaktní údaje na autora – email:

barakova@mendelu.cz; salacho@mendelu.cz

PSYCHOLOGICKÉ ASPEKTY INSTITUCIONALIZACE V PROCESU APLIKACE PRÁVA

KARIN BRZOBOHATÁ

Právnická fakulta Masarykovy univerzity, Česká republika

Abstrakt v rodném jazyce

Autorka se v článku věnuje teoretické analýze fungování institucí v procesu aplikace práva. Přeměna českého právního řádu v devadesátých letech dvacátého století přinesla nové podoby práce institucí v procesu aplikace práva. Instituční práci v „tradiční“ podobě doplnily například proces mediace a probace. Autorka uvádí náměty pro psychologická zkoumání obou podob instituční práce v procesu aplikace práva: „tradiční“ i nové. Pozornost je rovněž věnována „ekonomice“ instituční práce. Autorka předpokládá, že využití výsledků zkoumání instituční práce může mít vliv na formování pozitivních postojů k právu.

Klíčová slova v rodném jazyce

Instituce, proces aplikace práva, racionalita.

Abstract

In her article the author focuses on theoretical analysis of how institutions function in the process of law application. The transformation of the Czech legal system that took place during the 1990's meant new methods of work of institutions in the process of law application. The „traditional“ institutional work was extended for example by the procedures of mediation and probation. The author mentions her recommendations for psychological research of both forms of institutional work in the process of law application: i.e. both „traditional“ and new. Some attention is also paid to „economy“ of institutional work. The author assumes that the use of institutional work research results can affect forming positive attitudes to law.

Key words

Institution, process of law application, rationality.

1. INSTITUCE JAKO PRAKTICKÝ PROSTŘEDEK PRÁVNÍ POLITIKY

„Racionalita“ je obecně předpokládaným pojmovým znakem lidského jednání, které má být účelné.¹ Toto tvrzení platí nejen pro jednání jednotlivce, ale přeneseně platí i pro organizované celky, někdy zjednodušeně nazývané „instituce“.² Pokud máme hovořit o

¹ K definici pojmu racionalita uvádí autor Nikolaj Demjančuk: „V běžném užívání je pojem racionality spojován nebo dokonce ztotožňován s efektivitou, optimálností, účelností aktivit člověka.“ In.: Demjančuk, N.: Kulturní tradice a vědecká racionalita. In.: Demjančuk, N., Fajkus, B.: Kultura a vědecká racionalita. 1. vydání. Dobrá Voda u Pelhřimova: Vydavatelství a nakladatelství Aleš Čeněk. Fakulta humanitních studií ZČU v Plzni, katedra filosofie, 2002, s. 9

² Například Roger Scruton k pojmu instituce uvádí: „Instituce projevují svoji existenci intencionálně zaměřenými činy svých členů; instituce také formují a ovládají záměry těchto členů, zčásti tím, že ovlivňují představy, na základě kterých pak oni jednají.“ In.: Scruton, R.: Slovník politického myšlení. Z anglického originálu A Dictionary of Political Thought vydaného nakladatelstvím Pan Books ve spolupráci s The Macmillan Press 1983 přeložil Petr Pithart. 1. vydání (v ČSFR). Brno: Atlantis ve spolupráci s nakladatelstvím ECL, 1990, s. 43. Pro potřeby našeho textu si budeme úzce definovat instituce jako „formálně určená místa vzniku individuálních právních aktů.“ V souladu s doktrinárními názory Viktora Knappa se při používání složeného pojmu „aplikace

„racionalitě jednání institucí“, můžeme si ji nejjednodušším způsobem definovat jako míru souladu mezi praxí instituce a účelem instituce.³ Akty jednání, které se uskutečňují „na půdě“ institucí, lze z pohledu institučního záměru klasifikovat tak, že některé jsou v porovnání s původním záměrem základní, některé jsou podpůrné nebo okrajové. Některá jednání „vnitř instituce“ jsou v souladu s původním záměrem, některá ho nepodporují. Co je z našeho pohledu podstatné: míra zmíněné „racionality“ v procesu aplikace práva může rozhodnout o efektivnosti konkrétní právní úpravy.⁴

Instituce bývají složité útvary, uvnitř kterých se postupně vytváří „obecná tendence k jednání“ (platí to jak pro jednotlivé instituce, tak i pro celé skupiny institucí). Jak uvádí publikace autorů Evy Bedrnové a Ivana Nového: „*Hlouběji než na úrovni její jevové stránky leží v jádru kultury neviditelný, ale identifikovatelný systém řízení a sebeřízení, který umožňuje společný život jednotlivcům.*“⁵ Odpovídající teoretická analýza „psychologie běžného rozhodování“ v institucích, které aplikují právo, může posloužit jako základ budoucích právně politických opatření. To je ústředním tématem následujícího textu.

2. PRÁVNĚ POLITICKÉ ZÁMĚRY A INSTITUČNÍ REALITA

V odborné literatuře nalézáme četné argumenty pro zásadní změny v oblasti aplikace práva.⁶ Jak píše autor Jan Vyklický: „*Proměna stylu práce českých soudů je nutná právě tak, jak je nezbytné konečně opustit paralyzující tradice úřednického soudnictví druhé poloviny 19. století.*“⁷ Výkon instituční praxe úzce definovanou profesní skupinou je prostorem „exkluzivní instituce“.⁸ V tomto prostředí, ohraničeném od „mimoinstitučních“ subjektů, se formují specifické trendy instituční praxe. Některé trendy mohou být nežádoucí: objevují se zbytečně nákladná jednání, nadbytečná jednání, nebo dokonce jednání, která jsou v rozporu s účelem předmětné instituce.⁹ Instituce je prostorem, ve kterém se může skrývat zvláštní rozpor, o

práva“ budu soustředit především na soudnictví. In.: Knapp, V.: Teorie práva. 1. vydání. Praha: C.H. Beck, 1995, s. 187 an.

³ V tomto smyslu uvádí například níže uvedený náleží Ústavního soudu: „*Ústavní soud je povolán toliko k hodnocení, zda soudy v dané věci podaný výklad není svévolný, zda nemá racionální základnu, resp. je na první pohled extrémní.*“ In.: Česká judikatura pod Reg. č.: 1/I/08. Ústavní soud, náleží sp. zn. Pl. ÚS 85/06, 25. 9. 2008. In.: Česká judikatura (sbírka aktuálních rozhodnutí Ústavního soudu, Nejvyššího soudu, Nejvyššího správního soudu a dalších českých soudů). Vydavatel HAVLÍČEK BRAINTEAM ve spolupráci s EPRAVO.CZ, sešit č. I, ročník I, 2008, s. 2/2

⁴ K problematice „efektivnosti práva“ blíže například In.: Knapp, V. a kolektiv. Tvorba práva a její současné problémy. 1. vydání. Praha: Linde a.s.. Právnické a ekonomické nakladatelství a knihkupectví Bohumily Hořínkové a Jana Tuláčka, 1998, kapitola C, s. 49 an.

⁵ Bedrnová, E., Nový, I.: Psychologie a sociologie v řízení firmy. Cesty k efektivnímu využití lidského potenciálu podniku. 1. vydání. Praha: Nakladatelství Prospektrum, 1994, oddíl I, s. 15

⁶ Například v článku autora Jana Vyklického: Vyklický, J.: Téma: otazníky reformy. Kam kráčí (kam zatím dokráčelo) české soudnictví, Soudce, číslo 9, celkově číslo 109, ročník X., 2008, s. 6

⁷ Vyklický, J.: Téma: Reforma justice. Týmy libují změnu nutnou pro zvládnutí objemu práce soudů. Soudce, číslo 10, celkově číslo 110, ročník X., 2008, s. 8

⁸ Autor František Šamalík hovoří o „exkluzivních“ institucích tam, kde členství „není pro každého“. Blíže In.: František Šamalík. Člověk a instituce. Antinomie moderní demokracie. 1. vydání. Praha: Svoboda, 1967, s. 192

⁹ Jako příklad nám může posloužit údaj, který uvádí Jan Vyklický ve své stati o změnách v soudnictví: „...*(odhaduje se, že podíl méně kvalifikovaných úkonů dosahuje-jistě i podle stupně jurisdikce a druhu agendy, 10 až 50% činnosti dnešního soudce) na různě kvalifikovaný aparát soudů;...*“ In.: Vyklický, J.: Téma: reforma justice. Týmy slibují změnu nutnou pro zvládnutí objemu práce soudů. Soudce, ročník X., číslo 10, 2008. s. 9

kterém hovoří autor František Šamalík: „V organizační praxi se konflikt mezi normativním modelem a skutečností projevuje v uznání, že nestačí pouhé dodržení litery předpisu, že jednání je nutno zkoumat i z hlediska jeho účelnosti (kritériem účelnosti je cíl dané instituce jako celku, nikoliv cíl některé jeho části).“¹⁰ Výše uvedené vzbuzuje otázku: Kolik lidské kreativity je třeba uplatnit při vytváření individuálních právních aktů?¹¹ Domnívám se, že snaha o „nejlepší argumenty“ může v krajních případech vést k „předvádění profesionálního umění za každou cenu“. Jak uvádí autorka Drahomíra Houbová: „...kvaziargumentací mohou být i dnes módní odkazy na zahraniční (západní) judikaturu, ale i nevhodné odkazy do historie, nepodložené argumentování principy, vyššími hodnotami tam, kde postrádá jejich použití racionálnost a zůstává na úrovni pouhopouhé racionalizace.“¹² Argumentační praxi může podle mého názoru prospět postupné vytváření vědomí příslušnosti ke kvalitní instituci.¹

3. ZÁVĚREM

Transformace práva v České republice v devadesátých letech dvacátého století přinesla i nové podoby institučního života.¹⁴ V odborné literatuře se v této souvislosti hovoří o procesu „dejuridizace“?¹⁵ Adresáti práva se nově setkali s prostředím institucí, které se od stávajícího odlišují „vnitřní ekonomikou“.¹⁶ I s tím ohledem se domnívám, že před aplikujícími subjekty, (především před soudci), leží naléhavější problém, než se na první pohled jeví. Právě oni jsou totiž jedni z hlavních nositelů sdělení o kvalitě právní regulace. Jak se vyjádřila jedna z největších českých autorit teorie práva dvacátého století, Viktor Knapp: „Důležité...je to, že to od svého počátku bylo a je soudnictví, kterému právo (zákon) a právní kultura umožňují,

¹⁰ Šamalík, F. Člověk a instituce. Antinomie moderní demokracie. 1. vydání. Praha: Svoboda, 1967, s. 127

¹¹ K tomu například autorka Drahomíra Houbová In.: Houbová, D.: Standardní a nadstandardní metody interpretace právního textu a rétorika v soudcovské argumentaci. In.: Gerloch, A., Maršálek, P.: Problémy interpretace a argumentace v soudobé právní teorii a právní praxi. Sborník příspěvků z vědeckého kolokvia kateder teorie práva právnických fakult České republiky (Milovy 19.-20.6. 2002). Praha: Eurolex Bohemia, 2003, s. 116 an.

¹² Houbová, D.: Standardní a nadstandardní metody interpretace právního textu a rétorika v soudcovské argumentaci. In.: Gerloch, A., Maršálek, P.: Problémy interpretace a argumentace v soudobé právní teorii a právní praxi. Sborník příspěvků z vědeckého kolokvia kateder teorie práva právnických fakult České republiky (Milovy 19.-20.6. 2002). Praha: Eurolex Bohemia, 2003, s. 119

¹ K této problematice například autor Milan Rymeš In.: Štikar, J., Rymeš, M., Riegel, K., Hoskovec, J.: Základy psychologie práce a organizace. 1. vydání. Praha: Karolinum, Nakladatelství univerzity Karlovy, 1998, s. 99 an.

¹⁴ Změnu přinesl například zákon č. 257/2000 Sb., o Probační a mediační službě a o změně zákona č. 2/1969 Sb., o zřízení ministerstev a jiných ústředních orgánů státní správy České republiky, ve znění pozdějších předpisů, zákona č. 65/1965 Sb., zákoník práce, ve znění pozdějších předpisů a zákona č. 359/1999 Sb., o sociálně-právní ochraně dětí (zákon o Probační a mediační službě), jak vyplývá ze změn provedených zákonem č. 112/2006 Sb., č. 264/2006 Sb. a č. 343/2006 Sb. In.: Úplné znění. Číslo 679. Ostrava-Hrabůvka: Nakladatelství Sagit, a.s., 2008, s. 405-410

¹⁵ S termínem „dejuridizace“ pracuje autorka Alexandra Krsková. Tímto termínem má na mysli „přesun“ původně právní „agendy“ k jiným, než soudním institucím. In.: Krsková, A.: Dobrodružstvo evropské integrace a právní myšlení, Právník, ročník 140, číslo 10, 2001, s. 1012

¹⁶ Hovořím-li zjednodušeně o „nové ekonomice“ institucí, mám tím na mysli novou podobu instituční praxe. Teoreticky se o tomto problému zmiňuje autor František Šamalík v kapitole Racionalizace institucí knihy Člověk a instituce. Zde autor upozorňuje na následující: „O. Lange rozlišuje dva druhy racionalizace jednání-racionálnost věcnou a racionálnost metodologickou.“... „Věcná racionálnost jednání je ... jiným vyjádřením účinnosti jednání. Metodologická racionálnost určuje, že jednání je racionální z hlediska daných znalostí...“. In.: Šamalík, F.: Člověk a instituce. Antinomie moderní demokracie. 1. vydání. Praha: Svoboda, 1967, s. 39

*aby do práva vnášelo něco nového, že je to soudnictví, kterému, ..., zákon dovoluje aby vidělo jeho vlastní nedokonalost, a aby ji aplikační činností odstraňovalo a tím samo působilo na právní kulturu.*¹⁷ „Rekonstrukce“ rozhodovací praxe musí být především proces, na kterém se budou aktivně podílet sami zúčastnění „aktéři“ (to znamená subjekty, aplikující právo). Jsem přesvědčena, že ve svém důsledku může tato změna příznivě ovlivnit formování postojů k právu.¹⁸

Literatura:

- Bedrnová, E., Nový, I.: Psychologie a sociologie v řízení firmy. Cesty k efektivnímu využití lidského potenciálu podniku. 1. vydání. Praha: Nakladatelství Prospektrum, 1994. 411 stran, ISBN 80-7175-010-7
- Demjančuk, N., Fajkus, B.: Kultura a vědecká racionalita. 1. vydání. Dobrá Voda u Pelhřimova: Vydavatelství a nakladatelství Aleš Čeněk. Fakulta humanitních studií ZČU v Plzni, katedra filosofie, 2002. 140 stran, ISBN 80-86473-24-4
- Durozoi, G., Roussel, A.: Filozofický slovník. Z francouzského originálu „Dictionnaire de philosophie“ přeložili Jan Binder, Jan Janda, Zora Kidlesová, Hana Majerová, Anna Pokorná, Jan Sokol a Mario Stretti. Redakce českého vydání: Věra Hrubanová. 1. vydání. Praha: EWA Edition, 1994. Paris: Editions NATHAN, 1990, ISBN 2-09-180113-5. Praha: EWA Edition, 1994. 352 stran, ISBN 80-85764-07-5
- Knapp, V.: Teorie práva. Právnické učebnice. 1. vydání. Praha: C.H. Beck, 1995. 247 stran, ISBN 80-7179-028-1 (C.H. Beck, Praha), ISBN 3-406-40177-5 (C.H.Beck, München)
- Knapp, V. a kolektiv. Tvorba práva a její současné problémy. 1. vydání. Praha: Linde a.s.. Právnické a ekonomické nakladatelství a knihkupectví Bohumily Hořínkové a Jana Tuláčka, 1998. 462 stran, ISBN: 80-7201-140-5
- Scruton, R.: Slovník politického myšlení. Z anglického originálu A Dictionary of Political Thought vydaného nakladatelstvím Pan Books ve spolupráci s The Macmillan Press 1983 přeložil Petr Pithart. 1. vydání (v ČSFR). Brno: Atlantis ve spolupráci s nakladatelstvím ECL, 1990. 183 stran. ISBN 80-7108-013-6
- Syřišťová, E. a kolektiv. Normalita osobnosti. 1. vydání. Praha: Avicenum-zdravotnické nakladatelství, n. p., 1972. 232 stran, Bez ISBN. Č. 08-021-72
- Šamalík, F.: Člověk a instituce. Antinomie moderní demokracie, 1. vydání. Praha: Svoboda, 1967. 354 stran, Bez ISBN. Č. 25-037-67

¹⁷ Knapp, V.: Přínos středoevropského soudnictví k evropské právní kultuře, Právník, ročník 132, číslo 9, 1993, s. 734

¹⁸ K problematice postojů například In.: Večeřa, M., Urbanová, M.: Sociologie práva, 1. vydání. Plzeň: Vydavatelství a nakladatelství Aleš Čeněk, s.r.o., 2006, s. 237 an.

- Štikar, J., Rymeš, M., Riegel, K., Hoskovec, J.: Základy psychologie práce a organizace. 1. vydání. Praha: Karolinum. Nakladatelství univerzity Karlovy, 1998. 203 stran, ISBN 80-7184-091-2
- Večeřa, M., Urbanová, M.: Sociologie práva, 1. vydání. Plzeň: Vydavatelství a nakladatelství Aleš Čeněk, s.r.o., 2006. 335 stran, ISBN 80-86898-72-5

Články:

- Demjančuk, N.: Kulturní tradice a vědecká racionalita, s. 8-22. In.: Demjančuk, N., Fajkus, B.: Kultura a vědecká racionalita. 1. vydání. Dobrá Voda u Pelhřimova: Vydavatelství a nakladatelství Aleš Čeněk. Fakulta humanitních studií ZČU v Plzni, katedra Filosofie, 2002. 140 stran, ISBN 80-86473-24-4
- Houbová, D.: Standardní a nadstandardní metody interpretace právního textu a rétorika v soudcovské argumentaci. Strany 111-119 In.: Gerloch, A., Maršálek, P.: Problémy interpretace a argumentace v soudobé právní teorii a právní praxi. Sborník příspěvků z vědeckého kolokvia kateder teorie práva právnických fakult České republiky (Milovy 19.-20.6. 2002). Praha: Eurolex Bohemia, 2003. 209 stran, ISBN 80-86432-12-2
- Knapp, V.: Přínos středoevropského soudnictví k evropské právní kultuře, Právník, ročník 132, číslo 9, 1993, strany 722-736
- Krsková, A.: Právna kultúra. Právny Obzor, ročník 69, číslo 1, 1986, strany 21-33
- Krsková, A.: Dobrodružstvo evropskej integrácie a právne myslenie. Právník, ročník 140, číslo 10, 2001, strany 1004-1014
- Kühn, Z.: Základní modely soudcovské argumentace, Právník, ročník 140, číslo 4, 2001, strany 342-368
- Vyklický, J.: Téma: otazníky reformy. Kam kráčí (kam zatím dokráčelo) české soudnictví, Soudce. Číslo 9, celkově číslo 109, ročník X, 2008, strany 6-16. Vydala Soudcovská unie České republiky, ISSN 1211-5347
- Vyklický, J.: Téma: Reforma justice. Týmy libují změnu nutnou pro zvládnutí objemu práce soudů, Soudce, číslo 10, celkově číslo 110, ročník X, 2008, strany 8-14. Vydala Soudcovská unie České republiky. ISSN 1211-5347

Další zdroje:

- Česká judikatura (sbírka aktuálních rozhodnutí Ústavního soudu, Nejvyššího soudu, Nejvyššího správního soudu a dalších českých soudů). Vydavatel HAVLÍČEK BRAINTEAM ve spolupráci s EPRAVO.CZ. Sešit č. I, ročník 1, 2008

- Občanský soudní řád: zákon č. 99/1963 Sb. ze dne 4. prosince 1963, ve znění pozdějších předpisů. In.: Občanský soudní řád. Texty zákonů, č. 3, C.H. Beck. 300 stran. ISBN 80-7179-944-0
- Zákon č. 257/2000 Sb., o Probační a mediační službě a o změně zákona č. 2/1969 Sb., o zřízení ministerstev a jiných ústředních orgánů státní správy České republiky, ve znění pozdějších předpisů, zákona č. 65/1965 Sb., zákoník práce, ve znění pozdějších předpisů a zákona č. 359/1999 Sb., o sociálně-právní ochraně dětí (zákon o Probační a mediační službě), jak vyplývá ze změn provedených zákony č. 112/2006 Sb., č. 264/206 Sb. a č. 343/2006 Sb. In.: Úplné znění. Číslo 679. Ostrava-Hrabůvka: Nakladatelství Sagit, a.s., 2008, strany 405-410, ISBN 978-80-7208-691-7

Kontaktní údaje na autora – email:

Karin.Brzobohata@seznam.cz

O ANTROPOLOGIZÁCII PRÁVA

JÁN ČIPKÁR

Právnická fakulta, Univerzita P. J. Šafárika v Košiciach, Slovenská republika

Abstrakt v rodném jazyce

Právna antropológia predstavuje jeden z perspektívnych vedeckých smerov súčasnej právnej vedy. Predmetom jej skúmania je právo ako sociálno-kultúrny fenomén vo všetkých jeho rôznorodých historických a súčasných prejavoch. Pritom je potrebné brať do úvahy úlohu, ktorú v právnom vývoji zohrávajú ekonomické, politické, sociálne i kultúrne podmienky, etnické štruktúry, geografické a klimatické faktory a tiež filozofické a náboženské názory.

Právna antropológia vystupuje ako náuka založená na princípe poznania vzájomnej súčinnosti tradičných a súčasných právnych systémov, ich syntézy – poznania, sledujúceho cieľ predstaviť adekvátny obraz o právnom bytí človeka.

Klíčová slova v rodném jazyce

Právna antropológia.

Abstract

Legal anthropology represents one of the perspective disciplines of the contemporary legal science. The object of its interest is law as a socio-cultural phenomenon in all of its different historical and contemporary manifestations. That said, it is necessary to consider the role of economical, political, social, and cultural conditions, ethnical structures, geographical and climatic factors as well as philosophical and religious viewpoints in the development of law.

Legal anthropology acts as a collection of teachings based on the principle of knowledge of mutual concurrence of traditional and contemporary legal systems, their synthesis – recognition with the goal of introducing an adequate image of legal existence of man.

Key words

Legal anthropology.

1. NAMIESTO ÚVODU: MÁME NADBYTOK ALEBO NEDOSTATOK PRÁVA?

Právo = zákon? Čo je právo? Je písmeno zákona nadovšetko? Je (iba) právny pozitivizmus právo? Napriek tomu, že sa vydávajú stále nové zákony, nariadenia vlády a iné právne akty, môžeme povedať, že je stále viac aj práva ako miery slobody a spravodlivosti?

Napr. **V. S. Nersesjanc** odlišuje pojem právo a zákon, avšak poukazuje na ich vzájomnú podmienenosť. Právo je historicky určená a objektívne podmienená forma slobody v reálnych vzťahoch. Zákon dodáva právu univerzálnosť formy.¹ Hypertrofia tejto formy komplikuje orientáciu súčasného človeka v systéme právnych koordinát. Zákon ho spútava tisíckami nitiek a jeho sloboda sa stáva iluzórnou. Východiskom môže byť odlišovanie práva a zákona (pozitívneho práva) a pod právom (v jeho odlišovaní a súvzťažnosti so zákonom) sa má na

¹ Pozri: Nersesjanc, V. S.: Pravo i zakon. Moskva 1983.

pamäti nie prirodzené právo, ale bytie a normatívne vyjadrenie (konkretizácia) princípu formálnej rovnosti (ako podstaty a špecifického princípu práva).²

V čom spočíva zdroj odcudzenia sa práva človeku? Je možné skutočné právne bytie človeka iba v rozvinutej občianskej spoločnosti? Svojou aktuálnosťou nezaostáva ani problematika antropologizácie práva ako vyjadrenie problému prekonania krízy súčasnej demokracie, straty jej ľudského aspektu. Formalizácia tradičných foriem demokracie, nedostatok inovačných potencií v súčasnej demokracii, a najmä malý záujem o jednotlivého človeka, posúvajú ju do čoraz hlbšej krízy. Uvedený problém nie je nový. O kríze tradičnej demokracie sa hovorilo už na začiatku 20. st. (M. Weber, G. Kelsen a iní): jej jazyk a obsah sa stávajú čoraz menej pochopiteľné pre obyčajného človeka. **J. Schumpeter** zdieľa názor, že demokracia sa stala obyčajným symbolom viery, strácajúci svoju racionalitu.³

Súčasná demokracia a súčasné právo stoja pre voľbou foriem svojho prežitia v podmienkach čoraz viac sa urýchľujúcich procesov globalizácie problémov súčasného sveta.

Výzvy civilizácie. Prelom storočí, dokonca tisícročí je dobou bezprecedentnej globalizácie súčasného sveta, vojensko-strategickej, ekonomickej, politickej, informačnej a kultúrnej. Zavedenie výpočtovej techniky – internetu zvestuje o „novom človeku“ - o človeku numerickom, ktorého tvoriaca a tvorivá schopnosť sa rapídne upadá, alebo sa uzatvára v medziach znakov – číselných symbolov. Podobne upadá aj úroveň juridizácie myslenia súčasného človeka, najmä mládeže, o čom konštatujú mnohí sociológovia. Môže dôjsť k tomu, že o jedno – dve pokolenia sa vytratí homo juridicus ako historický typ človeka – občana.

Globalizácia kultúry, americký „kultúrny imperializmus“ priviedli k banalizácii mnohých svetových kultúr i kultúry ako takej. V dôsledku čoho dochádza aj k narušeniu základov nielen kultúrneho pluralizmu, ale aj právneho pluralizmu: stierajú sa hranice medzi právnymi systémami, zakladajúcich sa na spoločnom type kultúr a civilizácií.

Jednou zo základných podmienok prijatia nových štátov do Európskej únie je štandardizácia ich právnych systémov, t. j. značný stupeň ich univerzalizácie a postupné zrieknutie sa tzv. národných osobitostí právnych systémov národných štátov. Odteraz sa dejiny európskeho práva tvoria v Bruseli a Štrasburgu.

Ekonomická globalizácia vedie k redukcii moci národných štátov: vo svete vyvíja svoju činnosť viac ako 40 tisíc mnohonárodných korporácií, trhov tovarov, kapitálov a služieb, ktoré sa formujú mimo štátu a mimo ich právnych systémov. Medzinárodné trhové konvencie i medzinárodné právne obyčaje (v lepšom prípade!) alebo pravidlá hry mafiánskeho „internacionála“ (v horšom prípade!) regulujú základné toky ekonomickej výmeny. Práve na nich sa obracajú podnikatelia, vtiahnutí do týchto tokov. Národné právo je v menšine na svetovom ekonomickom trhu.

Medzinárodnoprávna garancia práv človeka, ktorá nadobudla svoju právnu formu prijatím *Všeobecnej deklarácie práv človeka* (1948), *Európskej konvencie o ochrane práv človeka a základných slobôd* (1950), *Medzinárodného paktu o občianskych a politických právach* (1966), *Záverečného aktu Konferencie o bezpečnosti a spolupráce v Európe* (1975) a iných

² Nersesjanc, V. S.: Jurisprudencia. Moskva 1998, s. 4.

³ Pozri práce na túto problematiku: Kovler, A. I.: *Krizis demokraciji? Demokracija na rubeže XXI. V.* Moskva 1997

dohôd, predpokladá vytvorenie nadštátnych orgánov ochrany práv človeka, ako sú napr. Komisia OSN pre ľudské práva, Medzinárodná organizácia práce, Európsky súd pre ľudské práva a pod. Ak sa vyčerпали národné prostriedky ochrany práv, občan má možnosť sa obrátiť na medzinárodné, t. j. nadštátne orgány, vystupujúc so svojou vecou aj proti svojmu štátu. Právne bytie súčasného človeka prekračuje storočiami formované hranice právnych systémov národných štátov a nadobúda globálny rozmer.

Procesy právnej globalizácie (vyžadujúce si špeciálnu reflexiu) ustanovujú inú hierarchiu právnych noriem v porovnaní s doterajšou, podľa ktorej sa riadili predchádzajúce pokolenia (rušia sa historicky sformované typy právneho vedomia). Súčasná právna teória, ako aj právo celkove, sú povinné reagovať na výzvy právnej globalizácie adekvátne podľa rozsahu vzniknutého problému. V tejto súvislosti môžeme napríklad spomenúť problém (nadobúdajúci globálny charakter) mutácie súčasnej rodiny - čoraz väčšie rozšírenie tzv. nukleárnej (málopočetnej) rodiny, inštitút slobodnej matky (otca), problematiku alternatív vzniku človeka, internacionalizáciu osvojenia a pod. Pred nami je matrica právnych koordinát súčasného človeka, podstatným spôsobom sa odlišujúcich od právnych koordinát doterajšieho bytia človeka (aspoň do prvej polovice 20. st.).

Položme si „neprijemnú otázku“: *čo je pozitívne (blaho) a čo negatívne (zlo) v súčasnom práve?*

Súčasné právo ako dve stránky jednej mince. Dve veľké revolúcie 18. st., americká a francúzska, boli dovŕšené právnikmi, ktorí sa spoliehali na silu zákona a ktorí boli presvedčení, že pre nastolenie nového spoločenského poriadku stačí niekoľko dobrých zákonov. Nakoniec mnohé zákony a kódexy tej doby boli fixáciou a kodifikáciou jestvujúcich zákonov. Do polovice 19. st. sa zachovávala viera v nemennosť základných princípov, zdedených od škôl prirodzeného práva. Zákony a kódexy sa nemenili často, ich prezentovanie bolo dané jasnými, nie dvojzmyselnými formuláciami. Dokonca spisovateľ Stendhal, ak chcel dodať svojmu štýlu písania krátkosť a zreteľnosť vyjadrenia, obrátil sa k Napoleónovmu Občianskemu a Rodinnému kódexu.

Na začiatku 20. st. právo pod vplyvom definitívneho pretrhnutia väzieb s náboženstvom a za asistencie pozitívnych vied, zdôrazňujúcich determinovanosť podmienok života človeka okolnosťami mimo jeho vôle, stráca svoje historické a ideové korene (aj napriek tomu, že svetlo majáka etických princípov sem tam zažne!) a kráča svojou cestou až do dnešných dní.

Právo v dnešných dňoch, v snahe kráčať v súlade so urýchľujúcimi sa zmenami v spoločnosti a ekonomike, sa mení a vyvíja doteraz nevídaným tempom: polovica normatívneho masívu vo svete je vytvorená počas doby kratšej, než je tridsať rokov. Čím vyššia je tvorba práva, tým viac je potrebné zvyšovať počet právnikov pre jeho interpretáciu a viac-menej adekvátnu aplikáciu. Profesia právnik, advokáta, notára, sudcu, súdneho vykonávateľa sa stáva čoraz viac masovou profesiou, umožňujúcou lepšie materiálne a finančné zabezpečenie v porovnaní s inými profesiami. Je možné uviesť paralelu, či inflácia práva – zákona (prejavujúca sa už v niektorých západných krajinách), neprivedie k „inflácii“ samotných právnikov (napr. ako vlna vedecko-technickej revolúcie priviedla k nadbytku inžinierov a technikov v niektorých oblastiach ekonomického života).

Kvantitatívny počet normatívneho masívu je sprevádzaný jeho špecializáciou: stále viac sa objavujú nové odvetvia práva, nárokuje si vlastný predmet. Avšak špecializácia práva, odrážajúca objektívne procesy juridizácie bytia človeka, privádza k jeho fragmentácii. Udržať v pamäti jedného človeka aspoň všeobecné idey tohto mozaikového masívu sa stáva fyzicky

i psychicky nemožné a podobne je to s riadením sa týmito ideami v každodennom živote. Namiesto skutočného práva na scénu vstupuje jeho surogát v podobe (viac-menej) ľubovoľných interpretácií a komentárov.

Aplikácia výpočtovej techniky umožňuje právnym masív doviesť na úroveň obyčajného informačného toku v takej podobe ako je to pri ekonomickej štatistike a iných faktov umožňujúcich matematické spracovanie. Výsledkom tohto procesu je, že informácia, objavujúca sa na obrazovke počítača predstavuje skôr výsledok vyhľadávacej operácie, realizovanej podľa zákonov matematickej logiky, než výsledok právnickej kvalifikácie a ešte v menšom meradle predstavuje akt právneho poznania a celkom málo aj akt právneho hodnotenia. Je možné konštatovať, že základným paradoxom súčasného práva (napriek tomu, že predstavuje obrovský masív právneho materiálu a tým si aj vyžaduje mnohé prostriedky na jeho spracovanie a tiež potrebnú kvalifikáciu) je to, že v ho reálnej skutočnosti ubúda?

Pred právnikmi sa pri tvorbe požadovaných špecializovaných právnych noriem sa vynára otázka, či svojou aktivitou sa nezaslúžia o nadbytok práva.

Právnik sa musí naučiť reflektovať právo inak, ak má ešte nádej zodpovedať na zákonné otázky kladené spoločnosťou. V akých medziach sa má pohybovať? Má to byť právo viac späté s morálkou, má byť menej imperatívne, viac pružné a menej objemné? Má sa vrátiť k tradičným spoločnostiam s ich moralizátorstvom, posväteným mytológiou a náboženstvom a preto prirodzene platným pre všetkých, pružným a ľahko dostupným právom pre každého?⁴ Alebo je to ponuka využiť skúsenosti týchto spoločností, viac spätých s človekom a pokúsiť sa nájsť nejaké ponaučenie pre súčasné právo?

Návrat k prameňom? Niektoré ponaučenia z dejín práva. V roku 1928 vyšla kniha *Antropológia a súčasný život* od antropológa **F. Boasa**, v ktorej autor dokazoval, že tradičné spoločnosti môžu mnohému naučiť aj dnes, že rasa nepodmieňuje typ kultúry a práva, že prostredie človeka je viac kriminogénnym faktorom, než dedičnosť a pod. Dôležitým Boasovým záverom z analýzy tradičných spoločností je to, že právo musí prevažovať nad silou a donútením a podmienkou jeho efektívnosti musí byť vnútorné presvedčenie.

Ďalšie ponaučenie vyplývajúce z tradičných spoločností spočíva v tom, že písomný charakter práva nie je ukazovateľom jeho rozšírenosti, hoci aj z toho dôvodu, že všetky objekty právnej regulácie mali by vedieť čítať i písať, čo bolo vzácnosťou v starovekých spoločnostiach, čo je vzácnosťou aj v krajinách tzv. tretieho sveta a tiež v USA, kde do 25% obyvateľstva nemôže používať písomný text. Písané právo – rímske a kanonické – bolo údelom menšiny, prostriedkom moci vládnucej elity, takže väčšina obyvateľstva sa musela uspokojiť s „vulgárnym“ právom, t. j. ústnym prekladom písaného práva do jazyka dostupného pre jeho pochopenie.

Písomnosť mení charakter práva, ale právo nevytvára, je jeho formujúcim prvkom. Nie je nič prekvapujúce v tom, že civilizácie s písomnou kultúrou nie sú automaticky najprávnejšie. Existencia písaného, oficiálneho práva a ústnych, národných, právnych tradícií je charakteristická aj pre mnohé súčasné spoločnosti, čo sa označuje za právny pluralizmus.

Právny pluralizmus umožňuje africkým spoločnostiam zachovávať spoločne s oficiálnym právom aj právne obyčaje v podobe významného regulátora spoločenských a osobných vzťahov. V Číne, a najmä v Japonsku podstatný vplyv morálky a etiky na právo umožňuje

⁴ Rouland, N.: *Aux confins du droit*. Paris 1991, p. 29.

často nachádzať v právnom konflikte kompromis a zmierenie. Indické právo apeluje predovšetkým k cnosti – dharme, k základu svetonázoru Inda. Komparatívna právna veda a právna antropológia umožňujú pochopiť právnu logiku týchto spoločností a vedecky zdôvodniť aplikovateľnosť jednotlivých prvkov ich právnych systémov v súčasnom európskom práve.

Idea právneho pluralizmu. Zdá sa, že výhody právneho pluralizmu v porovnaní s právnym monizmom sú očividné: právny pluralizmus umožňuje načas reagovať na rôzne životné situácie a poskytuje človeku rozumné alternatívy správania sa v týchto situáciách; právny monizmus determinuje konanie človeka vôľou štátu a predstaviteľov štátnych orgánov. Právny monizmus je relatívne novým javom v dejinách práva, pretože do konca 18. st. na právnej mape sveta prevládali spoločnosti, ktoré preferovali právny pluralizmus. Napriek tomu v európskom práve dominuje najmä v intenciách právneho pozitivizmu štátoprávny monizmus, avšak treba poznamenať, že bez ohľadu na spoločné svetonázorové zdroje, právna doktrína krajín „všeobecného práva“ menej striktné pripútať právo k štátu v porovnaní so systémom kontinentálneho práva, kde prevláda štátne právo.

Prečo je legálne iba štátne právo a to najmä v krajinách, ktoré boli ovplyvnené ideami Francúzskej revolúcie, predovšetkým v samotnom Francúzsku, kolíske práv človeka? Je známe, že „veľké buržoázne revolúcie“ boli realizované pod dohľadom právnikov. Záľuba v zákonoch a kódexoch ako regulátoroch spoločenských vzťahov a vyjadrenie všeobecnej vôle nevyhnutne viedlo k posilneniu úlohy štátu, garanta právnej stability a jediného predstaviteľa suverenity národa. „*Nijaké zoskupenie osôb, nijaká jednotlivá osoba nemôže mať moc, ktorej zdrojom by nebol národ*“ (Deklarácia práv človeka a občana, 1789, čl. 3).

Objavenie sa ideí solidarity a právneho socializmu na začiatku 19. st. predstavovalo obrat v právnom vedomí nového pokolenia právnikov, ktorí mali pochybnosti o tom, že zákon vyjadruje všeobecnú vôľu. **Francúzsky Občiansky kódex roku 1804** (Napoleónov kódex) predpokladal, že vôľa jednotlivcov je dostatočným dôvodom na realizáciu činností, ktoré majú právny význam, napr. uzatvárať kontrakty. Ochrancovia všeobecnej vôle zo stany štátu eliminovali narastanie autonómnych aktivít zo strany štruktúr občianskej spoločnosti – profesionálnych zväzov, asociácií, korporácií; podľa ich presvedčenia idey solidarity a spravodlivosti majú prevahu nad individuálnou vôľou, vôľou jednotlivých skupín.

Zdá sa, že rozvoj systému sociálneho zákonodarstva a formovanie základov občianskej spoločnosti oslabili normotvornú úlohu štátu, pretože štátu bola ponechaná iba funkcia regulátora nových sociálnych vzťahov, sprostredkovateľa medzi predchádzajúcimi a novými subjektmi práva. **Právny pluralizmus** vystupoval v podobe súbežnej aplikácie etatických a korporatívnych spôsobov riadenia. Avšak už na počiatku 20. st. v systéme kontinentálneho práva dochádza k spätnému návratu ku kultu Zákona ako základného prameňa práva, napriek tomu, že učebnice práva naďalej poukazovali aj na iné jeho pramene: doktrínu, obyčaj, súdne rozhodnutia a pod. Právny štát bol stotožňovaný so „štátnym právom“ (právom štátu) a zároveň politická teória tvrdila, že prameňom práva je národ, že spoločnosť je schopná samoregulácie bez nadbytočného vplyvu štátu, ktorému zostáva v kompetencii najmä regulácia vzťahov na periférii občianskej spoločnosti: obrana, zahraničná politika, bezpečnosť, peňažná emisia a pod.

Zmysel modernizmu v spojitosti s právom a právnym bytím človeka spočíva v tom, že vzťah „individuum – štát“ beznádejne zostarol, ba dokonca je nebezpečný: kde je slabo rozvinutá občianska spoločnosť, tam je i slabý štát, hoci obyčajný realizmus a intuícia umožňujú vlastne aj ich vzájomnú závislosť. Je zrejmé, že po určitom období, kedy prevládal prevažne záujem

o teóriu elít, opäť sa prejavil v právnej a politickej antropológii záujem o úlohu človeka v súčasnom svete. Nastal čas porozmýšľať aj o antropologizácii štátu, v ktorom i naďalej nachádzame odcudzenosť vládnych mocenských štruktúr od človeka.

Axiologický aspekt súčasného práva je tesne spätý s antropologizáciou právnej vedy a dokonca i právnej praxe. Jedným z najvšeobecnejších príznakov antropologizácie objektov skúmania v právnej vede je prioritná reflexia takej problematiky ako sú práva človeka a právne prostriedky ich ochrany. Práva a slobody človeka i občana predstavujú snáď jediný hodnotový systém, umožňujúci harmonizáciu vzťahov človeka so spoločnosťou a štátom, prekonať ich vzájomné odcudzenie. Uznávajúc práva a slobody iných, vyžadujem aj voči sebe podobný vzťah. Moje právo na dôstojnú existenciu, na úctu voči mojej osobe, ako aj právo mne podobných, stáva sa jedinou hodnotou, spájajúcou ma s právnym poriadkom. Nie náhodne apelácia na práva človeka a občana bola najrozšírenejšou formou legitimácie sociálneho protestu v mnohých bývalých postsocialistických európskych krajinách. Takýto model právneho svetonáhľadu má šancu stať sa v spoločnosti dominujúcim. Avšak najsť optimálnu variantu vzájomných vzťahov jednotlivých osôb, kolektívu, štátu a spoločnosti nie je ľahkou záležitosťou súčasnej právnej teórie i praxe.

Právo a zákon sú neoddeliteľnými zložkami plnohodnotného bytia súčasného človeka, jeho dôstojnej existencie. Avšak právne vedomie občana je podmienené dostupnosťou Zákona a jeho morálnym zdôvodnením. Iba taký text zákona, ktorý je vyjadrený jasne a zreteľne, iba morálne odôvodnené a hodnotovo orientované právo má šancu byť pochopené, uznávané a zahrnuté do systému životných a etických princípov človeka. Dosiachnutie tohto cieľa je možné s reflexiou uznania právneho pluralizmu, pre ktorý v rovnakej miere subjektom tvorby práva vystupuje okrem štátu aj človek vo všetkých podobách svojho spoločenského bytia. Nakoniec iba hodnotovo orientované a nami uvedomované ako spravodlivé právo je schopné nás zmieriť so spoločnosťou i s nami samými. Alebo existujú zákony, ktoré nás ochraňujú od nás samých?

Vyššie naznačené problémy (aj keď v nadnesenej forme) privádzajú nás k myšlienke potrebnosti venovať adekvátnu pozornosť človeku, jeho právnemu bytiu v rámci všeobecnej jurisprudencie. Ide o problematiku, ktorá je obsahom pomerne novej právnej disciplíny – antropológie práva alebo právnej antropológie.

Antropológia ako veda o pôvode a evolúcii človeka nadobudla v poslednom období rôzne druhy špecializácie vďaka objavom etnografov, archeológov, historikov, filológov a vedcom rôznych odvetví poznania. Aj právna veda na začiatku 21. storočia zaostila svoju pozornosť na takú sféru bádania, ktorá sa ukrýva pod názvom „*právna antropológia*“ alebo „*antropológia práva*“. Termínom „**právna antropológia**“ sa začala označovať reálne jestvujúca vedná disciplína, formujúca sa na rozhraní etnológie, antropológie a právnej vedy.

Právna antropológia vďaka svoj vznik jurisprudencii v spolupráci s celým radom ďalších humanistických disciplín a predovšetkým so sociálnou antropológiou, etnológiou, sociológiou, kulturológiou, dejinami, filozofiou (najmä s filozofiou dejín).

Existujú fakty, ktoré sa stali dostatočným dôvodom pre sformovanie osobitnej disciplíny v rámci všeobecnej jurisprudencie - **právnej antropológie**, venujúcej svoju pozornosť bezprostredne človeku, jeho právnemu bytiu (teda spájajúcej poznatky o človeku s právnou problematikou).

2. TRADÍCIA A SÚČASNÝ STAV PRÁVNEJ ANTROPOLÓGIE

Vznik právnej antropológie môžeme datovať k 2. polovici 19. storočia do doby vyvrcholenia právneho evolucionizmu ovplyvneného rôznymi právnymi kultúrami vďaka kolonizácii. Je zrejmé, že pramene súčasnej právnej antropológie nachádzame už dávnejšie predtým. Veľké geografické objavy priniesli so sebou i otázku, ako sa zachovať k iným civilizáciám, k inému právu.

Humanistická tradícia v stredoveku a taktiež i na začiatku novoveku sa rozvíjala hlavne ako jus naturale humanorum, častokrát ako protiklad pozitívneho práva – jus positivum.

T. Akvinský sa snažil zmierniť tento protiklad tým, že považoval za vyšší prameň práva jus divinum voluntarium – právo božskej vôle, ktorému sa musí podriaďovať obyčajný človek i štátnik (vláda); právo pochádza od Boha a pre človeka je dané prostredníctvom zjavenia.

Lutherova a Kalvinova reformácia predstavuje vznik racionálneho prirodzeného práva (odlišujúceho sa od scholastického prirodzeného práva), ktoré ponúkalo novú reflexiu právneho bytia človeka. Práve na základe nového prirodzeného práva sa rozvíjajú idey suverénnej osobnosti, spoločenskej dohody a prirodzených neodcudziteľných práv človeka. Za všeobecne uznávaného klasika nového prirodzeného práva sa považuje H. Grotius (s jeho prácou O práve vo vojne a v mieri, 1625).

2.1 ANTROPOLOGICKÁ RENESANCIA V JURISPRUDENCIÍ V 2. POLOVICI 20. STOROČIA A JEJ DÔSLEDKY

Šok z dvoch svetových vojen podnietil mnohých tvorcov v oblasti vedy a kultúry k hľadaniu „skutočného bytia“ človeka, ľudských základov celého bytia. Pre právnikov sa stala zaujímavou téza o tom, že právne bytie človeka môže jestvovať bez ostrých konfliktov a protirečení. Spočiatku právna antropológia sa rozvíjala v tieni právnej etnológie, avšak v 60. – 70. rokoch 20. storočia v súvislosti s aktivizáciou v oblasti právne – antropologických skúmaní ohľadom riešení problémov právnych systémov západných krajín (napr. problematika právnej socializácie) sa stala čoraz samostatnejšou oblasťou skúmania.

V rôznych krajinách antropologizácia právnej vedy bola odlišná. V Amerike a Kanade právna veda využila práce psychológov a sociológov (behaviorizmus) na skúmanie vzájomného ovplyvňovania rôznych kultúr, princípov právnej kultúry rozličných menšín a podieľala sa na vypracovaní odporúčaní pre ich integráciu v rámci základnej právnej kultúry (real american).

Vo Veľkej Británii, kde problematika menšín nebola až tak aktuálna, dôraz sa kládol na zdokonaľovanie právnych foriem spravovania sociálnych systémov (nahrádzajúcich všetky sociálne kategórie občanov).

Vo Francúzsku bola obnovená metodológia právneho antropologického skúmania (výrazný úspech zaznamenala škola štruktúrnej antropológie na čele s K. Levi-Strausom). V nezávislých krajinách najväčším problémom bola otázka eliminácie najostrejších protirečení medzi tradičným právom a západným právom verejným (občianskym).

2.2 AMERICKÁ ANTROPOLÓGIA PRÁVA

Práce mnohých amerických antropológov boli v súlade s anglickým utilitarizmom a americkým pragmatizmom. **E. A. Hoebel** pripisuje menší význam publikovaným právnym normám, než samostatnému súdному rozhodnutiu ako prameňu práva; tieto normy načrtávajú

parametre budúceho súdneho rozhodnutia, ale ho nezamieňajú, ani ho nekontrolujú (téza: pred pravidlami boli fakty; na počiatku nebolo slovo, ale čin – fakty predstihujú pravidlá).

Úloha právnika – antropológa pochopiť správanie (rolu) hráčov na právnickej scéne a podľa možnosti priblížiť pravidlá hry reálnemu životu. To, čo robia pre vyriešenie sporov oficiálne ochrancovia zákona - sudcovia, advokáti, šerifovia, predstavuje samo osebe právo (základný postulát právneho realizmu).

Konečným cieľom práva je uregulovanie konfliktov a obnovenie zmiery (mieru) medzi znepriatelenými stranami (i v spoločnosti) celkove.

Americkí právní antropológovia sa pritom riadia metódou „konfliktných situácií“, ktorá spočiatku analyzuje správanie strán v konflikte, správanie tretej strany a potom robí prognózu reagovania strán v konfliktných situáciách na možné súdne rozhodnutie a tiež modeluje možné podobné situácie, ktoré môžu vzniknúť. V konečnom dôsledku ide o doktrínu, podľa ktorej sudca slúži konkrétnym ľuďom (subjektom). Efektívnosť tejto doktríny bola preverená v systéme súdnictva u indiánov (analýza politickej organizácie a zákonodarstvo u indiánov – komančov, ktorí neboli až tak ovplyvnení kmeňovou organizáciou; osobitnú autoritu mali mieroví sudcovia s plnou mocou naviesť poriadok a spravodlivosť - napr. s možnosťou použiť silu pre vrátenie ukradnutej veci).

Hoebel spolu s **K. N. Llevellynom** formulujú základné funkcie práva v tzv. „*primitívnej spoločnosti*“:

- **law jobs** – vyriešiť konfliktné situácie, upozorňovať na odchylné správanie a „vyrovnať/napraviť ho“;
- **juristic method** – uplatňovať nevyhnutnú právnu činnosť spoločnosťou poverenými osobami;
- **law ways** – normatívne pravidlá harmonizovať s potrebami života.

Uvedení autori sú nadšení právnou geniálnosťou, právnym poetizmom indiánov, schopných aplikovať normatívne pravidlá (vysvetlené náboženstvom a tradíciami) na rôzne situácie. Ich vodcovia berúc na seba úlohu zmierovacích sudcov bojovali (využívajúc svoju argumentáciu, či moralizátorstvo) za jednomyselné prijatie svojich rozhodnutí oboma stranami.

Hoebel v práci „*Právo prvotnopospolného človeka*“ (1941) na základe výskumov právneho bytia siedmich národností privádza závery:

- právo sa zakladá na kultúre a prejavuje sa v modeloch správania;
- „primitívne právo“ (podobne ako aj súčasné) má štyri predurčenia: normatívne, regulatívne, súdne a donucujúce.

Súd jestvuje v akejkoľvek forme (druhu) u všetkých národov nezávisle od úrovne ich sociálnej a spoločenskej organizovanosti. Ľudská spoločnosť od samého počiatku mala problém udržať mier a „vnútornú harmóniu“ (v každej spoločnosti sú spôsoby vyhnúť sa krvnej pomste alebo ju aspoň eliminovať).

2.3 FRANCÚZSKA PRÁVNA ANTROPOLÓGIA

Francúzska právna antropológia v porovnaní s anglo-americkou antropológiou mala skromnú pozíciu, pretože: 1. samotný systém kontinentálneho práva sa prevažne orientuje na zákon ako na základný prameň práva, bez potreby vnútornej korektúry na úkor aplikácie právnej antropológie (pozitivistu vo Francúzsku boli negatívne naladení voči prácam z právnej antropológie); 2. vo Francúzsku etnológia a všeobecná antropológia nebola v kontakte s právnou vedou, ani ju neovplyvňovala tak ako to bolo v Amerike.

Tradícia a tematika francúzskej antropológie je bohatá. Avšak prevažovala najmä filozofická problematika, alebo bola skôr muzeálnou záležitosťou (zakotvila v múzeách, v roku 1855 vzniklo oddelenie antropológie v Národnom múzeu dejín, v roku 1878 – Múzeum etnografie, v roku 1937 – Múzeum človeka).

V rámci filozofickej orientácie vznikol sociologický smer na čele s **A. Comtom** a **E. Durkheimom** (1858 – 1918) spojený so skúmaním človeka ako sociálnej bytosti (problematika solidarity). Etnologický výskum bol doplňujúcim prameňom informácií. Nasledovníkom Durkheima a významným autorom tohto smeru bol M. Mauss.

Muzeálna špecifickosť mala osobitné požiadavky i dôraz na skúmanie pamätníkov materiálnej kultúry predmetov života rôznych národov, ich opis a klasifikáciu (bližšie pochopiť spätosť človeka s okolitým svetom, hospodársku činnosť, kultúru, jazyk, komparatívny výskum).

Po druhej svetovej vojne teoretické skúmanie v oblasti antropológie vedie filozofická tradícia a najmä práce C. Lévi-Straussa (1908).

Claude Lévi-Strauss ako jeden z prvých pochopil význam ligvistických výskumov pre antropológiu, čo sa nakoniec prejavilo v jeho koncepcii štrukturálnej antropológie. Charakteristickou črtou jeho prác je uplatnenie systémového prístupu k štúdiu kultúry a snaha o zblíženie antropológie s exaktnými vedami (matematika, kybernetika, teória informácií, ligvistika a teória hier).

Hlavnou úlohou predchodcov a súčasníkov Lévi-Straussa v etnológii a antropológii bolo vysvetliť ako fungujú tieto spoločnosti, akú majú organizáciu, psychológiu a obyčaje. Pre Lévi-Straussa bol to iba prostriedok pre dosiahnutie cieľa – poznať „globálneho človeka“ vo všetkých jeho rozmeroch, geografických, antropologických a historických. V tom mu pomohlo filozofické vzdelanie pre charakteristiku zmyslu bytia človeka. Nezaujíma ho až tak spoločnosť, než človek v nej. Kultúrne odlišnosti spoločností považuje za druhoradé vo vzťahu k univerzálnej podstate človeka.

Hlavnou úlohou vedca je vyjaviť na pozadí kultúrnej plurality stálu štruktúru mentality človeka a dokázať, že tieto štruktúry majú univerzálne zákonitosti. Ide o objavovanie nemenných vlastností pod zdanlivou jedinečnosťou a rozmanitosťou pozorovaných javov.

Lévi-Strauss sa domnieva, že akýkoľvek život spoločnosti je závislý od skrytých univerzálnych štruktúr (infrastructures), ktoré usmerňujú, koordinujú a regulujú ľudskú činnosť. A takouto všeobecnou stabilnou štruktúrou je pre neho akési „kolektívne nevedomované v ume človeka“. A preto úlohou antropológie je „uchopiť nevedomú

štruktúru, ktorá sa skrýva za všetkými inštitúciami a pod každým systémom zvykov, aby sme získali vysvetľujúci princíp platný aj pre iné inštitúcie a systémy zvykov...“⁵

Lévi-Strauss pomocou pojmu „sociálna štruktúra“ sa snaží preniknúť k nevedomej infraštruktúre spoločnosti. Tento pojem ako gnozeologický model odlišuje od pojmu sociálnych vzťahov, ktoré mu predstavujú empirický materiál slúžiaci pre konštrukciu štruktúrálnych modelov. Model sociálnej štruktúry sa stáva adekvátnym obrazom skúmanej sociokultúrnej reality na základe štyroch charakteristík:

štruktúra má charakter systému a skladá sa z prvkov, ktoré sú usporiadané takým spôsobom, že zmena jedného z nich vyvoláva zmenu všetkých ostatných;

každý model patrí do určitej skupiny modelov s podobnými závislosťami;

uvedené vlastnosti umožňujú predvídať, ako bude model reagovať pri zmene niektorého zo svojich prvkov;

každý model musí byť konštruovaný takým spôsobom, aby jeho fungovanie zodpovedalo všetkým zisteným faktom.⁶

*Cieľom antropologického výskumu je teda „skonštruovať určitý model, preštudovať laboratórnym spôsobom jeho vlastnosti a rôzne spôsoby ako reaguje a potom použiť tieto pozorovania pre výklad empirického diania, ktoré sa môže odlišovať od našich predpokladov“.*⁷

Sociálna štruktúra ako model sociokultúrnej reality môže byť vytvorený na základe pozorovania, alebo experimentu, pod ktorým Lévi-Strauss chápe hľadanie a skúšanie najvhodnejšieho modelu pre danú skutočnosť. Modely môžu byť mechanické alebo štatistické. Mechanické modely (využívané najmä v etnológii a sociológii) postihujú konštantné charakteristiky v synchronnom pohľade mimo historického času. Štatistické modely (typické pre históriu a etnografiu) predstavujú diachronný typ analýzy vedený z hľadiska časovej perspektívy.

Lévi-Strauss osobitým spôsobom aplikuje na výskum kultúry zákony kybernetiky. Vychádza z predpokladu, že vnútorné vzťahy, ktoré existujú medzi kultúrnymi javmi a systémami, je možné považovať za špecifické typy komunikácie. Na tomto základe sa vyčleňujú komunikačné systémy, ktorými vraj prebieha výmena hodnôt vo všetkých spoločnostiach: „*V každej spoločnosti prebieha komunikácia aspoň na troch úrovniach - komunikácia žien, komunikácia statkov a služieb, komunikácia informácií*“.⁸

Napríklad incestné tabu súvisí s komunikáciou (výmenou) žien. Zatiaľ čo medzi zvieratami je vzájomné párenie založené na princípe náhody a promiskuity, v ľudskej spoločnosti incestné tabu zabezpečuje riadenú výmenu žien, ktoré vystupuje v podobe pravidiel príbuznosti a pokrvnosti. Zároveň táto výmena uvádza do pohybu cyklus recipročnej výmeny na úrovni

⁵ Lévi-Strauss: *Anthropologie structurale*. Plon, Paris 1958, s. 28.

⁶ Lévi-Strauss: *Anthropologie structurale*. Plon, Paris 1958, s. 305 - 306.

⁷ Lévi-Strauss: *Myšlení přírodných národů*, Praha 1971, s. 352.

⁸ Lévi-Strauss: *Anthropologie structurale*. Plon, Paris 1958, s. 326.

statkov, služieb a informácií. Incestné tabu neodzrkadľuje iba systémový komunikačný charakter ľudskej spoločnosti, ale aj základný rozdiel medzi človekom a zvierat'om, dichotómiu kultúra – príroda.

Vplyv Lévi-Straussa presahol hranice francúzskej sociálnej antropológie. V americkej kultúrnej antropológii zapôsobili jeho práce predovšetkým na predstaviteľov novej etnografie. Mal taktiež prívržencov vo Veľkej Británii. Jeho prínos v rozvoji antropológie nespočíva iba v budovaní paradigmy sociálnej antropológie ako novej teoreticko-metodologickej orientácie výskumu človeka a kultúry, ale taktiež v hlbokom humanizme jeho diela.

V 70. a 80. rokoch 20. storočia dochádza k stále väčšej diferenciacii štrukturalistických výskumov. Určitá časť zástancov štrukturalizmu prešla k hermeneuticky orientovanej antropológii alebo k neomarxizmu. Dnešná postštrukturalna antropológia využíva semiotický prístup k štúdiu kultúry, čím sa približuje k prácam predstaviteľov symbolickej antropológie.

Záveru aplikácie štrukturalnej metódy pre právnu antropológiu:

človek nie je absolútne slobodný vo svojich činoch, vo svojom konaní; je determinovaný štruktúrami vlastného bytia, ktoré nie vždy si uvedomuje;

v dejinách nie sú „periférne“ národy, každý vnáša svoj podiel do spoločnej svetovej civilizácie.

Každý jav vo svete, teda aj medziľudské vzťahy, je založený na výmene a vzájomnej komunikácii (v každom človeku sa prejavuje univerzalita sveta).

3. AKTUÁLNE OTÁZKY PRÁVNEJ ANTROPOLÓGIE: JEJ MIESTO, VÝZNAM A ÚLOHY

V literatúre sa stretávame s nasledujúcimi definíciami právnej antropológie:

Právna antropológia je vedou o človeku ako sociálnej bytosti, o jeho rozmeroch, charakteristikách a jeho prejave v oblasti práva. Skúma právne formy spoločenského života ľudí od staroveku až po dnešok (V. S. Nersesjanc).⁹

Právna antropológia (alebo antropológia práva) – vedecká a učebná disciplína, ktorá prostredníctvom analýzy ústnych a písomných právnych prameňov, praxe spoločenského života skúma procesy juridizácie ľudskeho bytia, charakteristické pre každý historický typ civilizácie s cieľom vysvetliť zákonitosti sociálneho i právneho bytia ľudských spoločností. Alebo v krátkosti: *Právna antropológia skúma právne bytie človeka na všetkých etapách rozvoja tohto bytia, od archaických až po dnešok (A. I. Kovler). Ide o poznanie vzájomnej súčinnosti tradičných a súčasných právnych systémov (poznanie sledujúce adekvátnu predstavu o právnom bytí človeka).¹⁰*

⁹ Nersesjanc, V. S.: Juridičeskaja antropologija kak nauka i učebnaja disciplína. In: Rulan, N.: Juridičeskaja antropologija. Moskva 1999, s. 1.

¹⁰ Kovler, A. I.: Antropologija práva, Norma, Moskva 2002, s. 23.

Právnu antropológiu môžeme charakterizovať ako disciplínu, ktorá prostredníctvom analýzy písomného textu alebo slovného podania, praxe a systému inštitucionalizácie skúma procesy juridizácie, vlastné každej spoločnosti s cieľom nachádzania ich vnútornej logiky.¹¹

Napriek rôznym polemikám ohľadom statusu tohto vedného odboru v systéme právnej vedy, a tiež ohľadom okruhu problémov, ktorými by sa mala zaoberať, sa všeobecne uznáva antropologická orientácia ako veľmi dôležitá pre ďalší vývoj právnej vedy 21. storočia.

Medzi objektívne predpoklady stále zvyšujúceho sa významu antropológie práva patria:

rastúci význam humanizácie právnej vedy;

bytie človeka vo sfére práva a zabezpečenie slobody človeka, formujúcej slobodu generovania právnych kultúr, a takisto bytie „právneho človeka“ v súčasných právnych systémoch, v národných, etnických, náboženských a kultúrnych spoločenstvách;

rozvoj inštitucionálnych prvkov právneho štátu a občianskej spoločnosti (človeka, štátu, právnej praxe);

rastúca úloha rozvojových štátov i tradičných právnych systémov so svojbytnými vlastnosťami a tendenciami;

rozšírenie ekonomických a kultúrnych, vedecko-technických a právnych väzieb medzi štátmi.

Právna antropológia nevystupuje iba ako náuka, zaoberajúca iba minulosťou, ako doplnok k dejinám práva, ale ako náuka, založená na princípe poznania vzájomnej súčinnosti tradičných a súčasných právnych systémov, ich syntézy – poznania, sledujúceho cieľ predstaviť adekvátny obraz o právnom bytí človeka.

Čoraz viac sa objavujú práce špeciálne venované antropologickému právnemu skúmaniu v tesnej spojitosti s tradičnou pre právnu vedu historickou, komparatívnou, sociologickou, formálne – dogmatickou reflexiou práva, umožňujúcou 1. venovať sa skúmaniu takých javov právnej skutočnosti, ktoré predtým neboli v popredí záujmu právneho poznania; 2. osobitný pohľad na celý rad tradičných problémov právnej vedy; 3. predstaviť osobitosti a možnosti aplikovať konkrétne antropologické metódy v práve.

Využitie záverov a faktov na základe aplikácie antropologických metód je osobitne dôležité pre právnu vedu, ktorá sa venuje predovšetkým osobitej normatívnej forme vyjadrenia sociálneho bytia (právo vystupuje ako súhrn noriem), pretože napomáha stanoveniu do akej miery tieto normy umožňujú formovať „právneho človeka“ (človeka ako právnu bytosť) a takže poukazuje na „právne bytie človeka“.

Francúzsky právnik N. Rouland v tejto súvislosti píše, že úlohou právnej antropológie je skúmanie človeka v chronologických a geografických rozmeroch vo všetkých typoch spoločenstiev.¹²

¹¹ Rouland, N.: L'antropologie juridique. (Série „Droit fondamental“), Paris 1980, p. 7.

¹² Rouland, N.: L'anthropologie juridique. Paris 1980 a tiež preklad: Rulan, N.: Juridičeskaja antropológija. Moskva 1999, s. 8.

Podľa **A. I. Kovlera** antropológia práva rozpracúva svoje „metódy analýzy práva.“¹³ Je potrebné uviesť, že antropológia práva nevyžaduje aplikovať iba jednu univerzálnu metódu (ako sa doteraz predpokladalo v antropologickej doktríne), ale niekoľko možných metód, pričom nie je dôležité, ktorá z nich je lepšia, ale dôležité je to, aké miesto zaberá každá z nich v procese skúmania.

Za posledných 20 rokov sa antropológia práva kvalitatívne zmenila. Objavili sa nové tendencie, ktoré neboli v nej predtým. Už je minulosťou fakt, kedy si veda dovoľila ignorovať súčasné právne systémy a objektom jej analýzy boli iba právne formy tradičných spoločností, právny spôsob života rôznych národov sveta, alebo inak povedané, právna etnografia.

Dnes do popredia vystupuje tzv. antropológia súčasnej spoločnosti, ktorej objektom sú súčasné právne systémy. Nesmierne sa zvýšil záujem a pozornosť k vedeckej analýze aktuálnych problémov medzinárodno-právneho rozmeru právneho bytia človeka. Antropológia práva je otvorená voči výzvam súčasnej civilizácie. Takýmto spôsobom je človek integrovaný do predmetného záujmu právnej vedy a praxe.

V tejto súvislosti známy ruský právny antropológ **A. I. Kovler** píše: „*Právnu antropológiu musíme brať nie ako vedu, zaoberajúcu sa iba minulosťou, nie ako nejaký doplnok k dejinám práva alebo etnografie, ale ako vedu, založenú na princípe poznania vzájomnej súčinnosti tradičných a súčasných právnych systémov, ich syntézy - poznania sledujúceho cieľ predložiť adekvátnu predstavu o právnom bytí človeka*“.¹⁴

Ďalšou viditeľnou tendenciou v antropológii práva je modernizácia jej teoreticko-metodologického arzenálu. Značne sa rozšírila sféra právo – antropologických skúmaní. Medzinárodné právo o právach človeka sa stalo rovnoprávnym objektom antropológie práva, ktorá predtým vychádzala iba z materiálov o národných právnych systémoch.¹⁵

Antropológia práva plní rôznorodé funkcie. Jej najpodstatnejšia úloha spočíva v jej vedeckom pláne, kedy vystupuje ako faktor obohatenia a rozvoja právnej teórie: v rámci všeobecnej teórie práva, sociológie práva alebo odvetvových právnych disciplín. Antropológia práva má neodmysliteľný význam v rámci nadobudnutia komplexnosti právnického vzdelania. Podobne z hľadiska vedecko – aplikačného aspektu je potrebná pre zákonodarcu i spravidla pri realizácii antropologickej expertízy projektov zákona. V menšej miere právo-antropologické poznatky majú svoj vplyv aj na zákonodarnú a súdnu prax. Avšak nie menej dôležitú úlohu zohráva antropológia práva pri reflexii medzinárodno-právneho bytia človeka, t. j. v medzinárodnom práve ochrany osobnosti (ochrany ľudských práv).

V rámci predmetu súčasnej antropológie práva najväčšie miesto zaberajú teoretické a metodologické problémy. Jeho súčasťou sú aj dejiny antropológie práva, problematika tzv. právnej etnografie (vdďaka skúmaniu právneho bytia tradičných spoločností). Tradičná problematika antropológie práva sa rozšírila o antropológiu súčasného pozitívneho práva a človeka v systéme národného práva.

¹³ Kovler, A. I.: Antropologija prava, Norma, Moskva 2002, s. 302.

¹⁴ Tamtiež, s. 23.

¹⁵ Pozri: Sajdov, A. CH.: Meždunarodnoje pravo prav čeloveka. Moskva 2002.

Medzinárodno-právny rozmer právneho bytia človeka je príkladom konkretizácie úloh antropológie práva vo vzťahu k medzinárodnému právu práv človeka. A tiež v antropológii práva osobitná pozornosť sa venuje problémom, ktoré vznikli v spojitosti s novými javmi rodinného života, v biologickom bytí súčasného človeka.

Antropológia práva má svoju históriu vývoja. Na rôznych etapách jej stanovenia sa v rámci právnej antropológie sformovali rôzne smery a školy (americká, britská, indická).

V rámci predmetu antropológie práva dôležitý význam má analýza formovania „právneho človeka“. V tomto prípade do popredia vystupuje obraz vnútorného mechanizmu inštitútu práva (tzv. mononormy), miesto človeka v systéme archaického (prvotného) práva, a taktiež vzťah „človeka ako člena občiny“ a „človeka ako člena štátu“.

„Normatívnosť“ v rôznych spoločnostiach má rôzne vyjadrenie: niekde dávajú prednosť zákonu, inde - súdnemu precedentu, tvoriacemu právo, ďalší – obyčaji. S právom sa stretávame všade, avšak v rôznej „miere“ a v rôznej forme. V tejto spojitosti pre právnu antropológiu sú dôležité nové práce bádateľov v oblasti archeológie, sociológie, histórie, jurisprudencie. Pritom antropológiu práva zaujímajú zmeny v právnom bytí človeka v závislosti od miery zložitosti sociálnej organizácie spoločnosti i spôsobov jej riadenia.

Súčasťou predmetu záujmu antropológie práva sú aj také zložité otázky súčasnej právnej vedy ako je pojem civilizácie, vzťah náboženstva a práva, právna akulturácia.¹⁶

V analýze miesta človeka v systéme tradičného práva je potrebné vychádzať z nasledujúcich téz:

1. právo je súčasťou civilizácie ako kultúrno-historického typu; právo je produktom určitej kultúry a určitej civilizácie;
2. práve náboženstvo spája tradičné právne systémy, napriek tomu, že jeho vplyv nie je absolútny na právne normy.¹⁷

Človek je objektom právnej akulturácie.¹⁸ Napríklad v Afrike právny status osobnosti je svojráznym laboratóriom právnej antropológie, kde „akulturácia bola sprevádzaná najagresívnejším vtrhnutím cudzieho práva do tradičného kultúrno-právneho prostredia“.¹⁹

Dôležitý význam má reflexia procesu akulturácie u národov Kaukazu a Sibíri, a najmä to, aké sú dôsledky právnej akulturácie pre rozvoj Kaukazu a Sibíri a ako sa pritom zmenil právny status osobnosti. Je potrebné poukázať na rôzne cesty, formy a metódy právnej akulturácie v nových regiónoch sveta.²⁰

¹⁶ Pozri: Supatajev, M. A.: Kul'turologija i pravo. Moskva 1998; Nersesjanc, V. S.: Obščaja teorija prava i gosudarstva. Moskva 2000.

¹⁷ Kovler, A. I.: Antropologija prava, Norma, Moskva 2002, s. 195, 247.

¹⁸ Akulturácia (od lat. Ad cultura - k vzdelaniu) – proces nadobudnutia človekom istých foriem kultúry.

¹⁹ Kovler, A. I.: Antropologija prava, Norma, Moskva 2002, s. 249.

²⁰ Tamtiež, s. 247.

Práve príčiny a dôsledky tohto javu, meniace právny status osobnosti sú súčasťou predmetu antropológie práva. Civilizačný prístup k právam človeka umožňuje brať do úvahy „svojráznosť koncepcií práv človeka v islamskom svete, v tradičných spoločnostiach (India, Afrika), v ázijských regiónoch (Čína, Japonsko), kde dochádza k zložitému procesu vzájomnej súčinnosti tradícií, kultúry, náboženstva tej alebo inej civilizácie s univerzálnymi medzinárodnými štandardami“.²¹

Antropológia práva poukazuje na špecifickosť právneho bytia človeka v rôznych civilizáciách sveta, konkrétne, na Východe a na Západe, a taktiež v systéme tradičného práva. Ako uvádza **A. I. Kovler** „pre dnešok je charakteristické protikladné porovnávanie „despotického“ Východu a „demokratického“ Západu, ako aj porovnávanie „rozplynutého“ pojmu práva človeka v tradičných spoločnostiach so zreteľnými predstavami o kategórii slobody, rovnosti v európskych právnych systémoch (prirodzene, že porovnávanie sa vedie v prospech posledných).

Pre tradičné myslenie „práva človeka“ nie sú cieľom samé osebe, nie sú nejakou absolútnou hodnotou, a skôr súčasťou nejakej spoločensko-kozmickej spravodlivosti, spoločného svetového poriadku, kde je človeku určené miesto, kde ale nie je centrom svetového usporiadania.²² Je potrebné kategoricky odvrhnúť „europocentrizmus“ ako polorasistické videnie právneho sveta i protikladné porovnávanie právnej civilizácie Východu a Západu.

Predmetom skúmania súčasnej antropológie práva sú aj súčasné právne systémy. Antropológia práva umožňuje zreteľne odlišovať osobitosti súčasného európskeho pozitívneho práva (práva založeného na antickom – grécko-rímskom základe) a rozvíjajúceho sa neskôr práva kresťanských národov od pozitívneho práva národov európskeho kontinentu

Prisúdenie sociálno-právnej hodnoty človeku v pozitívnom práve má za sebou stáročnú evolúciu predstáv o spravodlivosti, slobode, morálke, autonómii osobnosti.²³

Dlhšiu dobu antropológia práva si dovoľila ignorovať medzinárodné právo a objektom jej analýzy boli iba tradičné právne systémy a ich inštitúty. Dnes sa však do popredia dostáva „*antropológia súčasného práva*“, objektom ktorej je európske právo a antropologické problémy súčasnej civilizácie. Rázne sa zvýšil záujem o medzinárodné práva človeka. Ľudská osobnosť už nie je obmedzovaná právnym rámcom štátu. Človek láme putá štátu (ako predtým lámal putá občiny, rodu, plemena). Jeho právne bytie nadobúda svetový rozvoj. „*Práva človeka sa stávajú globálnym meradlom práva*“.²⁴

Práve medzinárodný rozmer právneho bytia človeka môže sa stať hlavným smerovaním antropológie 21. storočia. Podmienky súčasného sveta požadujú úplnú obnovu medzinárodného práva: je potrebné, aby medzi štátmi sa sformovali nové vzťahy spolupráce v rozsahu jednotlivých regiónov i celého sveta. Je zrejmé, že takéto vzťahy sa nemôžu rozvíjať bez reflexie medzinárodno-právneho statusu človeka. Nie náhodou OSN, UNESCO,

²¹ Lukaševa, E. A.: Predislovje. In: Práva človeka: itogi veka, tendenciji, perspektivy. Moskva 2002, s. VIII, 263 – 431.

²² Kovler, A. I.: Antropologija prava, Norma, Moskva 1920, s. 274.

²³ Tamtiež s. 274.

²⁴ Tamtiež, s. 375.

Rada Európy, OBSE a iné medzinárodné organizácie venujú veľkú pozornosť vzdelávaniu v oblasti ľudských práv (práv človeka).

Skutočne „medzinárodno-právny status podstatným spôsobom odlišuje homo iuridicus od človeka všetkých predchádzajúcich pokolení – a túto jeho novú právnu kvalitu si musí uvedomiť a adekvátne vyjadriť súčasná právna antropológia“.25

V reflexii medzinárodno-právneho aspektu bytia človeka dôležitý význam má analýza základných dokumentov OBSE z hľadiska obsahu ich ľudského rozmeru. Termín „ľudský rozmer“ zachytáva všetky aspekty práv a základných slobôd človeka, demokracie, znášateľnosti, zvrchovanosti zákona a taktiež národnostných menšín, kontaktov medzi ľuďmi i medzinárodného humanitárneho práva.

Súčasťou predmetu antropológia práva sú aj právno-antropologické problémy súčasnej civilizácie. „Súčasná civilizácia predkladá pred antropológiu práva mnoho problémov: od „virtuálnych“ spôsobov bytia, podmienených všetkým prenikajúcou informatizáciou až po problémy génového inžinierstva.“26 Aktuálne sú najmä právne parametre existencie súčasnej rodiny, osobnostné (somatické) práva a právne dôsledky aplikovania nových biotechnológií.

Súčasná práva musí hľadať odpovede na výzvy civilizácie v tesnej spolupráci s antropológiou, lekármi, biológmi, filozofmi, veď dnes, ako nikdy predtým, problémy práva sa tesne preplietajú s otázkami morálky a spravodlivosti, slobody a zodpovednosti človeka. „Nastal čas prejsť od rozpráv o bioetike k rozpracovaniu noriem biopráva.“27

Antropológia práva zohráva pozitívnu úlohu v ďalšom rozvoji teórie jurisprudencie a jej využívaní. Je prostriedkom, umožňujúcim rozšírenie konštruktívnych právno-antropologických skúmaní v rôznych odvetviach a na rôznych teoretických úrovniach právnej vedy.28

Významnú úlohu pre prax zohrávajú rôzne odvetvia aplikovanej antropológie. Medzi ne patrí aj napr. súdna (forezná) a kriminálna antropológia.

Literatura:

- Červená, K.: Business environment in the Slovak republic after the accession of the SR to EU – legal and economic aspects. In: Gospodarka i finanse w warunkach globalizacji: international scientific conference: Ciechocinek, 19 – 21 may 2008: Tom I. – Torun: Wyzsza Szkola Bankowa, 2008. – ISBN: 9788392360742

²⁵ Tamtiež, s. 410.

²⁶ Tamtiež, s. 411.

²⁷ Tamtiež, s. 462.

²⁸ Tento príspevok predstavuje výstup z riešenia čiastkovej úlohy grantového projektu VEGA č. 1/0325/08 – Sociokultúrne determinanty tvorby a pôsobenia práva v európskom právnom priestore.

- Červená, K.: Malé a stredné podnikanie po začlenení SR do EÚ- Možnosti a perspektívy. In: Vplyv medzinárodného a európskeho práva na právny poriadok Slovenskej republiky: zborník príspevkov. – Košice, 2007. - ISBN: 978-80-89089-67-3
- Knapp, V.: Teorie práva, I. vydání. Praha: C.H. Beck 1995. – ISBN: 80-7179-028-1
- Kovler, A. I.: Krizis demokraciji? Demokracija na rubeže XXI. Moskva 1997
- Kovler, A. I.: Antropologija práva, Moskva: Norma, 2002
- Lévi-Strauss: Anthropologie structurale. Paris: Plon, 1958
- Lévi-Strauss: Myšlení přírodných národů, Praha 1971
- Lukaševa, E. A.: Predislovje. In: Prava človeka: itogi veka, tendenciji, perspektivy. Moskva 2002
- Nersesjanc, V. S.: Pravo i zakon. Moskva 1983
- Nersesjanc, V. S.: Jurisprudencia. Moskva 1998
- Nersesjanc, V. S.: Juridičeskaja antropologija kak nauka i učebnaja disciplína. In: Rulan, N.: Juridičeskaja antropologija. Moskva 1999
- Nersesjanc, V. S.: Obščaja teorija prava i gosudarstva. Moskva 2000.
- Rouland, N.: Aux confins du droit. Paris 1991
- Rouland, N.: L'anthropologie juridique. (Série „Droit fondamental“), Paris 1980
- Rouland, N.: L'anthropologie juridique. Paris 1980 a tiež preklad: Rulan, N.: Juridičeskaja antropologija. Moskva 1999
- Sajdov, A. CH.: Meždunarodnoje pravo prav človeka. Moskva 2002
- Supatajev, M. A.: Kul'turologija i pravo. Moskva 1998

Kontaktní údaje na autora – email:

jan.cipkar@upjs.sk

CO JE PRECEDENT V ROZHODNUTÍCH ČESKÝCH CIVILNÍCH SOUDŮ?

LUDVÍK DAVID

Nejvyšší soud České republiky, Česká republika

Abstrakt v rodném jazyce

Příspěvek popisuje problematiku, která je v české judikatorní praxi, ale i v teoretické nauce, dosud málo analyzována. Jde o to, v čem spočívá precedent v textu rozhodnutí českých civilních soudů. Autor nesouhlasí s přístupy, které dosud převažují – totiž s pouhým precedentním citováním tzv. právních vět. Je toho názoru, že je třeba brát v úvahu celý text příslušného odůvodnění rozhodnutí.

Klíčová slova v rodném jazyce

Soudcovské právo, precedent, právní věta, stanovisko Nejvyššího soudu, citace precedentu.

Abstract

The article deals with the topic only rarely analysed in the Czech civilistic jurisprudence yet. What is precedent in the concrete judgments of the courts? Terms of ratio decidendi or obiter dictum are almost not used. Prevailing practice prefers quotation only so called „sentences“, created in the collections of the judgments from their content. According to the author, this approach is not to keep in the future – it is necessary to take into account the whole reasoning of the judgment for precedental purposes.

Key words

Judge-made law, precedent, sentence (chosen or created from the reasoning), statement of the Supreme Court, quotation of the precedent.

1. DEFINIČNÍ POKUSY

Mezi prameny práva řadí české publikace z oboru právní teorie též právo soudcovské - soudní precedent a judikaturu. Uvádí se například, že soudcovské právo je charakteristické svou argumentační závazností. Precedent či judikatura jsou závazné, pokud se nenalezne lepší právní argument k jejich změně.¹

Co je však český precedent, vznikající v rámci psaných projevů soudcovského rozhodování?

Precedent lze pravděpodobně definovat jako právní pravidlo obsažené v rozhodnutí soudu, argumentačně zavazující soudy stejného nebo nižšího stupně. Ponecháme-li stranou palčivé otázky jako která instance může působit precedentně, zda je svými precedenty vázána, jak je v procesních normách pamatováno na překonání precedentu, jaký čas je třeba ke vzniku

¹ Podrobněji a nejnověji – i k následující definici precedentu – viz Harvánek, J. a kol.: Teorie práva. Vyd. Aleš Čeněk, Plzeň, 2008, s. 260. Ale je třeba zároveň uvést, že tento příspěvek je pokračováním diskuse o českém precedentu, která se rozvinula od roku 2006 na blogu Jiné právo. Alespoň stručně uvedme některé tamní posty: H. Baňouch: To strašné slovo... precedent (2006), P. Molek: Právní věty – čas na změnu?! (2006), V. Šimíček: Zpověď občasného tvůrce právních vět I., II., III. (2007). Vše pod heslem precedent.

precedentu² či zda nadále trvat na anonymizaci publikovaných judikátů, zůstává stále ve hře problém psaného *zdroje* precedentu. Umíme v odůvodnění rozsudku najít *ratio decidendi* či *obiter dictum* - je tedy precedentem podstata právní argumentace soudu v odůvodnění jeho rozhodnutí? Nebo je to tzv. právní věta, kterou kdokoliv, a to za účelem publikace rozhodnutí, z textu judikátu vyabstrahuje? Přitom i v právní větě se dají rozlišit minimálně tři obsahové modalitity: může jít o „pouhou“ informaci anotační povahy, nebo o interpretaci právní normy, nebo se zdaří vytvořit právní pravidlo (definici), blízké se svou právní silou zákonnému ustanovení.

2. ZOBECŇOVACÍ OBSESE PŘI TVORBĚ PRÁVNÍCH VĚT

Začněme provokativním konstatováním, že mnohé právní věty, které v postupném dalším a dalším publikování zůstávají tím jediným, co z rozhodnutí zbylo, by neměly být citovány. Právnická obec se zajisté shodne, že právní větu nelze oddělit od dalšího textu rozhodnutí a že tato věta je prvotně především *informací*, aniž by musela být například interpretační pomůckou nebo dokonce explicitně vysloveným pravidlem práva. Zejména vyšší soudní instance však budou méně ochotny přiznat, že právní věty nezřídka začínají postupem času žít svým samostatným životem a že s prvotním rozhodnutím mají jen málo společného. Ti, kteří opatřují judikáty právními větami, se často dostávají do zajetí snahy vyslovit zásadní právní závěr za každou cenu; bez něj jako by rozhodnutí ztrácelo hodnotu. Zatímco by většinou stačilo říci, že určitý právní závěr platí právě a jen pro konkrétní situaci – aniž je vyloučena či potvrzena jeho platnost pro situaci jinou (něčím blízkou) -, dává se přednost násilnému zobecnění. Dedukce ustupuje induktivnímu přístupu, uplatňovanému nad rámec případu a nadbytečně. Lze hovořit o jakési zobecňovací obsesi, o tvorbě rádooby zásadních pravidel či definic množstvím komentátorů.

V právních větách, které vznikají z českých civilistických judikátů, lze vystopovat následující negativní tendence:

- právní věta je vytržena z kontextu rozhodnutí a zdůrazněna jako bezvýjimečný závěr, aniž by se přihlíželo k navazujícím tezím; příkladem může být právní věta jednoho ze senátů Nejvyššího soudu, podle níž *„má určovací žaloba jen charakter preventivní ochrany práva a nemůže být použita, bylo-li již právo porušeno; když začala být tato nesprávná formulace zneužívána, musel jiný senát Nejvyššího soudu oprávněně doplnit, že preventivní charakter určovací žaloby může být naplněn i po porušení práva, zdaří-li se určovací žalobou napevno postavit právní vztah nebo vyřešit otázku základu nároku“*³
- právní věta je poznamenána kreací tvůrce zobecňujícího závěru, který se vymkl z okolností konkrétního případu; již se říká nikoliv že ze skutkového stavu A vyplyne po subsumpci pod příslušnou právní normu závěr B, ale že závěr B platí pro skutkové stavy A₁, A₂ atd.; pozoruhodná situace vznikla při tvorbě právní věty ve věci žaloby na vyklizení

² Česká soudní praxe nezřídka přiznává určitému rozhodnutí význam blízký precedentu až po tzv. „ustálení judikatury“. Je však otázkou, zda první rozhodnutí Nejvyššího soudu řešící právní otázku zcela novou (týkající se např. atypického společenského vztahu nebo právního aspektu nastoleného změnou právního předpisu) nemá též judikatorní sílu blízkou či rovnající se precedentu. K tomu viz zejména Gerloch, A., Kysela, J., Kühn, Z., Wintr, J., Tryzna, J., Maršálek, P., Beran, K.: *Teorie a praxe tvorby práva*. ASPI, Praha, 2008, s. 101.

³ První z dvou naznačených právních vět byla převzata z rozsudku sp. zn. 28 Cdo 139/2001; k její publikaci došlo v Souboru rozhodnutí NS, svazek 3/2001, C 286. Druhou (úplnou) právní větu vygeneroval jiný senát pod sp. zn. 21 Cdo 630/2002 a ta byla publikována též v Souboru rozhodnutí, sv. 22/2003, C 1555

bytu, v níž nebyl shledán výkon žalobního práva v rozporu s dobrými mravy (§ 3 odst. 1 obč. zák.) – následovala (obecná) právní věta, podle níž *nelze žalobu na vyklizení bytu zamítnout pro rozpor s dobrými mravy*; ta však byla naštěstí při aspiraci na publikování ve Sbírce soudních rozhodnutí a stanovisek odmítnuta jak připomínkovými místy, tak i civilním kolegiem Nejvyššího soudu;⁴

- speciální tendencí při tvorbě právních vět je vnášení formálních pravidel do „božstva“ právní věty – nesmí v ní být uvedeno číslo zákona, číslo paragrafu, mohou v ní být jen obecné pojmy, nikoliv pojmy identifikující projednávanou věc; tímto postupem se však právní věta z textu odůvodnění rozhodnutí „autonomně“ odděluje a nelze ji tam již nalézt.

Zvláštní kapitolou publikace judikátů, kterou lze označit za projev *autorizované generalizační obsese*, jsou stanoviska, publikovaná Nejvyšším soudem ve Sbírce soudních rozhodnutí a stanovisek. Text stanovisek se dá z hlediska závaznosti srovnat s právní větou publikovanou v téže sbírce – téměř každá sentence stanoviska je – či chce být - na úrovni právní věty. Stanoviska jsou podle zákona o soudech a soudcích⁵ přijímána za účelem sjednocování judikatury, tedy zajištění pokud možno souladné aplikace zákona a jeho výkladu nižšími instancemi. Zdůrazněme však slovo *výklad*. Stanoviska by neměla být ničím menším či větším než interpretační pomůckou, návodem, který může pomoci svou uceleností, správností a přesvědčivostí. Jen málokterá věta textu stanovisek si může – podobně jako samostatně publikované právní věty – činit nárok na to, aby se stala obecně citovaným *pravidlem (definicí)*, blížící se svou silou zákonu. Pokud vůbec stanoviska splnila v minulých dvou desetiletích očekávanou roli, pak k tomu došlo tehdy, instruovala-li o exkluzivní problematice s novou, dosud neustálenou či dokonce zatím neexistující judikaturou (R 34/1993 a R 16/1996 v restitučních věcech, R 44/2000 ve věcech zápisů do katastru nemovitostí).

3. CO PŘEŽIJE JAKO PRECEDENT?

I z výše řečeného je patrné, že právní věta nemůže být jediným zdrojem pro citaci precedentu. Exkluzivitu nelze přiznat ani stanovisku Nejvyššího soudu. Precedentní citaci si zaslouží každá dobrá myšlenka, která je přesvědčivým způsobem vyjádřena v rozhodnutí vyšší instance. Z tohoto pohledu je žádoucí, aby skutkově či právně složitá rozhodnutí vyšších instancí – a z takových precedenty pocházejí – byla přehledněji členěna, ať již na jednotlivé části (narrativní, přezkum procesní přípustnosti, vlastní právní závěry), nebo ještě lépe na číslované odstavce. Pak je totiž citace precedentního názoru podstatně usnadněna.

Není bez zajímavosti porovnat, jaké právní závěry (názory) a odkud z rozhodnutí českých civilních soudů precedentně přežívají. Krajské, ale i vrchní soudy se podílejí na citacích jen minimální měrou; Nejvyšší soud naopak měrou podstatnou. Z rozhodnutí všech těchto instancí však zůstávají zachovány jen právní věty. Nikdo necituje pasáž nebo odstavec přímo z jejich textu, ačkoliv právě ten vyjadřuje myšlenkové postupy soudu. Jinak je na tom citačně

⁴ Zmíněná právní věta (její část) měla uvozovat stanovisko občanskoprávního a obchodního kolegia NS, jež mělo nést označení Cpjn 200/2006. Dlužno však podotknout, že o více než rok později prošel připomínkovým řízením i týmž kolegiem bez úhony návrh právní věty, znějící „Žalobu na zúžení společného jmění manželů (podle § 148 odst. 2 obč. zák., pozn. L. D.) nelze zamítnout pro rozpor postupu žalobce s dobrými mravy.“ Zajisté si lze obtížněji – ve srovnání s bytovou věcí – představit situaci, při níž se výkon žalobního práva na zúžení společného jmění poté, co jeden z manželů získal oprávnění k podnikatelské činnosti, dostává do rozporu s dobrými mravy. I tak se ale jeví toto dílčí „zakazování“ aplikace § 3 odst. 1 obč. zák. pro určitý případ jako pochybné, přinejmenším z hlediska systematického.

⁵ § 14 odst. 3 zákona č. 6/2002 Sb., o soudech a soudcích, ve znění změn a doplňků.

Ústavní soud. Přestože nelze podcenit roli některých právních vět, uvozujících v jeho Sbírce nálezů a usnesení publikaci plného znění judikátu, od počátku bylo hojně citováno též z textu odůvodnění jeho rozhodnutí.⁶ Dokonce se dá tvrdit, že publikace judikatury Ústavního soudu prochází určitým vývojem. Leckteré zásadní ideje již byly vysloveny, přesto stojí zajímavý náleží či usnesení za publikaci. Znění uvozujícího zvýrazněného textu se pak stává spíše anotací k případu a současně obsahuje kolekci odkazů na příbuzná rozhodnutí téhož soudu se všemi potřebnými údaji. Ti, kdo formulují obsah zmíněných pasáží, si nečiní nárok na jeho eleganci (někdy to jde při složitosti případu velmi těžko) a je to tak v zásadě dobře. Ať si ten, pro něhož může být judikát přínosem, přečte celý jeho text či relevantní část. To spíše Nejvyšší soud chce, aby byly jeho právní věty jako vytesané do kamene. Realita se mu však vymyká z rukou. Hrozí, že většina právních vět z jeho rozhodnutí zežloutne v sešitech sbírek a v desítkách komentářů. Faktická síla takových právních vět může - při dnešní publikační inflaci - často připomínat malůvku vyrytou do plážového písku, kterou spláchně mořská vlna. Jedna dobře padnoucí část (odstavec, věta) kvalitního soudního rozhodnutí⁷ bude třeba *pro futuro* znamenat víc, než ošemetná pravidla a definice, které se snaží s větším či menším úspěchem vybrušovat do právních vět desítky expertů.

Kontaktní údaje na autora – email:

ludvik.david@nsoud.cz

⁶ Výrazným příkladem častých citací z celého textu nálezu Ústavního soudu může být již první publikovaný náleží Pl. ÚS 19/93 o legalitě, legitimitě a hodnotové diskontinuitě se „starým režimem“. Ale i mnohá další rozhodnutí Ústavního soudu jsou častým pramenem citací nejen právních vět, ale i pasáží z odůvodnění. Tak kupříkladu náleží sp. zn. I. ÚS 733/01, publikovaný ve Sbírce nálezů a usnesení sv. 32, č. 26, obsahuje ve svém odůvodnění několik doktrinárních závěrů k dokazování v trestním řízení.

⁷ Věty o tom, že „Čím otevřenější a přímější způsob argumentace, tím je takový styl bližší demokratické tradici. (...) Soudnictví, které odkryje, proč učinilo to či ono, si tak rovněž vyslouží porozumění. A důvěra založená na porozumění je trvalejší a pevnější než důvěra založená na strachu a vynucované úctě.“ mají určitě větší argumentační „gravitační sílu“ než mnoho právních vět najednou. Byly citovány z článku amerického soudce Douglase v náleží ÚS ve věci věznění (a nynější rehabilitace) chartisty J. Šimsy (II. ÚS 2268/07, odstavec 38).

PROBLEMATIKA PRAVDY V PRAGMATIZME A OTÁZKA PRAVDIVOSTI NORIEM

JARMILA CHOVANCOVÁ

Právnicka Fakulta, Univerzita Komenského v Bratislave, Slovenská republika

Abstrakt v rodném jazyce

Článek venuje pozornost' chápaniu pravdy v pragmatizme a poukazuje na problém pravdivosti noriem, okolo ktorých diskusie sú nejednoznačné a ktoré nastoľujú množstvo ďalších otázok a súvislostí.

Klíčová slova v rodném jazyce

Pravda, právná norma, pragmatizmus, utilitarizmus, poznanie, axiológia.

Abstract

The aim of the article is understanding the problem of truth, not only in pragmatism, but also at philosophy of law in many aspects. We can see it in logic, but also in philosophy, and theory of law

Key words

Truth, legal rule, pragmatism, utilitarianism, knowledge, axiology.

Problém pravdy a pravdivosti poznania má svoje dôležité miesto nielen v živote človeka, ale i vo vedeckom poznaní.

Vieme, že súčasná filozofia sa vyznačuje rozporom medzi túžbou po pravde a hlbokou pochybnosťou o možnosti pravdy.

Súčasná skepsa (podobne ako antická), vychádza skôr z podozrenia, že skutočnosť nemá jednoznačný zmysel, čo spôsobuje, že žiadna pojmová sústava v konečnom dôsledku nemôže byť jej jednoznačným popisom, eventuálne pravdou.

Súčasná filozofia sa síce usiluje o prekonanie tejto skepsy, ale ako tvrdil H. G. Gadamer¹, „pravda teda nie je, avšak vzniká v hovorovej praxi historickej komunity.“

Podľa M. Foucaulta², zmysluplnosť hovoru sa viaže na súbor zdieľaných, hoci vedome nezaznamenaných postojov, ktoré určitá komunita, napríklad renesančné Francúzsko, nosí v sebe ako samozrejmosť. (Pravda je niečo samozrejmeho, pričom si to ani neuvedomujeme. Ľudia si navzájom rozumejú.)

Avšak podľa R. Rortyho³, skepse treba čeliť skôr lepším chápaním pravdy, než lepším chápaním skutočnosti. Pravda podľa neho nie je zodpovedajúcim popisom, ale skôr návodom, ako zaobchádzať so skutočnosťou, ktorého adekvátnosť treba posudzovať podľa účinnosti.

¹ GADAMER, H. G.: Wahrheit und Methode. Tübingen, 1990.

² FOUCAULT, M.: Slová a veci. Bratislava, 1987, s. 78.

³ RORTY, R.: Za zrkadlom moderny. Bratislava 1991, s. 89.

E. Kohák⁴ sa zase domnieva, že filozofia sama nie je pravdou, je úsilím o pravdu, a nie iba kabaretným vystúpením s metaforami.

Je možná filozofia vo svete kde nie je pravda? Svet žiadnu pravdu nemá. Získava ju až vo vzťahu k subjektu.

Svet je prítomnosťou života, nie je náhodný, ale usporiadaný. Život ozmysľuje svet svojím bytím. Je evidentné, že vo filozofii 20. storočia sa stretávame s mimoriadnou pozornosťou zameranou na problém pravdivosti – vytvorilo sa viacero relevantných koncepcií pravdivosti (koherenčná, konvencionalistická, operacionalistická, ale i pragmatická koncepcia pravdy). Práve pragmatickej koncepcii pravdy by sme venovali väčšiu pozornosť.

Pre pragmatistov „pravda je to, čo sa osvedčí svojimi praktickými dôsledkami“, alebo „predstava je pravdivá, pokiaľ je pre náš život prospešné jej veriť“ (W. James)⁵.

Pravda je pre pragmatizmus otázkou, ktorá sa „overuje“ v „logike“, alebo „v posluchárni“.

Podľa zástancov pragmatizmu, v praktickom živote sa nemáme pýtať a pátrať po pravde, ale po tom, aký prospech, alebo úžitok nám prinesie.

Uvedený prístup pragmatizmu k otázke pravdy sa nedotýka len teórie poznania, ale i morálnej oblasti, to znamená, že neexistujú žiadne morálne normy záväzné pre všetkých ľudí.

Aj v tomto smere je pre pragmatizmus typický relativizmus a pluralizmus, ale i prakticismus. Pod praktickou užitočnosťou, pragmatizmus nechápe potvrdenie objektívnej pravdy praxou, ale predovšetkým subjektívne uspokojenie záujmov indivíduí. Pravda sa redukuje na praktické výsledky – „čo je užitočné – je pravdivé“.

Pravdivá je podľa Jamesa teória, ktorá sa osvedčuje v praxi. Všetky pravdy sú užitočné, pretože sú pravdivé, a platí to i naopak, sú pravdivé, pretože sú užitočné. Istý typ filozofie je pravdivým vtedy, ak vyhovuje aj iným než logickým požiadavkám. Podľa Jamesa prakticky mravným a životným požiadavkám zodpovedá pluralizmus, sloboda a individualizmus.⁶

Pragmatický prístup k otázke pravdivosti je spájaný s konaním človeka.

O. Weinberger zastáva názor, že v pragmatizme platí – „Pravda sa nepovažuje za ideálnu charakteristiku výrokov, alebo výrokových viet v jej vzťahu ku skutočnosti, ale pravdivosť tvrdenia je akceptovaná v relevancii informácie pre individuálne a spoločenské chovanie“.⁷

V konečnom dôsledku pravdivé je iba to tvrdenie, ktoré má svoj význam – užitočný význam pre chovanie človeka, čím sa stráca vzťah konštatovania – tvrdenia a skutočnosti, a teda i samotná problematika. Problematika gnozeológie je z tohto aspektu irelevantná.

Ako to však vyzerá s pravdivosťou noriem?

⁴ KOHÁK, E.: The Embers and the Stars. Boston University, 1977, s. 111.

⁵ RIŠKA, A.: Americká filozofia. Bratislava 1996, s. 75.

⁶ JAMES, W.: Význam pravdy. Oxford, 1909, s. 77.

⁷ WEINBERGER, O.: Základy právní logiky. Brno, 1990, s. 83.

K tejto problematike má iste čo povedať G. Frege, podľa ktorého „rozkazovacej vete nikto neupiera význam, ale jej význam nie je taký, že by tu mohla prísť do úvahy pravdivosť.“⁸

Vo filozofii práva je to Hans Kelsen, ktorý odmieta možnosť priradenia pravdivosti normám, ale i možnosť analógie medzi pravdivosťou výrokov a platnosťou noriem „... To, že norma platí, znamená, že existuje. To, že norma neplatí, znamená, že neexistuje. Neplatná norma je neexistujúca, teda nie je žiadnou normou, ale nepravdivý výrok je rovnako výrokom, existuje ako výrok i keď je nepravdivý.“⁹

Inými slovami povedané pre Kelsena je dôvodom odmietnutia možnosti priradiť norme hodnotu pravdivosti spájanie normy s vôľou.

K uvedenej problematike existuje množstvo rôznych stanovísk a názorov, ktoré nevedú k jednoznačnému riešeniu.

Mnoho logikov, ale i právnych filozofov vidí pravdivosť právnych noriem v aplikovateľnosti Tarského koncepcie pravdivosti.

Napríklad K. Opalek prezentuje svoj názor o možnosti priradenia pravdivosti normám, pričom vychádza z korešpondenčnej teórie pravdy. Rozlišuje normu, ako voľné rozhodnutie a normatívny výrok, ako vyjadrenie normy.

Podľa Opaleka „normatívny výrok je pravdivý, ak je norma vydaná.“¹⁰

Evidentne výroky vyjadrujúce povinnosť, majú deskriptívnu interpretáciu, ktorých pravdivosť je daná korešpondenciou s fakticitou.

Podľa P. Holländera,¹¹ „rozdielne stanoviská k možnosti priradenia predikátu pravdivosti k norme, spočívajú v rozdielnom pohľade na obsah korešpondenčnej pravdy, ale i v odlišnom priklonení sa k niektorej z odlišných koncepcií pravdivosti.“

Na základe rôznych stanovísk, či už napríklad K. Engliša, podľa ktorého „norma nemôže byť negovaná, zatiaľ, čo výrok môže byť negovaný každým poznávajúcim subjektom,“¹² alebo O. Weinbergera, ktorý konštatuje, že v súvislosti s možnosťou vyvodzovať normy s logickou nutnosťou z výrokov o skutočnosti, „jediné rozumné riešenie by bolo, zrušiť parlament, a ostatné normotvorné orgány štátu, a ponechať normotvorbu sociologickému ústavu“,¹³ z čoho vyplýva, že nie je možné hodnotu pravdivosti priradovať norme z hľadiska korešpondenčnej teórie pravdy.

Tak ako konštatuje H. Kelsen vo svojom diele Všeobecná teória noriem, v kapitole Pravdivosť výpovede a platnosť normy: „že norma má byť zachovaná – že norma platí“, znamená, že sa máme chovať tak, ako táto norma predpisuje ... na paralele medzi hodnotou

⁸ FREGE, G.: Logische Untersuchungen. Göttingen, 1966, s. 34.

⁹ KELSEN, H.: Recht und Logik. Wien, 1965, s. 1470–1471.

¹⁰ OPALEK, K. – WALENSKI, J.: Ought and Logic. Wien, 1987, s. 384.

¹¹ HOLLÄNDER, P.: Philosophie práva. Plzeň, 2006, s. 189.

¹² ENGLIŠ, K.: Norms ist kein Urteil. Wien, 1967, s. 307.

¹³ WEINBERGER, O.: Norma, právní norma a právo. In: Právnik č. 9/1967, s. 865.

pravdy a platnosťou normy, spočíva prevažne doktrína, že logické princípy sú použiteľné práve tak – alebo analogicky – ako na výpovedi, tak i na norme. Ale táto paralela neexistuje. Odporuje jej najmä to, že pomer medzi aktom, ktorým je norma stanovená, a platnosťou normy, je podstatne odlišný od pomeru, ktorým je urobená výpoveď a pravdivosť výpovede ..

Platnosťou normy je jej existencia, pravdivosť výpovede je jej vlastnosť. Aby norma platila, musí byť stanovená, ak nie je stanovená – neplatí ... keď neplatí, nie je to, čo je stanovené, žiadnou normou.¹⁴

Značné diskusie filozoficko-právneho aspektu môžeme evidovať u Wobelského, Klugova alebo Kolinowského.

Ich koncepcie považujú normu za metajazykový výraz, ktorý sa stáva pravdivým, ak popisuje určitý výraz v objektovom jazyku, splnenie normy príslušnými subjektami, čiže ide o porozumeniu normy jej adresátmi (v zmysle jej pravdivosti), ktoré sa prejavuje v ich konaní.

Ak norma prestane byť platná podľa uvedených autorov, je iba nepravdivá, avšak v logickom myslení platí tvrdenie, podľa ktorého u nepravdivého výroku, je daná jeho existencia.

V právnom myslení aplikovanie Tarského sémantickej pravdy vedie v konečnom dôsledku k veľmi sporným konsekvenciám.

Do popredia vystupujú ďalšie východiská, ktoré sa dotýkajú spätosti normy a pravdivosti, ale i logického vyplývania, a v neposlednom rade i dokazovania.

Podľa O. Weinbergera nás „dôkaz presvedčuje o pravdivosti tvrdenia.“¹⁵

Dokazovanie zároveň znamená presvedčovať, a dokázať znamená presvedčiť – takže váha argumentov má tu svoje nezastupiteľné miesto.

Literatura:

- Engliš, K.: Norms ist kein Urteit. Wien, 1967.
- Foucault, M.: Slová a veci. Bratislava, 1987.
- Frege, G.: Logische Untersuchungen. Gottingen, 1966.
- Gadamer, H. G.: Wahrheit und Methode. Tübingen, 1990.
- Holländer, P.: Filosofie práva. Plzeň, 2006.
- James, W.: Význam pravdy. Oxford, 1909.
- Kohák, E.: The Embers and the Stars. Boston University, 1977.
- Kelsen, H.: Všeobecná teorie norem. Brno 2000.
- Kelsen, H.: Recht und Logik. Wien, 1965.
- Rorty, R.: Za zrkadlom moderny. Bratislava 1991.

¹⁴ KELSEN, H.: Všeobecná teorie norem. Brno, 2000, s. 181.

¹⁵ WEINBERGER, O.: Základy právní logiky. Brno, 1993, s. 214.

- Riška, A.: Americká filozofia. Bratislava 1996.
- Weinberger, O.: Základy právní logiky. Brno, 1993.
- Weinberger, O.: Norma, právní norma a právo. In: Právník č. 9/1967

Kontaktní údaje na autora – email:

Jarmila.Chovancova@flaw.uniba.sk

TEORETICKOPRÁVNÍ ASPEKTY NÁRODNÍHO STÁTU V ÉŘE GLOBALISACE

PETR KRÁTKÝ

Mezinárodní institut podnikatelství a práva, Česká republika

Abstrakt v rodném jazyce

Historická a aktuální role národního státu pohledem právní teorie. Aktuální problém marginalizace mezinárodního práva. Dopady globalizace a europeisace na národní stát. Přetrvávající význam národních států a státních idejí.

Klíčová slova v rodném jazyce

Národní stát, globalisace, europeisace, státoprávní teorie, mezinárodního právo, státní suverenita.

Abstract

Historic and actual role of the national state in theory of law and state. Actual problem which resist in marginalization of international law. Impacts of globalization and europeization on national state. Persisting significance of national state and state ideas.

Key words

National state, globalization, euripeization, theory of law and state, international law, statehood.

ÚVOD

V souvislosti s probíhajícím procesem globalisace a jejího vlivu na fenomen národního státu vzniká řada otázek. Jednou z nich je i otázka po dalším smyslu národních států a jejich idejí, jakožto řídicích myšlenek, které byly u zrodu toho kterého státu a dosud od sebe jednotlivé státy diferencují.¹ Mohou tyto myšlenky být v současnosti aktuální? Mohou být pro současného člověka inspirující? Nebo jsou definitivně odsouzeny na pole právní historie jako artefakty, jež překonal dějinný vývoj a které bychom měli opustit? V tomto kontextu je nutné rovněž položit otázku, jaké ideje naproti tomu řídí proces globalisace? Jsou vůbec takové řídicí ideje, nebo je fenomen globalisace jevem živelným, který nikdo a nic neřídí a který je jen dalším přirozeným stupněm vývoje lidské společnosti? Odpověď na tyto otázky může predikovat další existenci národních států vůbec. Je proto důležité prozkoumat, nakolik je fenomen globalisace pro národní státy hrozbou a zda není něčím, s čím již byly v minulosti konfrontovány a co překonaly.

1. POJEM NÁRODNÍHO STÁTU

Pro fenomen národního státu jsou v pojetí tradiční kontinentální státoprávní teorie charakteristické atributy: mezinárodněprávní subjektivita a dále státní suverenita jako způsobilost být zdrojem právního řádu od ničeho a nikoho neodvozeného, V tradičním pojetí je tedy národní stát garantem objektivního práva pro své občany, který spojení úředním

¹ Srv. k tomu Kallab, J.: Idea státu In Československá Vlastivěda, red. V. Dědina, sv. V Stát, red. J. Kapras. Praha: Sfinx 1931.

jazykem v rámci jednotného systému práva vytvářejí státní národ.² Při vzniku národních států v jejich moderní podobě, se „vedle principu státní suverenity se uplatnil i princip národní suverenity jako požadavek svobodně rozhodovat o vlastním osudu národa a vytvořit vlastní stát ve smyslu mezinárodního řešení národnostní samosprávy a respektování sebeurčovacího práva národů. Princip *maiestas nationalis* pronikl do mezinárodního práva veřejného v podobě zásady sebeurčení národů – *determinatio nationum*.“³

Je pravdou, že ve světle jevů jakými jsou globalisace a europeisace jsou tradiční národní státy podrobeny zkoušce platnosti těchto jejich významových charakteristik.

2. FENOMEN GLOBALISACE

Pro potřeby odpovědí na položené otázky je třeba zpřesnit definiční výměr pojmu globalisace. Fenomen globalisace totiž není právní teorií hodnocen a popisován jednoznačně. Lze se dokonce i setkat s názory, že historické zárodky globalisace můžeme nacházet v historii od pradávna, že globalisací *sui generis* byla rozpínavost římského impéria stejně jako dalších mocenských hegemonů.⁴ Takové názory je třeba kategoricky odmítnout. Pro fenomen globalisace, jak ho známe přibližně od devadesátých let dvacátého století a který lze definovat jako propojování světa na všech úrovních, nelze v historii najít přesnou analogii.⁵

Prvky mocenského imperialismu tak typické pro velké historické říše lze rozhodně vnímat i v současnosti. V mezinárodně právních vztazích byl tak možno hodnotit např. postup koalice vedené Spojenými státy americkými na Blízkém východě. Ve vztazích států, které jsou členy určitého svazu, lze za příklad imperiálního chování „interního“ označit tendence, které se často vyskytují v postoji orgánů Evropské unie vůči jednotlivým členským státům. Jakkoliv lze jevy narušování územní svrchovanosti – v případě postupu spojenců v tzv. druhé válce v Perském zálivu – či omezování státní suverenity – v případě orgánů Evropské unie vůči členským státům – považovat za krajně nevhodné a jdoucí proti základním principům mezinárodního i vnitrostátního práva, nelze je zaměňovat s vlastní procesem globalisace, a to i když působí paralelně a v zásadě jako její integrální součást.⁶

V sociologickém smyslu globalisaci pregnantně definuje A. Giddens, když hovoří o „zintenzivnění celosvětových sociálních vztahů, které spojují vzdálené lokality takovým způsobem, že místní události jsou formovány událostmi dějícími se mnoho mil daleko a

² V praxi může státní národ tvořit dvě a více národností, ale jedině tehdy pokud je vůle těchto národností tvořit společný státní národ - může takový stát přetrvat. V jiném případě dochází k realizaci práva na sebeurčení a hrozí rozdělení takového státu – jak to můžeme vnímat např. v současném Království Belgie.

³ Pinz, J.: Státní a národní svrchovanost v procesu globalisace, dosud nepublikováno - prosloveno na vědecké konferenci ke vzniku Československé republiky, Brno: 2008.

⁴ Viz např. Knoll, V. Hegemonie města Chebu. Zamyšlení nad otázkou středověké globalizace. In Sborník příspěvků z konference Monseho olomoucké právnické dny. Olomouc, Právnická fakulta UP 2008.

⁵ Srv. Pinz, J.: Moc a právo v procesu globalisace. In Sborník z pracovní konference s mezinárodní účastí. Praha, Vysoká škola ekonomická 2003.

⁶ Nutno k tomu podotknout, že bylo v historii dobrým zvykem impérií pronášet na ovládaná území právní kulturu vyššího typu – což platilo pro *Imperium romanum* stejně jako pro britské impérium – v případě Evropské politické a ekonomické integrace však můžeme o právní kultuře vyššího typu, kterou by přinášela Evropský Unie mluvit jen stěží. Srv. k tomu Pinz, J. Osudy české právní kultury ve stínu tzv. europeisace. In Sborník z vědecké konference „Systémové pojetí kultury“. Hradec Králové: Fakulta humanitních studií University Hradec Králové, 2007.

naopak“.⁷ I takto popsaný stav se však nevymyká historicky známým jevům a mohlo by se zdát, že pro státy s jejich tisíciletou existencí nepředstavuje bytostné ohrožení. Ve skutečnosti je však globalisace jako taková z hlediska států něčím, s čím dosud nebyly nikdy konfrontovány a co směřuje k jejich faktické destrukci a marginalisaci. Postupný transfer řady kompetencí na soukromoprávní subjekty, tlak na privatisaci veřejných služeb, stejně jako možnost obcházení lokální státní regulace daňovou rezidenturou mimo daný stát, jsou z pohledů států aktuální problémy, které globalisace přináší a které ohrožují samotnou podstatu států. Řada činností a kompetencí soustředěných ve státě se přesunula do struktury vztahů, které opouštějí rámec tradičních poměrů mezinárodních, tedy interlokálních, a vstupují do kontextu vazeb globálních.⁸

3. AKTUÁLNÍ PROBLÉMY MEZINÁRODNÍHO PRÁVA

Základním pilířem systému kolektivní bezpečnosti států v období novověku, resp. od Vestfálského kongresu (1648), bylo a dosud je alespoň de iure - tedy ve smyslu Charty Organizace spojených národů⁹ - mezinárodní právo veřejné. Od dob svého vzniku prošel tento normativní systém dlouhým vývojem, aby v sedmdesátých letech minulého století upevnil své postavení přijetím Deklarace zásad mezinárodního práva.¹⁰ Jde o zásady: nepoužití síly, mírového urovnání sporů, nevměšování, spolupráce států, sebeurčení národů, svrchované rovnosti států a zásadu poctivého dodržování závazků. Zmíněná kodifikace juristicky potvrdila ethos, který v mezinárodním právu veřejném vládl od konce druhé světové války a který plně v souladu s koncepcemi T.G.Masaryka¹¹ odmítal imperiální politiku ovládnutí jednoho státu druhým, a naopak vycházel z předpokladu, že mírový vývoj mezinárodního společenství zajistí normativní systém založený na spolupráci formálně rovných států a jimi legitimisovaných mezinárodních organizací.¹²

Současné období globalisace je a nepochybně ještě bude „prubířským kamenem“ aktuálního pojetí mezinárodního práva. Stávající mezinárodně politická situace rozhodně není příznivá pro atmosféru spolupráce suverénních států. Na poli teorie se lze setkat i s názory, že globalisace prospívá spravedlnosti.¹³ Ukázkovým příkladem má být např. rychlost, s jakou byl zřízen Mezinárodní trestní tribunál pro bývalou Jugoslávii (ICTY). S ohledem na přetrvávající

⁷ Giddens, A.: Důsledky modernity. Praha, Slon 1998, s. 62.

⁸ Viz EVANS, G. – NEWNHAM, J. The Penguin Dictionary of International Relations. Harmondsworth: Penguin 1998, s. 201.

⁹ Charta Spojených národů je ustavující dokument světové organizace, který stanovuje práva a povinnosti členských států a stanoví orgány a postupy fungování Organizace spojených národů. Jako mezinárodní smlouva kodifikuje Charta základní principy mezinárodních vztahů – od suverenity a rovnosti mezi státy až po zákaz užití síly při řešení mezinárodních sporů. Viz Fakta a čísla OSN, Základní údaje o Organizaci spojených národů. New York – Praha, Informační centrum OSN v Praze 2002, s. 3.

¹⁰ Deklarace zásad mezinárodního práva - Valné shromáždění Organizace spojených národů schválilo konsensem 24. října 1970 (25. výročí přijetí Charty). Viz k tomu Potočný, M.: Mezinárodní právo veřejné, Zvláštní část. Praha, C.H.Beck 1999, s. 1-10. Azud, J.: Niektoré otázky povahy, obsahu a výkladu zásad mezinárodního práva. In: Zborník z vedeckej konferencie „Čo je právo?“ Bratislava, SAP 2007, s. 103-108.

¹¹ Srv. Masaryk, T.G.: Nová Evropa. Praha, G. Dubský 1920, s. 74 a násl.

¹² Srv. k tomu Malenovský, J.: Mezinárodní právo veřejné, Obecná část. MU Brno a Doplněk, Brno 1997, s. 5-7.

¹³ Zoubek, V.: Několik poznámek k multikulturálně-civilizačnímu přístupu v objektivním právu. In: Zborník z vedeckej konferencie „Čo je právo?“ Bratislava: SAP, 2007, s. 246.

pochybnosti o tom, zda válečné akce proti bývalé Jugoslávii lze jakkoliv odůvodnit mezinárodním právem, je to příklad přinejmenším pochybný.

Jediným globálně operujícím účastníkem světového dění, jak bylo zmíněno, zůstávají Spojené státy americké. Na invazi jimi vedené koalice do druhé války v Perském zálivu se však jasně ukazuje, že dodržování dosavadních standardů mezinárodního práva veřejného nemusí být v souladu s jejich národním zájmem. Současně se na mezinárodní scéně nenachází jiný „hráč“, který by byl schopen mocenské počínání Spojených států vyvážit či mu konkurovat. Rusku i Číně – jinak stálým členům Rady bezpečnosti – zatím chybí možnosti ekonomické.

Evropské státy se z historicky pochopitelných důvodů mohou jen obtížně shodnout na společných zájmech zahraniční politiky, a tak přestože by ekonomicky pravděpodobně byly schopny vliv Spojených států vyvážit, nešťastně probíhající evropská integrace jim to neumožňuje. Původní idea evropských společenství založená na výhodnosti spolupráce suverénních států stále více ustupuje do pozadí, aniž by bylo jasné, co přesně ji má ideově nahradit.

4. TRVALÝ VÝZNAM NÁRODNÍCH STÁTŮ A STÁTNÍCH IDEJÍ

Cestou, jakou lze z hlediska dalšího smyslu států tento globalizační atak překonat, je tedy návrat ke kořenům státnosti, tedy účelu států a jejich idejím. Řečeno s spolu se zakladatelem moderní státovědy Georgem Jellinkem „stát má být zástupcem obecných zájmů svého národa.“¹⁴ Ve svém abdikčním projevu nám spoluautor první československý prezident a aktivní účastník destrukce státnosti Rakousko-Uherské, prof. T.G. Masaryk k tomu poznamenal, že „státy se udržují těmi ideály, z nichž se zrodily“.¹⁵ S ideou moderního právního státu je neodmyslitelně spjata ochrana zájmů jeho občanů.

Vizionářsky se jeví Benešova kritika ideologií tehdy vznikajících autokratických státních režimů, která říká, že „Komunismus, fašismus a nacionálsocialismus odmítají onu formulaci správného poměru mezi ideou nacionální a ideou mezinárodní solidarity... Komunismus přehání internacionalismus... Nacionální socialismus a fašismus jsou naproti tomu výrazem nacionalismu expansivního... Odmítají princip a ideály humanity... Konec konců hájí ideje, že jeden národ má právo ovládat nebo zničit národ druhý a rozšiřovat se na jeho útraty.“¹⁶ Stejně tak Dr. Beneš odmítal myšlenku pacifismu hlásaje, že „Ideál humanity není však slaboštví, neznamená nebránit se. – Naopak, chce právě i svého ideálu i práva každého národa neústupně bránit, třeba i železem. Tragické následky jaké mělo nerespektování tohoto přístupu v neblahém roce 1938 jsou dostatečně známé.

Moderní právní stát je jako fenomen jediný historický prověřený nástroj schopný zajistit demokratické uspořádání společnosti. „Cílová představa demokracie je sama o sobě dosti vágní, a nemůže proto postrádat tektonické prvky, které ji ve svém souhrnu konstituují jako cíl.“¹⁷ Idea moderního právního státu dále spočívá v překonání omezenosti formální

¹⁴ Jellinek, J.: Všeobecná státověda, Praha: J. Laichter, 1906, s. 103.

¹⁵ Masaryk, T.G.: O idejích československého státu. In Idea československého státu, red. J. Kapras – B. Němec – F. Soukup. Praha: Národní rada československá v nakl. L. Mazáče, 1936, s. 7.

¹⁶ Ibidem, s. 464.

¹⁷ Čermák, V.: Otázka demokracie, Praha: Academia, 1992, s. 27.

demokracie klasického právního státu a její posun k demokracii reálné zahrnující oblast ne pouze politickou, ale rovněž sociální a ekonomickou.¹⁸

V situaci, kdy se mocenské centrum posouvá ze sféry lokální právní regulace a národního jazyka kamsi „mimo obzor“, je obětí tohoto stavu především občan. Při skutečnosti neexistence nějakého globálního státu či globálního práva je to on, komu se dalším postupem tohoto procesu vzdaluje faktická kontrola nad základními oblastmi jeho života. Bez další existence efektivního národního státu by tvář v tvář výzvam globalisace zůstal zcela bez pomoci. Potřeba renesance ideje silného národního státu nebyla dosud v historii nikdy tak aktuální, jak je tomu dnes.

ZÁVĚR

Z pohledu dalšího vývoje mezinárodního práva je třeba konstatovat, že pokud se nechceme historicky vracet do imperiálních dob a odsoudit tak většinu středních a malých států k úloze kolonií či protektorátů, nezbyvá než všemi prostředky trvat na koncepci spolupráce suverénních států. Jedině silné, suverénní státy s jasnou státní ideou mohou být platnými členy mezinárodního společenství a i nadále tak plnit účel své existence – totiž chránit zájmy a bezpečnost svých občanů. Má-li mezinárodní právo i nadále plnit svou hlavní funkci – tj. zajištění mírového vývoje mezinárodního společenství – musí zůstat právem rovných – *ius inter pares*. A zachovat zásadu, podle níž rovný nad rovným nemá moc – *par in parem non habet potestatem*.¹⁹

Ohledně dalšího destruktivního vlivu europisace na národní státy lze ve světle jevů jakými byly odmítnutí návrhu Smlouvy o Ústavě pro Evropu v průběhu jejího ratifikačního procesu lidem republiky Francie i lidem Nizozemského království a dále Irské NE procesu ratifikace Lisabonské smlouvy lze konstatovat, že moc zůstává v rukou občanů - voličů. Jedině oni mohou usměrnit další kroky politiků a vrátit státy tam, kam svým významem a rolí patří.

S přihlédnutím k uvedeným argumentm je zřejmé, že státy a státní ideje nelze ani v jejich současné podobě posílat na smetiště dějin. Jak říká významný představitel současné mezinárodně-politického myšlení a ekonomie, profesor Francis Fukuyama: „Jeden druh moci, který i v současném globalizovaném světě zůstává výlučně v rukou národních států, je moc vynucovat dodržování zákonů. I kdyby mezinárodní právo a mezinárodní organizace přesně reflektovaly vůli mezinárodního společenství (ať to znamená cokoliv), vynucování zákonnosti zůstává celkově doménou států.“²⁰ Role národních států jako ochránců zájmu svých občanů tak zůstává i v probíhající éře globalisace nezastupitelná.

Literatura:

- Fukuyama, F.: Budování státu podle Fukuyamy, Praha: Alfa Publishing 2004,
- Čermák, V.: Otázka demokracie, Praha: Academia, 1992
- Giddens, A.: Důsledky modernity, Praha: Slon, 1998

¹⁸ Srv. Pinz, J.: Přirozenoprávní teorie a moderní právní stát. Disertační práce, Brno: Právnická fakulta MU 1996, s. 233.

¹⁹ Azud, J.: Suveréna rovnost a rovnoprávnost státu podľa medzinárodného práva. In: Zborník z vedeckej konferencie „(Ne)rovnosť a rovnoprávnosť“ Bratislava: SAP, 2005, s. 125.

²⁰ Fukuyama, F.: Budování státu podle Fukuyamy. Praha, Alfa Publishing 2004, s. 117.

- Jellinek, J.: Všeobecná státověda, Praha: J. Laichter, 1906.
- Kallab, J.: Idea státu In Československá Vlastivěda, red. V. Dědina, sv. V Stát, red. J. Kapras, Praha: Sfinx 1931
- Knoll, V. Hegemonie města Chebu, Zamyšlení nad otázkou středověké globalizace, In Sborník příspěvků z konference Monseho olomoucké právnické dny, Olomouc: Právnická fakulta UP 2008
- Masaryk, T.G.: O ideji československého státu. In Idea československého státu, red. J. Kapras – B. Němec – F. Soukup. Praha, Národní rada československá v nakl. L. Mazáče 1936
- Masaryk, T.G.: Otázka sociální, Praha: J. Laichter, 1898
- Masaryk, T.G.: Nová Evropa, Praha: G. Dubský, 1920
- Pinz, J.: Moc a právo v procesu globalisace, In Sborník z pracovní konference s mezinárodní účastí, Praha: Vysoká škola ekonomická, 2003
- Pinz, J. Osudy české právní kultury ve stínu tzv. europeisace, In Sborník z vědecké konference „Systémové pojetí kultury“, Hradec Králové: Fakulta humanitních studií University Hradec Králové, 2007
- Pinz, J.: Přírozenoprávní teorie a moderní právní stát, Disertační práce, Brno: Právnická fakulta MU, 1996

Kontaktní údaje na autora – email:

p.kratky@email.cz

PRÁVNÍ A ETICKÉ ASPEKTY OCHRANY NENAROZENÝCH DĚTÍ A DĚTÍ S VROZENÝMI VADAMI

JANA LOJKOVÁ, DARINA POPOVIČOVÁ

Právnická fakulta Masarykovy Univerzity, Česká republika

Abstrakt v rodném jazyce

Otázka přístupu k nenarozenému lidskému plodu a jeho ochrany se netýká pouze provádění umělého přerušení těhotenství, nýbrž i dalších zásahů do reprodukce. Jde o téma značně kontroverzní z pohledu práva i etiky a morálky. Cílem příspěvku je vymezení stěžejních právních a etických aspektů ochrany lidského plodu, které vyvolávají rozporuplné reakce. Druhá část příspěvku se zaměří konkrétně na zjištění výskytu vrozených vad u nenarozeného dítěte. Nastíní zároveň některá základní dilemata, které s sebou přináší na první pohled málo problematický a vítaný pokrok v metodách prenatální diagnostiky a léčby.

Klíčová slova v rodném jazyce

Právo na život, ochrana nenarozeného lidského života, právní subjektivita, etika, morálka, umělé přerušení těhotenství, vrozené vady, diagnostika, eugenika, genetika.

Abstract

The discourse about protection of human life before birth is very controversial. It is touching not even intentional abortions, but also interference to human reproduction at all. In the first part of this contribution I would like to mention the main law and ethic problems connected with protection of unborn children. The second part will focus on the area that is accepted as a legal ground for a termination of pregnancy by the absolute majority of systems of law, even the strictest ones - the occurrence of congenital defect. It will also try to outline some dilemmas which the progress in methods of modern medicine brings with itself

Key words

Right of life, legal personality, protection of unborn human life, ethics, morality, intentional abortion, congenital defect, diagnostics, eugenics, genetics.

1. ÚVOD

Není sporu, že lidský život by měl být chráněn. Každý má práva na život, a toto právo jako jedno ze základních lidských práv je zakotveno ve všech demokratických ústavních systémech, jakož i v mezinárodních lidskoprávních úmluvách. Ne zcela jednoznačné to však je v případě nenarozeného lidského života. Není nutno připomínat, že toto téma je značně kontroverzní a že v této souvislosti lze najít celou řadu protichůdných názorů daných jak výchovou, náboženským přesvědčením tak například morálkou apod. Nalézt celospolečenský konsenzus je těžké. Cílem tohoto příspěvku však není najít jednoznačné řešení v otázce přístupu k lidskému plodu od početí po narození, nýbrž vymezení stěžejních aspektů právních a etických v oblasti ochrany lidského života před narozením, které vyvolávají rozporuplné reakce.

O nic méně kontroverzní není situace ani ve velice složitých a bolestných situacích zjištění výskytu vrozené vady nebo abnormality u dítěte již v těle matky, které metody moderní medicíny mohou diagnostikovat stále úspěšněji a bohužel i častěji. Rodiče jsou tak stavěni před rozhodování, které ještě před několika desítkami let podstupovat nemuseli. Na jedné

straně stojí obtíže, které by s sebou nutně výchova jejich dítěte přinesla a které jako důvod k umělému ukončení těhotenství i v jeho pozdějších fázích uznává většina právních řádů světa, na straně druhé pak názory obhajující stanoviska, že kvalitu života člověka nemůžeme měřit výhradně podle jeho zdraví a hlavně pak, jestli je vůbec možné za jiného rozhodnout, jestli bude jeho život hoděn žítí. Rozvoj vědy a nevyjasněný status lidského plodu tak vytváří prostor pro řadu zajímavých otázek, kterým bude v předkládaném příspěvku věnována pozornost.

2. PRÁVNÍ ASPEKTY OCHRANY NENAROZENÉHO LIDSKÉHO ŽIVOTA

Právo na život je jedno ze základních lidských práv. V našem právním řádu je jeho ochrana dána ustanovením v hlavě druhé oddílu prvním Listiny, který je nadepsán „Základní lidská práva a svobody“. Čl. 6 Listiny základních práv a svobod stanovuje, že každý má právo na život. Dále ve větě druhé je uvedeno, že lidský život je hoděn ochrany již před narozením.¹

Toto ustanovení se však zdá být kontroverzní, když zohledníme platnou právní úpravu potratů v našich podmínkách. Výraz „každý má právo na život“ můžeme chápat jako každý narozený člověk. Další věta nicméně nezní: „každý má právo na život před narozením“, ale „lidský život je hoděn ochrany“. S tímto konstatováním je nutno si klást otázku, kdy lze v prenatálním vývoji plod považovat za lidský život.

Při schvalování Listiny základních práv a svobod se nepodařilo prosadit návrh, aby lidský plod byl chráněn od početí. Při přijímání ústavního zákona byly například navrhovány formulace jako: „Každý má právo se narodit.“ nebo také: „Lidský život je hoděn ochrany již od početí.“ V dnešní stávající úpravě jde tedy o kompromis a o nezřetelné vyjádření.² Názory na to, jaký je vlastně status embrya v českém právu, se samozřejmě různí. Příčinou je zejména to, že neexistuje zákonná úprava, která by se vztahovala pouze a výlučně na postavení zárodku.³

Další problém se týká chápání výrazu: „být hoděn ochrany“. To je výrok nepochybně slabší síly než právo na život, nejde především o normu (tzn. obecně závazné pravidlo vyjadřující zákaz, příkaz nebo dovolení), ale spíše o formulaci naznačující určité přání zákonodárce.⁴ Výklad čl.6 věty druhé může být chápán tak, že lidský zárodek má speciální postavení podobné právnímu postavení člověka, čili fyzické osoby, ale zároveň vykazuje určité odlišnosti, a proto mu nelze přiznat stejná práva jako již narozené lidské bytosti. Tato definice však dává i široký prostor pro zákonnou úpravu tak, aby se nedostala do rozporu s ústavním pořádkem.⁵

¹ viz Usnesení č. 2/1993 o vyhl.LZPS jako součást ústavního pořádku ČR, Listina základních práv a svobod

² Zimek, J., Právo na život, Brno: Masarykova univerzita v Brně, 1995, s. 14

³ Prudil, L. Status lidského embrya v českém právu [citováno 2.11.2008]. Dostupný z: <http://www.med.muni.cz/UCB/prudil%20txt001.htm>

⁴ Kühn, Z., Ochrana lidského plodu v trestním právu, Praha: Institut pro další vzdělávání soudců a státních zástupců, 1998, s. 51

⁵ Listina zřetelně neřeší problematiku uznání plodu za subjekt práv v určitém okamžiku, nebo již v okamžiku oplodnění, ani neřeší konflikt zájmů mezi matkou a plodem. Viz Kühn, Z., Ochrana lidského plodu v trestním právu, Praha: Institut pro další vzdělávání soudců a státních zástupců, 1998, s. 51, dále viz. též Zimek, J., Právo na život, Brno: Masarykova univerzita v Brně, 1995, s. 14

Základním právním problémem v této otázce je, zda přiznat nenarozeným dětem právo na život. Pokud bychom připustili tuto situaci, museli bychom přiznat lidskému embryu i právní subjektivitu. Diskuse o statutu nenarozeného plodu je značně kontroverzní, neboť přiznáním práva na život by se embryo stalo subjektem práva, a tudíž i nositelem práv a povinností. Za této situace by bylo ovšem nutné určit počátek lidského života již před narozením a zároveň by to s sebou neslo i povinnost státu chránit tento nenarozený lidský život. Provedení potratu by za této situace bylo porušením práva na život a takové jednání by bylo kvalifikováno jako vražda. Tento přístup se však zdá být neuplatnitelný nejen proto, že právo neřeší konkrétní hranici, kdy v prenatálním období začíná lidský život.

V našem platném právním řádu se setkáváme pouze, řekněme, s předpokládanou subjektivitou. Otázku právní subjektivity nenarozeného lidského plodu, tzv. nascitura, řeší občanské právo. V občanském zákoníku nalezneme právní úpravu podmíněné subjektivity nenarozeného, ale prokazatelně počatého dítěte. V tomto kodexu je stanoveno, že způsobilost mít práva a povinnosti (tj. právní subjektivitu) má i počaté dítě, narodí-li se živé.⁶ Počaté dítě lze proto z pohledu občanského práva chápat jako možného účastníka občanskoprávních vztahů, čili jako fyzickou osobu. Narodí-li se živé, je mu přiznána právní subjektivita již od početí. Tímto je považován za fyzickou osobu, neboli subjekt i nenarozené dítě. Pokud však podmínka splněna není, přistupuje se k lidskému plodu jako by subjektem práva nikdy nebyl a právní subjektivita mu tak přiznána není. Nedá se tedy říci, že by toto ustanovení řešilo definitivně právní postavení nenarozeného lidského plodu, neboť pouze předpokládá určitý vývoj, a za splnění konkrétní podmínky, tedy narození, bude právní subjektivita zpětně přiznána. Nikdy tedy nenastane situace, že by nenarozené dítě mělo právní subjektivitu a tudíž neslo určitá práva a povinnosti, jakož i absolutní právo na život.

3. HODNOTA NENAROZENÉHO LIDSKÉHO ŽIVOTA JAKO ETICKÝ PROBLÉM

V oblasti ochrany lidského plodu před narozením má význam více než kdekoliv jinde právě etika. Vedle práva určuje naše chování jako další normativní systém. Jde o disciplínu zabývající se nejobecnějšími morálními a mravními problémy, zkoumající vybrané hodnoty, normy, principy a povinnosti, jejichž posláním je přispívat k formování typu chování, rozhodování a jednání⁷. Etické normy určující žádoucí chování pro určitou profesi pak nazýváme profesní etikou. Z hlediska relevantního tématu je stěžejní právě lékařská etika. Pro konkrétní jednání jednotlivce, určité skupiny či společnosti má zásadní význam morálka, jež představuje souhrn hodnot, principů a ideálů, který specifikuje, co je dobré a správné. To jak lidé vnímají správnost určitého chování je pak dáno respektováním morálních hodnot. Morálně dobré nebo špatné znamená shodu nebo neshodu jednání s vlastním svědomím⁸.

Nejen problematika přístupu k počatému lidskému životu vyvolává potřebu zamyslet se nad tím, jaká je vlastně hodnota lidského života a zejména toho nenarozeného, jaké jsou hranice této hodnoty, tedy od kterého okamžiku prenatálního vývoje je potřeba chránit lidský život a jaké důsledky je třeba z takových úvah vyvodit. Zde je významný systém morálních hodnot, tedy pojetí toho, co má hodnotu a co je potřeba chránit. Vymezení toho, od kterého okamžiku má lidské embryo hodnotu lidského života, má zásadní význam pro morální úsudek, jaké

⁶ viz § 7 zákona 40/1964 Sb., občanský zákoník, v platném znění

⁷ Nesvadba, P., Filosofie a etika, Plzeň: Vydavatelství a nakladatelství Aleš Čeněk, 2006, s. 197

⁸ Blecha, I. a kol., Filosofický slovník, Olomouc: Nakladatelství Olomouc, 1998, 2.vyd., s. 276

zacházení s nenarozeným životem je dobré a jaké je špatné. Tedy i pro zhodnocení, zda má být lidský plod chráněn již od početí či nikoliv.

Jistá míra ochrany nenarozeného lidského života v našem právním řádu existuje. Je dána ustanovením v čl. 6 Listiny základních práv a svobod, na něž navazuje trestněprávní úprava. Současně je zde stále prostor, kdy může být s lidským embryem zacházeno různě, mám na mysli např. pokusy na embryonálních kmenových buňkách získaných z přebytečných embryí v rámci in vitro fertilizace, či samozřejmě přerušením jeho prenatálního vývoje umělým přerušením těhotenství. Nejasné vyjádření toho co znamená být hoden ochrany, tedy za jakých okolností je nutno nenarozený život chránit, a tedy od kterého okamžiku lze lidský plod považovat za lidský život, dává prostor právě morálnímu úsudku. Zde má své postavení právě etika a zejména pro bioetika, což je disciplína zabývající se mravními otázkami rození, života a smrti v souvislosti s využitím medicínských poznatků⁹. Právě moderní poznatky z oboru medicíny bývají určující v otázce, který okamžik prenatálního vývoje určit jako počátek lidského života. Názory se i tak v této oblasti různí, jedni považují tímto okamžikem početí, jiní vidí tuto hranici až mnohem později. Doktor Ladislav Pilka ve svém článku Status embrya – lékařské aspekty uvádí tři názory na morální postavení embrya. Za prvé uvedl názor, že embryo nemá žádný morální status. Je to směsice nerozlišených buněk, postrádajících individualitu, jeho status se neliší od statutu jakékoliv jiné lidské tkáně. Druhý názor říká, že embryo má plný status lidské bytosti, vzhledem k tomu, že při fertilizaci vznikl nový genotyp. Za třetí uvedl názor, že embryo je potenciální lidská bytost, je to nová filosofická entita reprezentující kompromis, který je dnes přijímán vědci, lékaři i etiky¹⁰. Je jasné, že stanovení jasné hranice začátku lidského života není snadné, nicméně většina etických výborů dospěla k přesvědčení, že

Lidský plod není chráněn již od početí, naopak v počátečních fázích svého vývoje v souladu s příslušnými ustanoveními zákona jsou přípustny zásahy, zejména umělé přerušení těhotenství, ale i výzkum na embryonálních kmenových buňkách přebytečných embryí získaných v souvislosti s in vitro fertilizací¹¹. Je otázka, zda by úprava týkající se manipulace s lidskými plody neměla být pozměněna. Medicína v dnešní době dosáhla takové úrovně, že argumenty týkající se zdravotních rizik provádění potratů téměř zcela ztratily na své opodstatněnosti. Poznatky z medicíny se však netýkají pouze bezpečného provádění potratů, nýbrž i udržování při životě předčasně narozené děti, které by bez odborné lékařské péče neměly šanci přežít. Díky rozvoji medicíny a zdravotní péče je možné udržet při životě děti s extrémně nízkou porodní váhou (od 500 – 750g). Hranice pod níž lékaři předčasně narozené dítě nezachraňují může být posunuta na základě doporučení odborných lékařských společností. V Česku je tato hranice stanovena na 24 týden¹². V této souvislosti je podstatné říci, že právě do 24. týdne je zákonem stanovena hranice pro provedení umělého přerušení těhotenství v případě splnění zákonné podmínky. Za této situace je nutné konstatovat, že se spojily hranice, kdy lze legálně provést potrat a kdy lze za jiných okolností udržet při životě předčasně narozenou lidskou bytost. Toto podle mého názoru vyvolává potřebu zamyslet se

⁹ tamtéž, s. 52

¹⁰ Pilka, L. Status embrya – lékařské aspekty [citováno 2. 11.2008]. Dostupný z: <http://www.med.muni.cz/UCB/pilka%20txt001.htm>

¹¹ příslušná ustanovení nalezneme v zákoně č. 68/1957 Sb. o umělém přerušení těhotenství a v zákoně č. 227/2006 Sb. o výzkumu na lidských embryonálních kmenových buňkách a souvisejících činnostech a o změně některých souvisejících zákonů

¹² Fričová, M. V hodině narození nebo smrti. Týden 46/2006, str. 28

nad etickým aspektem této situace, neboť ve světě jsou známy i případy, kdy lékaři úspěšně udrželi při životě dítě narozené např. již ve 22. týdnu těhotenství. V minulosti známe příklady, kdy určité právní řády stanovily jako počátek lidského života právě schopnost přežít mimo matčino tělo. Hypoteticky by se za takových okolností a při dnešní úrovni medicíny dostala stávající potratová úprava v ČR do kolize s principem ochrany lidského života. Závěrem je nutno dodat, že i problematika zachraňování předčasně narozených dětí s nízkou porodní váhou má své kontroverzní etické aspekty, neboť je zde velké riziko zdravotního postižení těchto dětí.

4. VROZENÉ VADY V ČESKÉ REPUBLICE

Abychom měli o takových rizicích konkrétnější představu, představme si nyní několik statistických údajů¹³. V České republice se v roce 2006 narodilo 105.831 dětí, 3774 z nich mělo vrozenou vadu. Nejčastějšími vrozenými vadami jsou vady srdeční (v roce 2006 byly zjištěny u 1026 chlapců a 972 děvčat), u chlapců to jsou dále vady pohlavních orgánů, u dívek deformity nohou a kyčlí. S Downovým syndromem se v roce 2006 narodilo 20 chlapců a 15 dívek.

Ze srovnání provedených mezi lety 1994 až 2006 vyplývá, že až do roku 2004 vrozených vad přibývalo, později počty začaly velice zvolna klesat. Za poslední tři desítky let se nicméně počet zjištěných vad v České republice statisticky téměř ztrojnásobil, což je částečně dáno i tím, že lékaři sledují stále více typů vad, na druhou stranu se však současně zkvalitňuje i diagnostika, četnost některých typů poruch se tak v populaci daří snižovat, existují však samozřejmě i choroby, které diagnostikovat nelze. Díky prenatální diagnostice byly v roce 2006 odhaleny vrozené vady u 600 těhotných žen, téměř tři čtvrtiny z nich požádaly kvůli vážnému poškození plodu o ukončení těhotenství.

Tato čísla se evidují v Národním registru vrozených vad, jehož zpracovatelem je Ústav zdravotnických informací a statistiky ČR. Získávané údaje jsou v současné době jedním ze základních faktorů potřebných pro hodnocení zdravotního stavu populace a součástí hodnocení prenatální, perinatální a postnatální péče. Na jejich základě je také vyhodnocován včasný záchyt vrozených vad, slouží i jako podklad pro tvorbu zdravotní politiky v této oblasti. Monitoruje je nejen každý stát, ale v mezinárodním měřítku i Světová zdravotnická organizace a Organizace pro ekonomickou spolupráci a rozvoj.

Příčiny vrozených vad odborníci dělí na¹⁴ :

genetické faktory

faktory zevního prostředí, řada poruch přitom vzniká společným působením obou.

Ohrožení a rizika přitom můžeme v zásadě rozdělit také do dvou skupin na:

1. ovlivnitelné – plynou z negativního chování a osobních návyků jednotlivce (alkohol, kouření, kofein)

¹³ Aktuální informace Ústavu zdravotnických informací a statistiky ČR č. 34/2008 [citováno 1. 11. 2008], dostupné www.uzis.cz/download_file.php?file=3429

¹⁴ Informační portál o vrozených vadách a jejich výskytu v ČR [citováno 1. 11. 2008] , dostupné z <http://www.vrozene-vady.cz/vrozene-vady/>.

2. neovlivnitelné – ta na sebe člověk bere již okamžikem narození

Jak již bylo zmíněno výše, počet vrozených vad v populaci České republiky až donedávna rostl, což lze přičítat jednak změnám v registraci hlášení vrozených vad, pokroku v medicínských technologiích, kdy je možné diagnostikovat stále větší počet chorob, dále pak pokroku v prenatální péči, která je schopná udržet při životě plody, které by dříve zanikly spontánním potratem. Nelze však opominout ani vliv změny životního stylu a narušení genofondu, což jsou faktory spadající do skupiny ovlivnitelných ohrožení a rizik¹⁵.

Aby byla takováto rizika snížena na minimum, bylo u nás zhruba před desíti lety zavedeno plošné testování vrozených vad postavené na sledování vzájemného poměru hormonů v krvi matky. Lze jím zjistit například rozštěpové vady nebo změny v počtu chromozomů dítěte, které pak ukazují na Downův syndrom. Je-li zjištěna vrozená vývojová vada či geneticky podmíněná choroba, rodičovský pár by měl být informován o dalším možném postupu, ať už má jít o ukončení těhotenství nebo prenatální či postnatální terapii na základě stanovení včasné diagnózy.

5. ZÁKLADNÍ PROBLÉMY ÚSPĚCHŮ PRENATÁLNÍ DIAGNOSTIKY

Ne všechny choroby je však před narozením možné diagnostikovat, výsledky testů navíc nemusí být úplně spolehlivé, rodičům tak mohou přinést falešnou naději nebo naopak znepokojení. Lékaři pak rodiče připravují na rozhodování, které ještě před několika lety nebyli nuceni podstupovat, a sice jestli jsou ochotni a schopni vychovávat dítě s postižením. Význam veškerých právních a etických aspektů rozvíjejícího se odvětví prenatální diagnostiky je proto nutné stavět na roveň aspektů medicínských, neboť nemůžeme aplikovat postupy, které by sice byly technicky proveditelné, jejich etická podstata by ovšem zůstávala opomenuta. Pokrok moderní medicíny tak na jedné straně jistě přináší mnohé klady, má však i své zápory, byť možná nejsou na první pohled tak patrné. Podívejme se nyní společně na některé z nich.

Výše byly zmíněny případy, kdy díky novým lékům a přístrojům jsou lékaři schopni udržet při životě i extrémně nedonošené děti, tedy s váhou pod jeden kilogram, které vážnými zdravotními problémy právě díky nízké porodní váze mohou trpět po celý život. V každé zemi si lékaři určují tzv. hranici životaschopnosti plodu. Nejde o hranici, pod kterou se narozený plod nechává bez pomoci zemřít, naopak určuje minimální podmínky, za nichž se dítě narozené bez známek života začíná automaticky zachraňovat a oživovat. V České republice je rozhodujícím bodem stáří 24 týdnů a váha půl kilogramu. Jsou země jako například Nizozemí nebo Švýcarsko, kde je požadováno 26 týdnů, naopak třeba v Japonsku postačuje týdnů 22. Zásadní význam pro stanovení hranice jsou vedle úrovně medicíny kulturní a etické zvyklosti dané zemí¹⁶. Lékaři se tak ocitají ve velice zásadní roli, kdy určují, které děti ještě má smysl udržovat při životě a které již ne, jaká míra postižení dítěte je ještě přijatelná. Připomeňme si v této souvislosti, že v řadě zemí je možné legálně provést interrupci, dokud dítě nedosáhne stáří přibližně srovnatelného.

Narážíme tím na problematiku statusu lidského plodu, který vychází z řady filosofických, teologických a kulturních východisek, je tedy objasnitelný pouze velice složitě. Techniky

¹⁵ tamtéž

¹⁶ Čápová, H. Potrat a hra na Boha: žijí navzdory lékařům [citováno 1. 11. 2008], dostupné z http://www.tyden.cz/tema/potrat-a-hra-na-boha-ziji-lekarum-navzdory_393.html

užívané při prováděných vyšetřeních, jako je například ultrazvuk monitorující tlukot srdce navozují iluzi vztahu lékaře a lidského plodu jako pacienta. Spory o jeho status částečně obcházejí tvrzení, že status pacienta nesouvisí s nezávislým morálním statutem a pacientem je ten, kdo má prospěch z léčby, tedy ten, komu může lékař svou aktivitou pomoci. Podle této teorie se plod stává pacientem tehdy, když léčba, kterou podstupuje, bude mít pro něj (či pro dítě, v které se vyvine) více užitku než škody. Etická podstata této koncepce plodu jako pacienta závisí na vazbě, která může být vytvořena mezi plodem a budoucím dítětem, ne na diskutovaném nezávislém statutu plodu. Úvahy o etických aspektech prenatalních vyšetření pak budou záviset na konkrétních cílech jednotlivých diagnostických vyšetření. Musíme zde rozlišovat, má-li se vyšetření týkat pouze matky, jen dítěte nebo obou. Smysl vyšetření se bude lišit podle toho, kdo z něj bude mít hlavní užitek¹⁷.

Problémem prenatalních vyšetření z pohledu této koncepce je málo evidentní prospěch plodu. Většina chorob, které jsou v současné době prováděnými vyšetřeními odhalitelné, neumožňují efektivní terapii plodu, takové terapie bývají pro plod riskantní, jako řešení se proto často nabízí předčasné ukončení těhotenství. Tím se vytváří prostor pro úvahy, zda je ku prospěchu dítěte jeho ušetření pozdějšímu onemocnění, bolesti či strádání, protože nejsme schopni jednoznačně rozhodnout, jestli život s konkrétním postižením stojí za žití a jestli tím tedy uchráníme dítě od utrpení.

Na druhou stranu se setkáváme i s teoriemi, že je naší povinností poskytnout každému dítěti alespoň standardní šanci na dobrý a spokojený život, jinak jej neoprávněně znevýhodníme a předurčíme ke zbytečnému neštěstí, protože podle obecného vnímání pouze zdravý člověk může být šťastný. Není potom nesprávné doporučit matce, aby podstoupila interrupci a odepřela tak svému dítěti život, ať už by byl jakýkoli, protože práva nemohou být upírána někomu, kdo neexistuje. Aby někdo mohl být zbaven práv, musí toto zbavení pociťovat jako ztrátu. Naopak by bylo nesprávné, aby rodiče ve své touze mít vlastní dítě za každou cenu bezohledně působili tomuto dítěti příkoří.

Ronald Dworkin¹⁸ pro lepší pochopení naznačených úvah přichází s teorií zájmů plodu, kdy tvrdí, že je v zájmu každé žijící osoby, že se Země před milionem let nesrazila s obrovským meteoritem. Pokud by se to ovšem stalo, nebyla by tato událost proti zájmu nikoho, protože by neexistoval nikdo, jehož zájem by byl srážkou narušen. Musíme proto zohledňovat zájmy plodu v okamžiku provádění zákroku a nestavět tvrzení na zájmech, které by se byly bývaly vyvinuly, kdyby zákrok proveden nebyl.

Lékaři by se tak při svém rozhodování měli snažit zohlednit zájmy plodu i matky, jejich odpovědnost totiž směřuje vůči oběma. Je zřejmé, že zdaleka ne vždy se bude jednat o zájmy totožné, vztahy mezi rodiči a dětmi se tak mohou stávat konfliktními. Problémem, s kterým se nejen lékaři budou muset vypořádávat stále častěji je pak například i míra informací a kontrola nad dědičnou výbavou dětí, kterou se prenatalní diagnostikou daří do určité míry

¹⁷ Calda, P. Etické problémy prenatalní diagnostiky a terapie na prahu 3. tisíciletí. Interní medicína – mezioborové přehledy 2003/2, s. 7[citováno 1. 11. 2008], dostupné z <http://www.zdravcentra.cz/cps/rde/xbcr/zc/918.pdf>

¹⁸ Dworkin, R. *Life's Dominion, An argument about abortion, euthanasia and individual freedom*. New York: Vintage books, 1993, ISBN 0-679-73319-1

zjišťovat a která může změnit pohled rodičů na jejich potomky nebo naopak potomků na své rodiče¹⁹.

Samotní vědci a lékaři jsou si vědomi mnoha úskalí, upozorňují²⁰ například na problém dědičné neplodnosti, což je sice na první pohled protimluv, neboť neplodnost by vůbec neměla být dědičná, protože neplodný člověk svou dědičnou informaci vůbec nemůže předávat dál, v praxi se s ní však bohužel setkáváme, díky metodám asistované reprodukce lze totiž některé poruchy obejít. Takto narozené děti budou v budoucnu s velkou pravděpodobností nuceni v touze po vlastních dětech pomoc asistované reprodukce opět využít. Nejenže přežívají jedinci s genetickými poruchami nebo vrozenými vadami, kteří by ještě před 100 lety zemřeli před dosažením dospělosti, mají navíc sami děti. Vzniká tak situace protikladná cíli eugeniky, směru, který se zabýval studiem metod, které povedou k co nejdokonalějšímu genetickému fondu člověka a která byla dovedena ad absurdum za nacistického Německa.

Shodují se tak na tom, že při snahách o zdokonalení přirozených lidských vlastností je určitá skepse na místě především díky nejistotě v jejich dlouhodobých genetických a sociálních důsledcích. Nové poznatky prediktivní medicíny mohou vést k nuceným potratům, povinným genetickým vyšetřením, která vyvíjí ohromný individuální i společenský tlak na změnu návyků ovlivňujících zdraví a povedou k stigmatizaci osob, které mohou být znevýhodněny jako zaměstnanci, pojištěnci i po sociální stránce. Ohrožena je tak instituce medicíny i lidská svoboda a důstojnost²¹.

ZÁVĚR

Stále vyšší úroveň lékařské vědy poskytuje možnost lidem ovlivňovat proces rození a významně zasahovat do procesu reprodukce. Nejkontroverznějším společenským tématem je nejspíš provádění umělého přerušování těhotenství, což je problém, jež v sobě zahrnuje celou řadu právních, ale také zejména etických aspektů, které nejsou zcela přesvědčivě vyřešeny. V tomto kontextu však nejde jen o umělé přerušování těhotenství, ale i o další zásahy do reprodukce, kdy například v souvislosti s oplodňováním in vitro je různě zacházeno s nevyužitými embryi, včetně možných pokusů na embryonálních kmenových buňkách. Nutno si přiznat, že celospolečensky přijatelné řešení v této otázce je zcela zřejmě nereálné, právě díky rozdílným přístupům k nenarozenému lidskému životu, resp. lidskému plodu.

Stěžejní právní problém ochrany lidského života před narozením vidíme ve vymezení právního statutu nenarozeného lidského plodu. Listina základních práv a svobod zaručuje určitou míru ochrany nenarozenému lidskému životu, nevymezuje však, kdy v prenatálním období začíná lidský život, či za jakých okolností je nenarozený lidský život hoděn ochrany. V oblasti etického přístupu je základním aspektem podle našeho názoru přisouzení hodnoty počatému lidskému plodu, hodnotový přístup v tomto kontextu je v naší společnosti zcela odlišný, což je dáno celou řadou vlivů.

¹⁹ Calda, P. Etické problémy prenatální diagnostiky a terapie na prahu 3. tisíciletí. Interní medicína – mezioborové přehledy 2003/2, s. 9 [citováno 1. 11. 2008], dostupné z <http://www.zdravcentra.cz/cps/rde/xbcr/zc/918.pdf>

²⁰ Etické a právní aspekty lékařské genetiky [citováno 1. 11. 2008], dostupné z <http://genetika.wz.cz/etika.htm>

²¹ Medicínská etika a bioetika. Cíle medicíny. Hledání nových priorit. Závěrečná zpráva mezinárodního multicentrického výzkumného projektu Časopis ústavu medicínskej etiky a bioetiky. Bratislava. Január – Marec 1997. Vol 4. No 1. s. 13

S využitím prostředků moderní medicíny lze prostřednictvím prenatalní diagnostiky prokázat malformaci plodu a docílit tak umělého ukončení těhotenství. Poškození plodu jako zákonný důvod pro interrupci uznávají i nejpřísnější státy světa, a to i v pokročilém stádiu těhotenství. Naopak v závislosti na tom, zda je dítě chtěné dokáží lékaři udržet při životě předčasně narozené dítě, kterému s velkou pravděpodobností hrozí, že bude fyzicky či duševně handicapované. Hodnota, kterou lidskému životu přisuzuje společnost a především pak matka je v této souvislosti rozhodující. Nejen v těchto případech je však vhodné se zamyslet i nad různými právními a etickými aspekty ochrany dětí neboť pokrok moderní medicíny s sebou přináší mnohá úskalí, která na první pohled možná nejsou úplně patrná. Výše byla naznačena některá z nich, samotní odborníci varují před problémy, kdy není možné automaticky aplikovat postupy, které sice lze technicky provést, jejich etická podstata je však poněkud problematická. Mohou navíc mít naprosto rozhodující význam pro další vývoj, který by se mohl stát problematickým ještě více.

Literatura:

- Aktuální informace Ústavu zdravotnických informací a statistiky ČR č. 34/2008 [citováno 1. 11. 2008], dostupné www.uzis.cz/download_file.php?file=3429.
- Arras, J., Rhoden, N. Ethical issues in modern medicine, Mountain View: Mayfield Publishing Company, 1989, 585 s., ISBN 0-87484-889-X.
- Blecha, I. a kol., Filosofický slovník, Olomouc: Nakladatelství Olomouc, 1998, 2.vyd., 463 s., ISBN 80-7182-064-4 .
- Calda, P. Etické problémy prenatalní diagnostiky a terapie na prahu 3. tisíciletí. Interní medicína – mezioborové přehledy 2003/2, s. 6 - 10 [citováno 1. 11. 2008], dostupné z <http://www.zdravcentra.cz/cps/rde/xbcr/zc/918.pdf>.
- Čápková, H. Potrat a hra na Boha: žijí navzdory lékařům [citováno 1. 11. 2008], dostupné z http://www.tyden.cz/tema/potrat-a-hra-na-boha-ziji-lekarum-navzdory_393.html.
- Etické a právní aspekty lékařské genetiky [citováno 1. 11. 2008], dostupné z <http://genetika.wz.cz/etika.htm>.
- Fábry, B. Člověk a osoba v práve a bioetice. Vplyv bioetiky na súčasnú diskusiu o pojmoch človek a osoba v práve. Filozofia, 2007, roč. 62, č. 3., str. 216.
- Fričová, M. V hodině narození nebo smrti. Týden 46/2006, str. 28.
- Dworkin, R. Life's Dominion, An argument about abortion, euthanasia and individual freedom, New York: Vintage books, 1993, 273 s., ISBN 0-679-73319-1.
- Informační portál o vrozených vadách a jejich výskytu v ČR [citováno 1. 11. 2008], dostupné z <http://www.vrozene-vady.cz/vrozene-vady/>.
- Kühn, Z. Ochrana lidského plodu v trestním právu, Praha: Institut pro další vzdělávání soudců a státních zástupců, 1998, 63 s.

- Medicínská etika a bioetika. Cíle medicíny. Hledání nových priorit. Závěrečná zpráva mezinárodního multicentrického výzkumného projektu Časopis ústavu medicínskej etiky a bioetiky, Bratislava, Január – Marec 1997. Vol 4. No 1. s. 13, ISSN 1335-0560.
- Nesvadba, P. Filosofie a etika, Plzeň: Vydavatelství a nakladatelství Aleš Čeněk, 2006, 331 s., ISBN 80-86898-92-X.
- Pilka, L. Status embrya – lékařské aspekty [citováno 2. 11.2008]. Dostupný z: <http://www.med.muni.cz/UCB/pilka%20txt001.htm>.
- Prudil, L. Status lidského embrya v českém právu [citováno 2.11.2008]. Dostupný z: <http://www.med.muni.cz/UCB/prudil%20txt001.htm>.
- Thomasma, D. C., Kushnerová, T. Od narození do smrti, Praha: Mladá fronta, 2000, 392 s., ISBN 80-204-0883-5.
- Zimek, J. Právo na život, Brno: Masarykova univerzita v Brně, 1995, 36 s., ISBN 80-210-1140-8.

Kontaktní údaje na autora – email:

darina.popovicova@centrum.cz, jana.lojkova@centrum.cz

ŽIVÉ PRÁVO EUGENA EHRLICHA A PLURALITA PRÁVA

PETR OSINA

Právnická fakulta Univerzity Palackého, Česká republika

Abstrakt v rodném jazyce

Tento příspěvek se zabývá různými významy Ehrlichovy ideje živého práva ve vztahu k současným debatám o právním pluralismu. Rozlišuje tři aspekty Ehrlichovy koncepce v souladu s tím, jak byly rozpracovány v pozdější literatuře: "právo za textem právních aktů", „právo bez státu“ a „řád bez práva“. Stále můžeme v jeho práci nalézt relevantní podněty pro přemýšlení o normativních výzvách plurality práva.

Klíčová slova v rodném jazyce

Ehrlich, živé právo, právní pluralismus, multikulturalismus, privatizace práva, lex mercatoria.

Abstract

This paper examines the different meanings of Ehrlich's idea of living law in relation to current debates about legal pluralism. It distinguishes three aspects of Ehrlich's concept as these have been elaborated in the later literature: "law beyond the law," "law without the state," and "order without law." We may still find his work of relevance to thinking about the normative challenges of plural legalities.

Key words

Ehrlich, living law, legal pluralism, multiculturalism, privatization of law, lex mercatoria.

Současný vývoj práva je charakteristický (mimo jiné) třemi jevy: právním pluralismem (uznání různých forem řešení sporů), privatizací práva (decentralizací právo tvorby) a multikulturalismem (delegací autority na nestátní komunity). Práce E. Ehrlicha, zakladatele sociologie práva, může být přinejmenším částečně relevantní právě ve vztahu k těmto aspektům.

Jeho zřetelné oslabování významu rakousko-uherského státu pokud jde o každodenní život v Bukovině nabízí ilustraci toho, co může být chápáno jako privatizace práva. Často je vnímán jako první autor poukazující na koexistenci právních kultur. A tento multikulturalismus okrajové provincie nám může být v mnohém poučný v době, kdy jsou národní státy měněny přeshraniční migrací.

V rámci určitých přístupů k tématu multikulturalismu v právu je zmiňována potřeba Ehrlichovo dílo aktualizovat, aby nám umožnilo porozumět současnému vývoji v éře globalizace. Jedním způsobem může být čtení jeho prací optikou současné sociální teorie, jak to činí např. Niklas Luhmann.¹ Jiný autor, Günther Teubner, použil Ehrlichovy myšlenky jako pozadí pro srovnání dřívější a moderní plurality práva.² Teubner říká, že právo nezískává svou sílu z etnických komunit jako „živé právo“ podle Ehrlicha, který romantizoval právo tvornou

¹ Ziegert, K.: *Introduction* in Eugen Ehrlich: *Fundamental principles of sociology of law*, Transaction Publisher 2001

² Teubner, G.: *Global Bukowina: Legal Pluralism in the World Society* in *Global law without a state*, Brookfield, Dartmouth 1997, str. 3 - 28

roli obyčejů, zvyklostí a praktik malých venkovských komunit. Globální svět dneška spočívá podle Teubnera na chladných technických procesech a ne na vřelých společenských svazcích.³

Klíčovým pojmem je tedy „živé právo“. Jeho idea může být důležitým referenčním bodem pro ty, kteří chtějí porozumět fenoménům jako *lex mercatoria* (nadmárodní právo mezinárodních obchodních transakcí), internetovému právu nebo globálnímu šíření lidských práv.

Jak tedy definuje Ehrlich živé právo? Živé právo je právo, které ovládá život samotný, i když nebylo zakotveno v právních ustanoveních. Zdrojem naší znalosti tohoto práva jsou moderní právní dokumenty, přímé pozorování života, obchodu, zvyků a obyčejů a všech asociací, nejen těch, které právo uznává, ale i těch přehlížených či přímo neschválených.⁴

Tato definice má některé rysy, které stojí za povšimnutí. Na prvním místě je to z velké části označení metody. Říká nám, kde máme nějaký jev hledat, ale existence tohoto jevu je předpokládána na základě nespécifikovaných teoretických základů. Je také obtížné poznat, co mají jeho příklady společného.

Někteří následovníci se posléze zaměřili na to, jak právo ovlivňuje chování lidí. Jiní se soustředili na to, co jiného je ještě součástí právního systému ve smyslu konkurenčních právních systémů. Další se zabývali hledáním zdroje normativního řádu.

První část Ehrlichovy definice nám připomíná, že právo nemůže být „uvězněno v zákonících“. Musíme zkoumat pozadí právních aktů a vzít do úvahy roli společnosti při vytváření státního práva a soudních rozhodnutí. Ehrlichovo tvrzení, že „těžiště veškerého právního vývoje není ani v zákonodárství, ani v jurisprudenci, ani v soudní praxi, ale ve společnosti samé“, může být směrodatné pro jakýkoli interdisciplinární přístup k právu.

Idea, že něco stojí v pozadí za právem, nebyla vždy interpretována stejně. Mnozí následovali Roscoe Pounda a právní realisty při studiu „*law in action*“ a zkoumání praktické realizace zákonů a soudních či správních rozhodnutí. Jiní se spíše snažili porozumět „právnímu vědomí“ těch, kteří právo používají nebo jsou vystaveni působení práva. Ukazovali, jak ideje legality formují toto vědomí přinejmenším stejně jako jsou jeho produktem. Marc Hertogh se snažil integrovat Poundův a Ehrlichův přístup za účelem zkoumání vztahu mezi *law in action* a právním vědomím.

Druhý aspekt, který lze přičíst živému právu, souvisí s objevením právních režimů, které nemají nebo nepotřebují záštitu státní moci. Klíčový problém zde spočívá v tom, jak zohlednit fakt, že zde může být také nestátní právo a soukromé právní režimy.

Ehrlich argumentoval, že stát nemá monopol na právo. Ačkoli se zaměřoval především na právotvornou tendenci komunit a asociací, jeho práce byla inspirací pro ty, kteří tvrdí, že více či méně autonomní „sociální oblasti“ mohou vytvářet své vlastní soubory norem a vlastní sankční mechanismy. Současné práce se zaměřují na způsob, jakým globalizace stále více

³ Teubner, G.: *Global Bukovina: Legal Pluralism in the World Society in Global law without a state*, Brookfield, Dartmouth 1997, str. 6

⁴ Ehrlich, E.: *Fundamental principles of sociology of law*, Transaction Publisher 2001, str. 493

„odpojuje“ právo od státu. Nadnárodní podniky a nadnárodní komunikace se objevily jako důležitý nový zdroj právní plurality.

Dva klíčové příklady nových forem právní plurality, které poskytují příležitost znovuobjevit Ehrlichovy ideje živého práva, jsou *lex mercatoria* (nadrárodní právo mezinárodních obchodních transakcí) a regulace internetu v kyberprostoru. Otázka, jestli tato pravidla mohou být označena za právo, je těsně spjata s otázkou, jestli by měly být za právo uznány.

Ralf Michaels je srovnal na základě několika kritérií. Uznává, že oba systémy podporují sociální řád a sociální kontrolu. Tvrdí ale, že zatímco *lex mercatoria* usiluje o rozhodování sporů, stejný prvek je méně zjevný u internetu. Z hlediska strukturálních kritérií – *lex mercatoria* ukládá závazné povinnosti obchodníkům, zatímco internet reguluje spíše prostřednictvím své technologie a architektury. Dochází k závěru, že *lex mercatoria* má dobré předpoklady kvalifikovat se jako právo, u pravidel kyberprostoru je to obtížnější.⁵

Nicméně Michaels tvrdí, že z juristické perspektivy ani jeden z těchto systémů či jakýkoli systém, který je poloautonomní, nemůže být skutečně označen za právo. Klíčovým aspektem je to, aby stát uznal jeho právní platnost. V praxi má tři způsoby, jak se vyrovnat s jinými normativními systémy – inkorporaci, delegaci, respektování.

Při inkorporaci se pravidla považují za právo jen pokud se stanou součástí státního práva. To je v souladu s Ehrlichovým názorem, že produkce práva se především děje na periférii společnosti. Stát je ale schopen domestikovat tento potenciálně podvratný vývoj inkorporací norem, které jsou vytvořeny. Uznává nestátní komunity za generátory norem, ale odpírá těmto normám status autonomního práva. Inkorporací těchto norem do státního práva stát zdůrazňuje svůj monopol na produkci právních norem.⁶

Delegace znamená, že místo toho, aby stát vytvořil vlastní pravidla, umožňuje samoregulaci zájmových skupin. Dobrým příkladem mohou být kolektivní smlouvy mezi zaměstnavateli a odbory, které se dají označit za podzákonný pramen práva.

Pokud jde o způsob označený jako respektování, stát může například nechat určitá pravidla obchodní praxe vytvořit samotné obchodníky. Živé právo není ignorováno státním právem, ale zároveň není ani uznáno za právo. Soukromý řád vstupuje do státního práva teprve momentem vynucení, kdy podobné zvyklosti musí být brány do úvahy při aplikaci.⁷

Třetí aspekt, který lze přičíst živému právu, se více soustředí na to, jak vzorové chování dává vzniknout řádu asociací. Ehrlichovi následovníci se snaží vysvětlit původ a obsah norem, zvláště vytvářejí teorie norem v kontextu spolupráce, kolektivních řešení a maximalizace blahobytu. Zvláště významná je zde Ehrlichova myšlenka o nutnosti přejít od studia sporů a konfliktů pro pochopení řádu, o rozlišování situací „války“ a „míru“ a o očekáváních jako sankci.

⁵ Michaels, R.: *The Re-State-ment of Non-State Law: The State, Choice of Law, and the Challenge from Global Legal Pluralism*, Duke Law School Legal Studies, Paper No. 81, 2005, str. 7-12

⁶ Michaels, R.: *The Re-State-ment of Non-State Law: The State, Choice of Law, and the Challenge from Global Legal Pluralism*, Duke Law School Legal Studies, Paper No. 81, 2005, str. 24

⁷ Michaels, R.: *The Re-State-ment of Non-State Law: The State, Choice of Law, and the Challenge from Global Legal Pluralism*, Duke Law School Legal Studies, Paper No. 81, 2005, str. 25

Ehrlichovy ideje jsou často subtilnější než to, co z nich udělali pozdější teoretici (například jeho koncept „živého práva“ byl transformován do „law in action“). Jeho výchozí předpoklady týkající se toho, jak organizace vytvářejí normativní omezení, stále nabízejí alternativu k modelu racionální volby jednotlivců snažících se o maximalizaci užítku na jedné straně a koncepci práva jako zdroje společenské identity.

Ale pouhý návrat k teoriím minulosti neposkytne návod pro řešení současných dilemat. Takže i uchýlení se k Ehrlichovi vyžaduje novou interpretaci jeho argumentů z hlediska dnešních cílů. Tento právní teoretik nemohl mít představu o tématech, kterým čelíme v současnosti. Nicméně jeho nové čtení nás může přivést ke kořenům některých koncepčních i praktických dilemat, která nebyla stále překonána. Ta zahrnují například obtížnost definice práva pouze pojmy souvisejícími se státem, předpoklad, že každá skupina či organizace má své vlastní právo, problém rozlišení právních a morálních závazků, a konflikt mezi juristickým a společenskovědním způsobem vymezení práva.

Ehrlichův koncept nebyl určen k řešení normativních otázek, jako jestli etnické skupiny mají právo na vlastní formu řádu, ale spíše chtěl ukázat, proč právníci mají brát do úvahy faktickou existenci těchto řádů. Nezabýval se otázkou, jestli státní právo má poskytovat prostor pro právo nestátní, ale spíše poukazoval na některé oblasti, kde právo nezaštitěné státem už existuje. Konečně netvrdil, že živé právo je nutně lepší než státní právo. Pak by totiž bylo velmi obtížné vysvětlit zahrnutí protistátních organizací (např. kriminálních skupin) do jeho definice živého práva.

Ehrlich také vždy striktně neodděloval dvě základní otázky filozofie práva: jak se bytí (Is) stává mětím (Ought) a naopak jak se mětí (Ought) stává bytím (Is). Měl tendenci vyzdvihovat první otázku a tak vytvořil dojem, že fakta jsou sama o sobě dostatečná k vytvoření normativity, zatímco normativní fenomén v konečném důsledku spočívá v argumentech spíše než hrubých faktech.⁸

Jelikož má právo tak mnoho rolí, které (mimo jiné) zahrnují řád, regulaci a snahu o dosažení spravedlnosti, je nepravděpodobné, že najdeme společný jmenovatel při přemýšlení o alternativách ke státnímu právu. Z jednoho úhlu pohledu může být multikulturalismus vnímán jako forma privatizace práva. Při jiném pohledu ovšem tyto fenomény mohou nést odlišné normativní důsledky.⁹

Ne každý souhlasí s tvrzením, že globalizace znamená pokles významu formálního práva.¹⁰ Nicméně často se lze setkat s pohledem, který charakterizuje současnou dobu jako „postmoderní právní pluralitu“. Částečná ztráta suverenity národního státu ve prospěch jiných činitelů odráží a zároveň umožňuje nárůst právní plurality, privatizace práva a multikulturalismus.

Ehrlichův společenský kontext se může zdát velmi vzdálený od našeho. Ovšem například pro Güntera Teubnera fakt, že Ehrlichovy ideje vznikly v místě, kde stát byl relativně slabý, činí

⁸ Webber, J.: *Naturalism and Agency in the Living Law*, *Osgoode Law Journal* 2008, str. 5

⁹ Fisher, T.: *Nomos Without Narrative*, *Theoretical Inquiries in Law*, Vol. 9, No. 2, 2008, str. 483 a násl.

¹⁰ Garth, B., Sarat, A.: *Looking Back at Law's Century*, Cornell University Press 2002, str. 3 a násl.

tyto myšlenky zvláště přínosnými pro porozumění toho, proč globální právo funguje odlišně od práva mezinárodního.¹¹

Idea živého práva může mít význam zvláště pro *lex mercatoria* (nadmárodní právo mezinárodních obchodních transakcí) a regulaci internetu v kyberprostoru. Nicméně zkoumání role práva jde mnohem dále za tyto dva fenomény, které mohl Ehrlich anticipovat – ať už jde o autopoietickou teorii komunikativních subsystémů nebo způsob, jakým architektura informačních technologií vytváří specifické normativní volby.

Skončil bych konstatováním, že ve své době Ehrlich správně zdůrazňoval limity rakouského imperiálního státu. Může být otázkou diskuse, do jaké míry chtěl omezit roli státu, ale jeho skepticismus lze využít jako korektiv v době přílišné důvěry v sociální inženýrství.

Literatura:

- Ziegert, K.: Introduction in Eugen Ehrlich: Fundamental principles of sociology of law, Transaction Publisher 2001
- Teubner, G.: *Global Bukowina: Legal Pluralism in the World Society in Global law without a state*, Brookfield, Dartmouth 1997
- Ehrlich, E.: Fundamental principles of sociology of law, Transaction Publisher 2001
- Michaels, R.: The Re-State-ment of Non-State Law: The State, Choice of Law, and the Challenge from Global Legal Pluralism, Duke Law School Legal Studies, Paper No. 81, 2005
- Webber, J.: Naturalism and Agency in the Living Law, *Osgoode Law Journal* 2008
- Fisher, T.: Nomos Without Narrative, *Theoretical Inquiries in Law*, Vol. 9, No. 2, 2008
- Garth, B., Sarat, A.: *Looking Back at Law's Century*, Cornell University Press 2002

Kontaktní údaje na autora – email:

petr.osina@upol.cz

¹¹ Teubner, G.: *Global Bukowina: Legal Pluralism in the World Society in Global law without a state*, Brookfield, Dartmouth 1997, str. 3 – 28

ZPŮSOBY POZNÁNÍ PRÁVA JAKO JEHO NALÉZÁNÍ PRÁVNÍ VĚDOU, SOUDNICTVÍM A PŘÁVOZNALECTVÍM

JAN PINZ

Mezinárodní institut podnikatelství a práva, Česká republika

Abstrakt v rodném jazyce

Kognice práva cestou specifických myšlenkových operací (právní věda), cestou tzv. pořadu práva v rámci zákona nebo nad rámec zákona (soudnictví) a cestou tzv. kautelární jurisprudence (právoznalectví).

Klíčová slova v rodném jazyce

Poznání práva, nalézání práva, aplikace práva, specifické myšlenkové operace, pořad práva, kautelární jurisprudence.

Abstract

Law examination through specific operations of thinking (-science of law), through the so-called legal proceeding within the law (other words according to the regular law, respectively according to the letter of the law) or beyond the law (eventually to evade a law) (-judiciary) and through the so-called caution jurisprudence (cautelar*is* iurisprudentia) (-law understanding).

Key words

Law examination, law finding, law application, specific operations of thinking, legal proceeding, caution jurisprudence.

1. ÚVOD

Myšlenková postižitelnost skutečnosti je otázkou poznatelnosti předmětu myšlení. V idealistickém nazírání je poznání výtvořem intelektu a poznáný objekt existuje jen v něm, nikoli však také ve své poznatelnosti sám o sobě. Subjektivismus noetického idealismu stojí v protikladu k objektivismu gnoseologického materialismu, který pojímá počítky jako zrcadlení objektu v lidském vědomí. Zatímco v prvním případě je poznávající subjekt „mírou všech věcí“, v druhém případě je poznávající individuum bez jakéhokoli vlivu na poznávaný objekt. Tento způsob poznání znamená, že získané poznatky jsou takové jako ve skutečnosti. Subjektivismus poznávání vede de facto k negaci objektu tohoto procesu, kdežto objektivismus poznávání naopak směřuje k negaci jeho subjektu.

Při korelativním oceňování noetického významu subjektu a objektu poznávání „objeví se nám poznání vždycky jako určitý subjektem pořádaný akt vědomí, podmíněný nejrozmanitějšími složkami...“¹

Tak tomu je i při poznávání práva, které jako objekt poznání „vystupuje vůči poznávajícímu subjektu nejprve nutně ve své jevové formě... Proces poznání práva je tedy jako každé poznání procesem pronikání od fenomenální stránky poznávaného předmětu k jeho

¹ Burda, A.: Existenciální a normativní povaha právního myšlení. Praha: Knihovna sborníku věd právních a státních, 1947, s. 15.

podstatě...“.² Podle způsobu poznávání práva můžeme odlišovat míru abstraktnosti myšlení směřujícího k prozkoumání fenomenu práva. V zásadě je však poznávání práva činností teoretickou, tedy činností v jeho nejvyšším stupni abstraktnosti, a proto i zároveň činností nepředpojatou, objektivní. Tento proces má charakter racionální, neboť usiluje o postihnutí a vysvětlení předmětu myšlení a uvedení jej do logicky uzavřené soustavy.

V obecném smyslu znamená poznávání práva obeznámení se s poznávaným objektem v jeho úplnosti, tedy s celým fenoménem práva, nikoliv jen se samotným právním řádem. Poznávání práva v nejabstraktnější rovině je záležitostí teorie práva. Nejbližší nižší stupeň poznávání práva je věc vědy o právu a zaměření tohoto procesu jen na právo pozitivní pak náleží právní vědě, scilicet nauce právně dogmatické. Střední stupeň poznávání práva zaujímá soudnictví. Na nejnižším stupni poznávání práva stojí ovšem právoznalectví jakožto nauka právní praxe.

Poznávání práva cestou jeho nalézání, tj. vypátrání obsahu práva, je příznačné pro postupy, které ve vztahu k pozitivnímu právu používá jak právní věda, tak i aplikační právní praxe, tzn. zejména soudnictví a právoznalectví.³

2. NALÉZÁNÍ PRÁVA PRÁVNÍ VĚDOU

Poznávání práva (sc. pozitivního) právní vědou, tzn. dogmatickou právní naukou, se děje cestou specifických myšlenkových operací. Poznávající subjekt interpretuje právní normu směrem k její fingované aplikaci, popř. naopak z fingované aplikace platné právní normy interpretuje takto získaný akt aplikace práva a z něho dovozuje konstrukci zmíněného abstraktního pravidla chování jako platné právní normy.

Na rozdíl od aplikační právní praxe aplikuje právní věda právo tedy tak, že si skutkové základy, kterými je motivován právní nárok ve sporu, konstruuje sama. „Mimo to právní věda neformuluje norem konkrétních, nýbrž ve formě abstraktních norem (právních vět) vynáší redukci zákonných textů na normy latentní obsah oněch textů“⁴. Při právovědném způsobu nalézání práva je tudíž patrné, že se zde neformulují konkrétní pravidla chování, tzn. nejčastěji individuální právní akt, nýbrž abstraktní pravidla chování získaná pomocí redukce zákonných vět, a to tak, že jejich skrytý obsah se přenáší na takto formulované právní normy. Takže poznávání pozitivního práva prostřednictvím právně dogmatické nauky představuje nalézání práva zpravidla v podobě ze zákona odvozených právních norem, tedy že aplikace práva zákonného je mnohdy jeho kvalifikovanou redukcí.

3. NALÉZÁNÍ PRÁVA SOUDNICTVÍM

Poznání práva soudnictvím, tzn. především ve formě rozhodování právních sporů, se děje cestou obdobných myšlenkových operací, kdy se usuzuje, zda-li daný skutkový základ je takovým souborem skutků s kterým právní norma spojuje právní následky. Poté se rozhoduje jaké jsou modalita těchto právních následků. Výsledkem je pak soudní nález – výrok o existenci, či neexistenci právní povinnosti. Je to tradiční syllogistická teorie aplikační

² Knapp, V.: Filosofické problémy socialistického práva. Praha: Academia, 1967, s. 81.

³ Do aplikační právní praxe přirozeně náleží i rozhodování správních a jiných úřadů anebo rozhodců.

⁴ Krčmář, J.: Právo občanské. I. Výklady úvodní a část všeobecná. Praha: Sborník věd právních a státních, 1946, s. 56.

spočívající na subsumpci konkrétního případu pod nalezenou právní normu.⁵ Soudce vynáší myšlenkovými operacemi ze zákonných textů jejich obsah a aplikuje jej na konkrétní případ. Soudní rozhodnutí je zde konkretisací abstraktního pravidla obsaženého v právní (zákoně) normě superordinované. Tato subsumpce konkrétní skutkové podstaty případu pod abstraktní skutkovou podstatu právní normy je projevem aplikace práva cestou soudního rozhodnutí.

Je-li soudcovské rozhodování, tedy tvorba konkrétního právního pravidla chování v rámci superordinované zákonné normy, pohybuje se tento tzv. pořad práva v mezích zákona. Přičemž i tato aplikace práva může mít charakter buď vázaného nebo volného nalézání práva, i když stále ještě v mezích zákona, tzn. buď korektního respektování svrchovanosti zákona nebo jeho respektování relativního.

Konečně může se vyskytovat i anomální, resp. abnormální aplikace práva cestou soudcovského rozhodování podle nauky o tzv. volném nalézání práva soudy. V takovém případě jde o „problém, který lze nazvat a potírá problémem poměru mezi zákonem a rozhodnutím“⁶. Toto tzv. volné nalézání práva je zpravidla nalézání práva praeter legem nebo i v krajních případech contra legem. V této souvislosti se hovoří o rozhodování cestou tzv. právní intuice opírající se o domnělé hodnoty právního citu spravedlnosti a užitečnosti. Role zákona zde má ryze podpůrný charakter, neboť je jeho právní obsah pokládán za pouhý materiál k jakési racionalisaci rozhodnutí vzniklého právním vnuknutím a k jeho motivaci z hlediska vlastní představy spravedlnosti. Rozhodování soudce intuicí bez vazby na zákon je pokládáno za nevědecké a právně nesprávné.⁷ Konec konců v kontinentálně-evropském typu právní kultury platí tradičně zásada, že soudce se ve svém rozhodování nikdy nesmí odchýlit od platného práva, protože rozsudek je ius facit inter partes, tedy že soudce právo nalézá mezi stranami, a že toto konkrétní právní pravidlo váže toliko strany, v jejichž věci byl rozsudek vydán, a nikoho jiného. Jinými slovy soudce nesmí tvořit právo vůči třetím osobám.

4. NALÉZÁNÍ PRÁVA PRAVOZNALECTVÍM

Poznávání pozitivního práva právoznalectvím, tzn. naukou která slouží výlučně potřebám právního života, se děje cestou tzv. kautelární jurisprudence.⁸ Je to způsob aplikace práva v případech právního poradenství, při němž často stojí v popředí zodpovězení právní otázky, totiž zda-li žadatel o právní radu má v určitém právním sporu nějaký právní nárok. Iurisprudentia jako praktická znalost práva je bezprostředně svázána s právní praxí a má do značné míry charakter kasuistický. Jde tu o jeden ze způsobů „poznání práva skrze... poznání společenských vztahů, jejichž je právo jevovou stránkou a formou zároveň, to znamená o poznání práva samého“.⁹

Na rozdíl od aplikace práva právní vědou při aplikaci práva právoznalectvím neinterpretuje poznávající subjekt platnou právní normu směrem k její fingované aplikaci, nýbrž přistupuje

⁵ Tato teorie byla nejvíce rozvinuta právní vědou v období Velké francouzské revoluce a obnovena normativní teorií právní (Alfred Verdross, Adolf Merkel).

⁶ Krčmář, J.: Zákon a rozhodnutí. In sborník věd právních a státních, XXXII, 1936, č. 2, s. 89.

⁷ Viz ibidem, s. 99.

⁸ Podstatou kautelární jurisprudence je poskytování právních porad. Její vznik náleží do období předklasického a klasického římského práva a je spojen s mimosoudní činností právníků spočívající v podávání dobrozdání (respondere) a pořizování procesních formulářů.

⁹ Knapp, V.: Opus citatum, s. 83.

po předchozí interpretaci k aplikaci určité právní normy skutečně, i když předběžně, tzn. před její případnou aplikací příslušným orgánem. Od aplikace právní praxe formou soudnictví se liší aplikační právní praxe formou právoznalectví neexistencí autoritativního charakteru aktu aplikace práva. Společným oběma způsobům aplikační právní praxe je naopak řešení konkrétních právních případů sledující empirický cíl.

5. INTERPRETACE A APLIKACE PRÁVA JAKO SOUČÁST JEHO NALÉZÁNÍ

Poznávání práva právní vědou patří do procesu lidského myšlení, které je opakovatelné a jako takové má verifikační význam. Tento proces je uskutečňován za účelem systematického poznání spojeného s objektivním výkladem. Tedy dogmatická právní věda sleduje dosažení právního účelu. Poznávání práva pozitivněprávní naukou je svou podstatou způsob statický.

Poznávání práva právní praxí, tedy uskutečňující se praktickou právní činností jakou je soudnictví a právoznalectví nemusí být, ale také může být vědecké.¹⁰ Způsob tohoto poznávání je dynamický a je uplatňován za účelem autentické aplikace práva spojené se subjektivním (účelovým) výkladem.

Přes shora uvedené rozdíly mají všechny způsoby poznání práva společnou fázi, kterou je interpretace právní normy a do určité míry i její aplikace.

Interpretace je činnost teoretická, rozumová. Aplikace je naopak činnost praktická, volní. Avšak při vytváření aktů aplikace práva, tzv. delegovaných konkrétních právních pravidel, je přítomen zároveň i proces interpretace ohledně aplikované právní normy. Tak se stává, že i aplikaci právní normy lze přiřadit k činnosti teoretické, tedy poznávací.

Konkretisace práva cestou aplikace nadřazené právní normy, ať už vydáním individuálního právního aktu nebo učiněním právního úkonu, tedy vyvozením individuálních právních pravidel, je také poznávání práva. Tato právně aplikační, popř. právně realizační činnost je poznáváním práva v jednotlivém právním případě, totiž poznáním života práva.

6. ZÁVĚR

Nalézání práva dogmatickou právní vědou, stejně jako justicí nebo jurisprudencí, je na rozdíl od obecné vědy o právu, a zvláště pak od obecné právní teorie omezeno. Tak dogmatická právní věda – ať už obecná vztahující se na celý státní právní řád nebo zvláštní vztahující se na určitou část tohoto řádu – spočívající v komentování právních vět a v typisaci právních případů pomocí logických operací, je více méně vázána na platné právo. Zcela vázaná na právní řád je justice jako autoritativní nalézání pozitivního práva. A stejně tak jurisprudencie jako relativně uspořádaný odraz právní praxe. Tyto dva poslední způsoby poznání práva zcela zřetelně stojí a padají s právem právě platným. Zmíněnou omezenost významu poznání práva cestou jeho nalézání právní praxí vystihl svého času velký znalec práva a vysoký justiciář Julius von Kirchmann slavnou sentencí: „Tři slova zákonodárce uvádějící opravu ústavy, a celé knihovny se stanou makulaturou.“ Proto noetika jako nauka o poznávání je filosofickým podkladem především obecné vědy o právu. Pouze jí vytvořená soustava obecných právních pojmů je trvalým vkladem vědy do oblasti práva.¹¹

¹⁰ Viz Knapp, V.: Op. cit., s. 92.

¹¹ Vědecké třídění nauk v oblasti práva sleduje vertikální hierarchické uspořádání, na jehož vrcholu jsou sestupně umístěny nauky v závislosti na stupni jejich obecnosti. Na prvním místě stojí obecná teorie práva jako nauka o

Literatura:

- Burda, A.: Existenciální a normativní povaha právního myšlení. Praha: Knihovna sborníku věd právních a státních, 1947, 235 s.
- Knapp, V.: Filosofické problémy socialistického práva. Praha: Academia, 1967, 288 s.
- Krčmář, J.: Právo občanské. I. Výklady úvodní a část všeobecná. Praha: Sborník věd právních a státních, 1946, 254 s.
- Krčmář, J.: Zákon a rozhodnutí. In sborník věd právních a státních, XXXII, 1936, č. 2, 21 s.

Kontaktní údaje na autora – email:

jan.pinz@centrum.cz

právním poznávání vůbec, která představuje uvědomování si nástrojů poznávání práva a jeví se jako jazykově formulovaný systém. Po ní následuje obecná věda o právu jako nauka, která poznatky obecné právní teorie logicky uspořádává, včetně soustavy obecných právních pojmů a racionálně redukuje jejich počet (obecná nauka o právu). Dále pokračuje obecná právní věda, sc. dogmatická (*iuris scientia generalis*), jako nauka poznávající vědeckou metodou celek platného právního řádu a vytvářející soustavu pozitivně právních pojmů (obecná právní nauka). Na poslední příčce figuruje obecná jurisprudencce (*iuris prudentia generalis*) jako praktická znalost práva, resp. tzv. technická nauka právní praxe. Povaha jurisprudencce charakterisovaná pragmatickým právoznalectvím byla založena rozdělením nauky právně dogmatické na nauku o právu – věda právního pozitivismu (*juris science*) a na právní nauku – nauka legálního pozitivismu (*jurisprudence*). Původcem této naukové diferenciacce byl klasik německého právního pozitivismu 19. století Carl Magnus Bergbohm. Následně podpořil tuto diversitu představitel anglického právního pozitivismu John Austin, který upevnil pojetí jurisprudencce jako pragmatického právoznalectví. Snad zmíněná okolnost jako *testis temporis acti* zapříčinila, že se v anglo-americkém typu právní kultury nazývá právní disciplína reprezentující vývoj právní praxe zachycený v pragmatické právní nauce jurisprudencí. Zaměňování této relativně uspořádané složky politické praxe promítnuté do zákonodárství s právní vědou však koresponduje divergenitě anglo-amerického typu právní kultury.

SPRAVEDLNOST NÁHRADY NÁKLADŮ ŘÍZENÍ

ADAM PTAŠNIK

Ekonomická fakulta, VŠB-TU Ostrava, Česká republika

Abstrakt v rodném jazyce

Příspěvek se zamýšlí nad spravedlností náhrad nákladů řízení. Nejčastější zásada, podle které se náhrada nákladů řídí, je zásada úspěchu. Problém nastává v případě částečného úspěchu, kdy je třeba náhradu nákladů rozdělit. Příspěvek se zabývá možnými metodami tohoto rozdělení a srovnává je z hlediska spravedlnosti. Mezi nimi metodou, která se používá v soudní praxi a prokazuje, že není metodou správnou.

Klíčová slova v rodném jazyce

Náklady řízení, náhrada podle poměru úspěchu, sporné řízení.

Abstract

This article aims on justice in proceeding costs compensation. Principle of success is the most used principle for costs compensation. The problem is when there is only partial success. The compensation has to be divided. The article deals with possible methods of the division and compares them from the justice point of view. One of these methods is the one used in judicial praxis and the article demonstrate that it is not the right one.

Key words

Proceeding costs, cost compensation according success ratio, proceeding.

Náhrada nákladů řízení je oblast, ve které se příliš nebádá. Podle mého názoru je nezaslouženě přehlížena, protože ve sporech jde především o meritum věci a náhrada nákladů řízení, přestože je součástí drtivé většiny rozhodování sporů, je pouze vedlejší záležitost. Samotné rozhodování o náhradě nákladů fakticky provádějí nikoli přímo soudci, ale běžní zaměstnanci kanceláře soudu. Stejně tak v advokátních kancelářích tuto záležitost řeší většinou advokátní koncipienti, nikoli advokáti. Praxe tedy neodhalí nedostatky právní úpravy nebo jejího výkladu. V tomto příspěvku se pokusím nastínit jeden vybraný problém týkající se náhrady nákladů řízení. Slovo „spravedlnost“ nebudeme dále rozvádět (jistě by nestačil rozsah příspěvku), ale budeme ho chápat intuitivně, jako „správnost“ nebo „rovnost stran“.

Náklady řízení jsou zejména soudní poplatek, odměna za zastupování, hotové výdaje oprávněného, hotové výdaje zástupce, náklady důkazů, apod. Placení nákladů řízení je ovládáno zásadou zájmovou. Znamená to, že náklady si během řízení platí každý sám – tedy ten, v jehož zájmu vznikly. Jelikož během řízení není známo, jestli je žaloba podána důvodně, nebo ne (na čí straně je právo), jeví se rozdělení nákladů dle této zásady v této fázi jako spravedlivé. Nicméně, jakmile soud nalezne právo a komu svědčí, popř. zjistí, které náklady neměly vzniknout, je třeba o nákladech rozhodnout jinak. K tomuto účelu směřuje institut náhrady nákladů řízení.

Náklady se hradí podle zásad zavinění, podle okolností případu, podle druhu řízení (např. v nesporných řízeních se nehradí), ale nejčastěji podle úspěchu (pouze ve sporných řízeních). Právě problémem při aplikaci této poslední jmenované zásady se budeme zabývat v příštím textu, a to v případě pouze **částečného úspěchu**.

Postup při částečném úspěchu upravuje zákon č. 99/1963 Sb., občanský soudní řád, v platném znění (dále jen „OSŘ“) v § 142 odst. 2 a 3 takto:

§ 142 odst. 2: „Měl-li účastník ve věci úspěch jen částečný, soud náhradu nákladů poměrně rozdělí, popřípadě vysloví, že žádný z účastníků nemá na náhradu nákladů právo.“

§ 142 odst. 3: „I když měl účastník ve věci úspěch jen částečný, může mu soud přiznat plnou náhradu nákladů řízení, měl-li neúspěch v poměrně nepatrné části nebo záviselo-li rozhodnutí o výši plnění na znaleckém posudku nebo na úvaze soudu.“

Zatímco odst. 3 řeší bagatelní neúspěchy (není třeba k nim přihlížet), podstatný je odst. 2., který uvádí 2 možné postupy:

1. soud náhradu nákladů poměrně rozdělí,
2. popřípadě vysloví, že na náhradu nákladů nemá právo nikdo.

V prvním bodě je podstatné slovo „poměrně“, kdy je třeba najít správný postup rozdělení, ve druhém pak „popřípadě“, kdy je třeba odhalit, kdy na náhradu nákladů nemá nikdo právo.

Nejdříve se budeme věnovat poměru rozdělení. Ukážeme si na praktickém příkladě 3 různé metody rozdělení:

Hodnota sporu je 1000,- Kč. Účastník A je úspěšný v 600,- Kč, druhý (B) pak ve 400,- Kč. Poměr úspěchů účastníků je tedy 600:400, tj. 3:2. Účastník A účelně vynaložil 9000,- Kč, účastník B 1000,- Kč. Musíme si uvědomit, že v praxi jsou náklady účastníků mnohdy rozdílné. Častěji má vyšší náklady žalobce, neboť nese břemeno tvrzení (a s tím související náklady návrhu), důkazní břemeno (a náklady důkazů) a cestovní náklady, protože místně příslušným je obecný soud žalovaného.

Podle první metody (metoda A) se podle poměru úspěchů budou rozdělovat náklady obou účastníků, tedy jejich součet (10000,- Kč). Účastník A by tedy měl dostat nahrazeno 6000,- Kč, účastník B 4000,- Kč. Při započtení náhrad tak účastník B má povinnost uhradit účastníkovi A 2000,- Kč.

Metoda B rozděluje pouze náklady úspěšnějšího účastníka (9000,- Kč), náklady druhého účastníka nebere vůbec v úvahu. Účastník A podle poměru úspěchu by tedy měl dostat nahrazeno 5400,- Kč, účastník B 3600,- Kč. Při započtení náhrad tak účastník B má povinnost uhradit účastníkovi A 1800,- Kč.

Pomocí metody C se rozdělují opět náklady obou účastníků, nikoli však její součet. Předpokládá, že každý účastník by měl dostat nahrazeny své náklady řízení, a to podle svého úspěchu (samozřejmě v případě částečného úspěchu nikoli všechny). Účastník A tak má právo na náhradu tří pětín svých nákladů, tedy 5400,- Kč, účastník B dvou pětín, tedy 400,- Kč. Ve výsledku tedy má účastník B uhradit účastníkovi A 5000,- Kč.

Pro srovnání uvedených metod zbývá dopočítat „bilanci“ účastníků. Tedy, jaké **konečné náklady** po započtení zaplacené nebo obdržené náhrady účastník nese. Metody podle bilance srovnáme v následující tabulce:

	Účastník A	Účastník B

	Účastník A	Účastník B
Úspěch	600,- Kč	400,- Kč
Náklady	9000,- Kč	1000,- Kč
Bilance – metoda A	7000,- Kč	3000,- Kč
Bilance – metoda B	7200,- Kč	2800,- Kč
Bilance – metoda C	4000,- Kč	6000,- Kč

Dle metody A se započítávají také náklady méně úspěšného účastníka, tudíž úspěšnější účastník dostane vyšší náhradu, pokud druhý účastník sám měl vyšší náklady. Pro tento fakt se tato metoda nejeví jako spravedlivá.

Metoda B nebere ohled na náklady méně úspěšného účastníka. Proti právu na náhradu nákladů úspěšnějšího účastníka se tedy započítává právo na náhradu nákladů druhého účastníka vycházející z nákladů účastníka prvního bez ohledu na to, jaké skutečné náklady méně úspěšný účastník vynaložil. Můžeme se tedy dostat do situace, kdy úspěšnějšímu účastníkovi, který nesl velmi vysoké náklady na bránění svého práva, avšak jej částečně neubrání, bude citelně snižené právo na náhradu nákladů, přestože druhý účastník téměř žádné náklady nevynaložil (neměl „zásluhu“ na svém úspěchu). Ani toto řešení se tedy nejeví jako spravedlivé.

Metoda C vychází z nákladů obou účastníků. Každý účastník by měl získat náhradu **svých** nákladů podle poměru **svého** úspěchu. Z tabulky bilancí je patrné, že v konečném důsledku nesou účastníci náklady odpovídající jejich úspěchu (úspěšnější účastník nese nižší náklady, zatímco méně úspěšný náklady vyšší), což nejvíce odpovídá spravedlivému rozložení nákladů.

Také posledně uvedená metoda může vést k ne zcela spravedlivým závěrům. V případě ne příliš odlišné úspěšnosti (oba účastníci byli téměř stejně úspěšní) a mnohem vyšších nákladů méně úspěšného účastníka dojde k tomu, že úspěšnější účastník by měl hradit náklady méně úspěšného účastníka. Tento nedostatek lze odstranit aplikací druhého zákonného postupu rozdělení náhrady nákladů řízení. Soud v tomto případě může vyslovit, že nemá nikdo právo na náhradu nákladů řízení. Dospěli jsme tedy k tomu, co znamená podmínka „popřípadě“ – musí být splněny 2 podmínky:

1. účastník měl pouze částečný úspěch a
2. úspěšnější účastník by jinak měl hradit náklady méně úspěšnému účastníkovi.

Soudní praxe ve všech mých známých rozhodnutích používá metodu B bez jakéhokoli bližšího odůvodnění, přestože tento postup není uveden v žádném právním předpise. Stejně tak k tomuto problému přistupuje nejpoužívanější komentář (viz Literatura v závěru příspěvku). Druhý postup (bez příznání náhrady nákladů) se v soudní praxi používá pouze v případě shodné (nebo téměř shodné) míry úspěchu účastníků.

Tento příspěvek si neklade za cíl okamžitě změnit ustálenou judikaturu, chce pouze poukázat na možné aplikační problémy v opomíjené oblasti nákladů řízení a jejich náhrad a vyvolat tak odbornou diskuzi (netvrším, že prezentovaný názor je jediný správný), která povede k

hlubšímu zamyšlení při argumentaci v odůvodnění soudních rozhodnutí, a také k možnému postupnému zpřesnění právních předpisů.

Literatura:

- Bureš, J. a kol.: Občanský soudní řád. Komentář, Praha: C. H. Beck, 2003, 914 stran, ISBN: 80-7179-739-1
- Ptašník, A.: Automatizované zpracování právních textů, Ostrava: KEY Publishing, 2007, 167 stran, ISBN: 978-80-87071-47-2
- zákon č. 99/1963 Sb., občanský soudní řád, v platném znění

Kontaktní údaje na autora – email:

Adam.ptasnik@vsb.cz

VÝZNAM VZNIKU ČESKOSLOVENSKÉ REPUBLIKY PRO VÝVOJ CIVILNÍHO ŘÍZENÍ

KAREL SCHELLE

Právnická fakulta Masarykovy univerzity, Česká republika

Abstrakt v rodném jazyce

Nově vzniklá Československá republika v říjnu 1918 svým prvním zákonem téměř veškeré rakouské a uherské zákonodárství převzala, čímž si zajistila právní kontinuitu s rakouským a uherským právním řádem. Důsledek toho byl vznik paradoxního jevu, kdy v unitárním státě platily dva celkem odlišné právní řády, jiný v českých zemích, jiný na Slovensku a Podkarpatské Rusi. Nejinak tomu bylo i v oblasti procesního práva. Na sjednocení se začalo pracovat již v roce 1922. V roce 1928 příslušná komise, která pracovala v Praze a v Bratislavě, předložila osnovu nového procesního kodexu ministerstvu unifikací, jež na základě ní do roku 1931 vypracovalo definitivní verzi, kterou zveřejnilo jako „Návrh zákona o soudní příslušnosti a civilního řádu soudního“. Národní shromáždění však novelu nestačilo schválit.

Klíčová slova v rodném jazyce

Procesní právo, unifikační snahy, procesní kodex, recepce práva.

Abstract

In October 1918 the newly established Czechoslovak Republic adopted almost all Austrian and Hungarian laws by means of its first Act of Parliament whereby the legal continuity with Austrian and Hungarian legal orders was ensured. An unusual phenomenon as a consequence arose being seen in the fact that two completely different legal orders applied in a unitary state, one in the Czech Lands and the other in Slovakia and Carpathian Ruthenia. Even the area of procedural law followed the same development. As early as in 1922 the unification started to be dealt with. In 1928 the competent commission working in Prague and Bratislava proposed an outline for a new Code of Procedure to the Ministry of Unification which worked on the final version and in 1931 the „Bill on Jurisdiction and Civil Code of Procedure“ was opened to the public. The National Assembly, however, failed to pass the amendment.

Key words

Procedural Law, unification efforts, Code of Procedure, law reception.

Nově vzniklá Československá republika v říjnu 1918 svým prvním zákonem téměř veškeré rakouské a uherské zákonodárství převzala, čímž si zajistila právní kontinuitu s rakouským a uherským právním řádem. Důsledek toho byl vznik paradoxního jevu, kdy v unitárním státě platily dva celkem odlišné právní řády, jiný v českých zemích, jiný na Slovensku a Podkarpatské Rusi. Tento jev však nebyl v Evropě po první světové válce výjimečným. Právní dualismus v té době vidíme i ve Francii, Itálii, Jugoslávii, Rumunsku, Polsku, jakož i v Rakousku. Československá vláda od samého počátku sice projevovala snahy o sjednocení právního řádu, dokonce k tomu účelu bylo zřízeno ministerstvo pro sjednocení zákonodárství a správy (tzv. unifikační ministerstvo), které však nedosáhlo chtěného cíle v podstatě ani v jediném případě. Nejinak tomu bylo i v oblasti procesního práva. Na sjednocení se začalo pracovat již v roce 1922. V roce 1928 příslušná komise, která pracovala v Praze a v Bratislavě, předložila osnovu nového procesního kodexu ministerstvu unifikací, jež na základě ní do roku 1931 vypracovalo definitivní verzi, kterou zveřejnilo jako „Návrh zákona

o soudní příslušnosti a civilního řádu soudního“.¹ Roku 1937 vláda předložila Národnímu shromáždění společně s osnovou občanského zákoníku i osnovu nového procesního kodexu. Osnova ovšem byla postavena pouze na principu unifikace tím způsobem, že by se jen mírně revidované rakouské právo rozšířilo i na Slovensko. Odborná veřejnost na to reagovala odmítavě, když celostátní unifikační kongres v Bratislavě v roce 1937 ve své rezoluci požadoval, aby se mnohem více přihlíželo ke slovenskému právu. Kromě toho celá osnova byla značně neúplná, některé instituty nebyly vůbec upravené.² Další osud zmíněné osnovy však poznamenal politický vývoj v republice koncem třicátých let. Mnichovská dohoda a nedlouho poté okupace Čech a Moravy znemožnily další projednávání osnovy procesního kodexu, stejně jako zákoníku občanského i obchodního. Po celou dobu první i druhé Československé republiky tedy platily rakouské procesní předpisy z let 1895 - 1896.

Rozhodčí řízení

Civilní soudní řád z roku 1895 (zákon č. 113 ř. z.) upravoval rozhodčí řízení v § 577 a násl. Podmínkou rozhodčího řízení byl platný projev soukromé vůle, podle něhož měla být jistá sporná věc rozhodnuta soukromými osobami. Vedle závěti, jiných tehdy uznávaných opatření a stanov, tato vůle musela být vyjádřena ve smlouvě stran (compromissum), přičemž bylo zapotřebí, aby se tato smlouva vztahovala na určitý spor z jistého právního a mezi stranami již existujícího vztahu. Přitom se mohlo jednat o spor buď již propuknuvší, nebo v budoucnu hrozící, o němž jinak byly oprávněny rozhodovat řádné soudy. Smlouva musela být uzavřena stranami tohoto sporu nebo právního vztahu, resp. jejich zákonnými zástupci (v tom případě ovšem bylo zapotřebí schválení poručenského úřadu). Další podmínkou bylo, aby strany o předmětu sporu byly oprávněny uzavřít smír. Zákon rovněž předepisoval písemnou formu této smlouvy.

Tato rozhodčí smlouva měla za následek povinnost pro strany, aby spor daly vyřídit rozhodcům (podle tehdejší terminologie rozhodčím). Pro takový spor byly řádné soudy nepřislušné. Ovšem obrana nepřislušnosti (exc. de exspectando arbitrio) měla být uplatněna včas a nebylo lze k ní přihlížet z moci úřední.

V dalších ustanoveních občanského soudního řádu byl upraven mechanismus jmenování rozhodců a vlastního rozhodčího řízení.

Rozhodce mohl být jmenován již v rozhodčí smlouvě samé. Nebylo-li tomu tak, mohlo být v této smlouvě alespoň obsaženo ustanovení o počtu a způsobu jmenování rozhodců. Zákon tedy umožňoval několik způsobů ustanovování rozhodců. Buď k tomu byly povolány obě strany, tak, že každá z nich volila si svého rozhodce. Smlouvou však mohlo být svěřeno jmenování rozhodce jen jedné ze smluvních stran. Vedle toho mohlo být ustanoveno, že obě strany zřizují rozhodce společně. Poslední možnost byla, že jmenování rozhodce bylo svěřeno třetí osobě.

¹ Podrobné archivní materiály k procesu tvorby nového občanského soudního řádu se nacházejí v Národním archivu, fond Ministerstvo spravedlnosti, karton 209 a ve fondu Ministerstvo unifikací, kartony 37 a 50.

² Tisky poslanecké sněmovny N. S. R. Č. IV. volební období, vládní návrh zákona o tom, jak se v civilních věcech právních vykonává soudní moc a které řádné soudy jsou příslušné ve sporných věcech právních, tisk 850 ze 4. 3. 1937. *Dejiny štátu a práva na území Československa v období kapitalizmu I. (1848-1918)*, Bratislava 1971, s. 301-303, 404-406; *Civilní řád soudní a jurisdikční norma s dodatky*, Praha 1927; **Hora, V.:** *Československé civilní procesní právo I-III*, Praha 1928-1931

Nebylo-li však ve smlouvě o ustavování rozhodců nic stanoveno platilo, že každá ze stran jmenuje jednoho rozhodce a tito si volili předsedu. V případě, že se strany nemohly dohodnout na jmenování rozhodce, učinil tak soud na návrh stran. Příslušný k tomu byl ten soud, jenž by jinak k rozhodování sporu byl příslušný.

Rakouský procesní řád přesně nespecifikoval osobu rozhodce. Z toho se usuzovalo, že „stačí zde všeobecná způsobilost usuzovací a rozhodovací“. Nebyly tedy vyloučeny ani osoby nezletilé. Vzhledem k tomu, že rozhodčí výrok musel být podepsán, nepřímo tím bylo stanoveno, že rozhodce musí umět psát. Zákon (§ 578) výslovně z možnosti být rozhodcem vylučoval pouze soudní úředníky, pokud byly v aktivní službě.

Zákon rovněž nestanovil počet rozhodců. Mohl být tedy rozhodce jeden, dva a více. Byli-li rozhodci dva, bylo zapotřebí jejich jednomyslnosti. Bylo-li jich více, k platnému usnesení bylo třeba absolutní většiny hlasů, pokud samozřejmě v rozhodčí smlouvě nebylo stanoveno jinak.

Způsob jednání rozhodčí komise mohl být specifikován buď v rozhodčí smlouvě, nebo mohl být dodatečně ujednan písemnou úmluvou stran. Nestalo-li se tak, ustanovili si rozhodci podle svého vlastního uvážení postup řízení sami. Ovšem vázání zákonem byli potud, že

museli před vydáním výroku vyslechnout strany,

museli zjistit skutkový stav případu, o němž rozhodovali,

rozhodčí výrok musel být vydán písemně.

Za účelem zjišťování skutkového stavu mohli rozhodci vyslýchat strany, svědky i znalce, ovšem jen nepřisežně a dobrovolně. Neměli tedy žádnou donucovací pravomoc.

Po projednání věci rozhodci vynášeli rozhodčí výrok, jenž ovšem nesměl odporovat hmotněprávním předpisům, jež byly *ius cogens*, a také nesměl odsuzovat jednu stranu k činu z právního hlediska nepřípustnému nebo nedovolenému. Proto muselo být vysloveno, z jakého právního důvodu se plnění ukládalo. Rozhodčí výrok mohl obsahovat i rozhodnutí závislé na vykonání přísahy jednou stranou o přesně vyznačených skutkových okolnostech, přičemž následky spojené s vykonáním nebo nevykonáním přísahy musely být přesně stanoveny.

Strany se mohly domáhat i neúčinnosti rozhodčího výroku u soudu, a to z následujících důvodů:

nedostatku zákonného podkladu pro zahájení rozhodčího řízení,

porušení formálních zákonem nebo smlouvou stanovených náležitostí,

vad rozhodčího výroku

překročili-li rozhodci hranice své působnosti,

odporoval-li výrok nezměnitelným právním předpisům,

odsuzoval-li rozhodčí výrok jednu stranu k něčemu co bylo podle zákona nepřípustné nebo nedovolené.

pokud zde byly důvody, pro něž zákon povoloval žalobu pro obnovu řízení.

Právní teorie i praxe však poukazovaly na celou řadu problémů v oblasti rozhodčího řízení. Demonstrativně si to ukážeme na rozhodčím řízení v oblasti pojišťovnictví. Některé tehdejší problémy se mohou jevit jako aktuální i dnes.

V zákoně o pojistné smlouvě z roku 1934 bylo v 2. odstavci § 11 uvedeno, že „lze ujednat, že výše plnění, k němuž jest pojistitel zavázán, má stanoviti rozhodčí soud“. Tohoto ujednání se však pojištěná osoba nemohla dovolat, pokud sama odpírala plnit. Z toho tedy vyplývalo, že právní předpis vycházel z předpokladu, že veškeré právní otázky nemůže rozhodovat rozhodčí soud, ovšem na druhé straně tento je způsobilý jednat o výši plnění, tedy o ocenění vzniklé škody, která má být pojištěné osobě nahrazena. V tomto případě zákon dával možnost obrátit se na rozhodčí soud. Vycházelo se z toho, že právě tyto otázky mnohem lépe vyřeší odborníci než profesionální právníci. Proto bylo v pojistných smlouvách obvyklé smluvní ustanovení, že výše škody zjistí „znalci“, jež si obě strany určí. Uvedené ustanovení však vyvolalo celou řadu problémů a nejasností na něž musela reagovat jak judikatura, tak právní teorie.

Především šlo o právní postavení rozhodců a o právní povahu a sílu jejich výroku. V tomto směru můžeme naleznout rozpory zvláště před přijetím definitivní právní úpravy pojišťovací smlouvy z roku 1934, jak v judikatuře, tak v odborných pojednáních z této doby. Například právní teorie mnohdy upozorňovala na analogická ustanovení říšskoněmeckého zákona o pojistné smlouvě, kde se rovněž hovořilo o „znalcích“ (Sachverständige), přičemž se vycházelo především z ustanovení objevujících se v pojistných podmínkách, které upravovaly tzv. odhadní řízení (Abschätzungsverfahren). Zde bylo stanoveno, že měla být dána možnost ujednání, že tito znalci určí výši škody, přičemž toto určení nemá být pro soudce závazné pouze tehdy, „jestliže se zřejmě od skutečného stavu věci podstatně odchyľují“ (viz § 64 říšskoněmeckého zákona o pojistné smlouvě). Z toho tedy vyplývala možnost soudního přezkoumání rozhodčího výroku, čímž by se postavení rozhodčího orgánu mnohdy snižovalo na postavení znalců bez rozhodovacího práva. Zároveň by se předpokládala velmi podrobná právní úprava reagující až kasuisticky na nejrůznější případy, které se v právní praxi mohly objevit. Z toho důvodu, jak ve všech návrzích, tak v definitivním znění zákona o pojistné smlouvě se celkem jednoznačně dávala možnost rozhodnout rozhodčímu soudu pouze o výši plnění. V tomto směru tedy ustanovení našeho zákona o pojistné smlouvě a obchodního zákoníku říšskoněmeckého se podstatně odlišovalo.³

Přes tuto celkem jednoznačnou dikci zákona se však v právní praxi objevovala řada dalších problémů. Proto již v roce 1917 při vydání prvního zákona o pojistné smlouvě byl nucen Nejvyšší soud ve Vídni reagovat řadou svých rozhodnutí na problémy objevujících se v právní praxi.

Především zde byl zajímavý vztah tohoto ustanovení zákona o pojistné smlouvě k § 577 občanského soudního řádu z roku 1895, který upravoval rozhodčí řízení. Stanovisko Nejvyššího soudu ve Vídni ovšem jednoznačně uvádí, že rozhodčí soud není rozhodčím soudem ve smyslu ustanovení občanského soudního řádu (viz již zmíněný § 577), protože není jeho úkolem, aby rozhodoval „o právních rozepřích“, nýbrž se jedná pouze o sbor znalců s rozhodčí pravomocí. Proto tento sbor je povolán jen k tomu, aby zjistil okolnosti rozhodné pro výši plnění pojišťovny. Pro obsazení a řízení tohoto sboru mohou platit předpisy

³ Hora, J.: *Pojistné právo*, Praha 1934, s. 111- 112; Tisky Senátu Národního shromáždění Republiky československé, III. volební období, zpráva ústavního výboru o ustanovení senátu k vládnímu návrhu zákona o pojistné smlouvě, tisk. 2291.

občanského soudního řádu jen potud, pokud se dá předmět výroku omezit na znalecký posudek. Z toho důvodu nešlo ani použít ustanovení § 5884 a § 5955, čís. 8 občanského soudního řádu.⁶ Naše judikatura se však s tímto stanoviskem zcela neztotožnila.

Dále šlo o přesné vymezení, kdy se skutečně jedná pouze o případ určení „výše plnění“. V tomto směru bylo například jednoznačně stanoveno, že při otázce trvalé invalidity v důsledku úrazu jde o určení důvodu nároku, nikoli tedy o výši plnění z pojistné smlouvy. Z toho důvodu tato otázka musela být řešena soudem.⁷ V případě určení škody zase bylo rozhodnuto, že „rozhodčí soud nemá podle § 11, odst. 2 poj. ř. rozhodovati přímo o výši plnění, jímž jest pojišťovna povinna, nýbrž o okolnostech tuto výši podmiňujících a podléhajících určení o odhadu znalců. K tomu patří při pojištění proti škodě zjištění ceny veškerých v době nastalé škody tu jsoucích a pojištění podléhajících, jakož i po škodě zbylých stejných předmětů“.⁸

Použití ustanovení o rozhodčím soudu bylo také možné jen v případě, že jak pojišťovna, tak pojištěná osoba neodmítala plnění.⁹

Sporné mnohdy také bylo, kdo mohl být členem rozhodčího soudu. Tak především se mělo jednat o odborníky, kteří byli schopni s mnohem většími zkušenostmi než soudce rozhodnout o předmětu sporu. V tomto směru tedy, jak jsme již výše uvedli, zde byla celkem neomezenost, záleželo pouze na vůli stran. Zajímavá situace byla u vzájemných pojišťoven, kde každá pojištěná osoba byla jejich členem. Ani tato okolnost nezpůsobovala překážku účastnit se řešení sporu pojišťovny proti jinému členu.¹⁰

Sporné byly i další věci. Pojistné podmínky většinou stanovily, že pojištěná osoba pozbývá nárok na náhradu škody. Tohoto ustanovení se však pojišťovna nemohla dovolávat, zdráhala-li se pojištěná osoba jmenovat svého rozhodce do rozhodčího soudu, který měl podle pojistných podmínek rozhodovat o výši náhrady nebo odpírala-li vůbec, aby výše škody byla stanovena rozhodčím soudem. V těchto případech se musela pojišťovna pouze obrátit na soud, aby tento místo odpírající pojištěné osoby jmenoval rozhodce do rozhodčího soudu.¹¹

Zároveň bylo přesně určeno, kdy pojištěná osoba ztrácí právo na žalobu u rozhodčího soudu. Tak tomu bylo například, když pojištěná osoba po likvidaci škody provedené úředníkem pojišťovny podepsala protokol se závěrečným osvědčením, v němž se vzdala námitek proti výši zjištěné škody, a kvitanci na příslušnou částku. V případě, že pojištěná osoba při podpisu učinila jakékoli ústní prohlášení, které bylo v rozporu s obsahem podepsaných listin, nemělo toto prohlášení žádnou právní relevanci, protože, jak prohlásil Nejvyšší soud v roce 1926,

⁴ Viz § 588 občanského soudního řádu z roku 1895.

⁵ Viz § 595 čís. 8 občanského soudního řádu z roku 1895.

⁶ Rozhodnutí Nejvyššího soudu ve Vídni z 13. 10. 1931, I Ob 839/31.

⁷ Rozhodnutí Nejvyššího soudu ve Vídni z 15. 2. 1916, Rv I 56/16.

⁸ Rozhodnutí Nejvyššího soudu ve Vídni z 3. 1. 1917, Rv. I 387/16.

⁹ Z řady rozhodnutí k tomu to problému vybíráme: Rozhodnutí Nejvyššího soudu ve Vídni z 11. 4. 1917, Rv V 72/17, Rozhodnutí Nejvyššího soudu ČR, in Sběrka rozhodnutí Nejvyššího soudu republiky Československé ve věcech občanských, uspořádaných Dřem Františkem Vážným, čís. 8835 (dále jen Vážný), Vážný čís. 12 3000.

¹⁰ Vážný, čís. 2562

¹¹ Vážný, čís. 3327

„tímto prohlášením byla definitivně stanovena výše odškodného a pojistník nemůže již žádati o svolání rozhodčího soudu.“¹²

Z formálního hlediska stačilo, aby úmluva o rozhodčím soudu byla pojata do pojistných podmínek, nebylo proto nutné, aby byla učiněna odděleně v písemné formě.¹³

V případě, že pojištěná osoba uplatnila žalobou u řádného soudu svůj nárok ohledně výše náhrady, když bylo v pojistných podmínkách ujednáno, že o sporné výši má rozhodovat rozhodčí soud, jednalo se o nepříslušnost řádného soudu. Z toho důvodu námitka nepříslušnosti musela být uplatněna žalovanou stranou nejpozději při prvním stání, protože z moci úřední nebo v případě později vznesené námitky nebylo možné se tímto zabývat. Když strana neuplatnila námitku nepříslušnosti, mělo se za to, že obě strany mlčky upustily od rozhodčí smlouvy.¹⁴

Zákon o pojistné smlouvě, ani občanský soudní řád v podstatě nestanovil postup, který je pro rozhodce závazný při zjišťování výše škody. Proto rozhodci byli oprávněni si k zjištění skutkové podstaty pro své rozhodnutí zvolit způsob, který uznali za nejvhodnější. Pojištěná osoba proto nemohla napadnout rozhodčí výrok z důvodu, že rozhodčí soud překročil meze své působnosti tím, že nepoužil pro zjištění výše škody způsob, který pojištěná osoba navrhovala. Občanský soudní řád pouze stanovil (§ 595 č. 2), že strana musí být v rozhodčím řízení slyšena. Tato povinnost byla splněna, jestliže jí byla dána možnost, aby udala a doložila cenu věci, o níž měl rozhodčí soud rozhodnout.¹⁵

Jak již bylo výše uvedeno, vlastní průběh rozhodčího řízení byl formální. Rozhodcové měli ovšem povinnost se nejprve seznámit se skutkovým stavem věci a mohli i vyslechnout svědky i znalce, pokud se k nim dobrovolně dostavili. Zásada dobrovolnosti tu byla zdůrazněna i tím, že se nepřiznávalo právo nechat je předvést. Pokud bylo potřeba provést nějaké další důkazy, museli se obrátit na soud, který je zajistil.

Náklady rozhodčího řízení, které mohly být samozřejmě v některých případech značné, nesla podle § 58 odst. 1 zákona č. 501/1917 ř.z. (resp. podle stejného paragrafu zákona č. 145/1934 Sb.) pojišťovna. Mohlo být pouze ujednáno, že pojištěný bude hradit náklady rozhodce, kterého si ustanovil (nikoli tedy již náklady vrchního rozhodce nebo rozhodce jmenovaného soudem). Rovněž toto ustanovení mělo chránit zájmy pojištěných, kteří si zaplacením svého zástupce zajišťovali jeho nezávislost, ale zároveň jim vznikaly neúměrné výdaje.

Vázanost rozhodce svým výrokem nastala již okamžikem jejich podpisem prvopisu rozhodčího výroku a vyhotovením pro obě strany. V případě, že by svůj nesouhlas rozhodce projevil později, nemělo to již vliv na účinky rozhodčího výroku.¹⁶ Pro obě strany se stal výrok rozhodčího soudu závazným vždy v podstatě ve stejném okamžiku, a to i v situaci, kdy pojišťovna například odpírala plnění z důvodu podvodných údajů při provádění rozhodčího řízení. Stejně tak pojištěná osoba se nemohla dovolávat žalobou u řádného soudu dalšího

¹² Vážný, čís. 7263

¹³ Vážný, čís. 3327

¹⁴ Vážný, čís. 6732

¹⁵ Vážný, čís. 7263

¹⁶ Tamtéž

odškodnění, které by převyšovalo částku zjištěnou rozhodčím výrokem, pokud rozhodčí výrok byl právoplatný.¹⁷

Rozhodčí výrok měl účinek právoplatného rozsudku. Bylo však možné proti věci právoplatně rozsouzené rozhodčím soudem namítat, že rozhodčí výrok je neúčinný (podle tehdejší terminologie bezúčinný). Nebylo tedy třeba, aby otázka neúčinnosti rozhodčího výroku byla řešena ve zvláštním sporu, nýbrž mohlo být o ní, ovšem přednostně, rozhodnuto ve sporu o plnění zahájeném pojištěnou osobou proti pojišťovně. Nesprávnost rozhodčího výroku nebo neúplnost zjišťovacího řízení nezpůsobovala výrok neúčinný. Stejně tak nesprávný postup rozhodčího soudu byl důvodem neúčinnosti jen potud, pokud se přičil smlouvě o rozhodčím řízení.¹⁸

Proti rozhodnutí rozhodčího soudu bylo pochopitelně možno vznést odpor. Přičemž rozhodující zde byla tzv. neúčinnost, jejíž podmínky byly upraveny v § 595 občanského soudního řádu.¹⁹ Samozřejmě, že jak upozorňovalo rozhodnutí Nejvyššího soudu ve Vídni z roku 1931, nebylo možné aplikovat ustanovení tohoto paragrafu pod číslem 8.20

Důležitá byla pochopitelně otázka vykonatelnosti rozhodčího výroku, neboť na ní samozřejmě závisel význam celého rozhodčího řízení. Podle josefínského soudního řádu mohly strany zmocnit rozhodčí soud rovněž k provedení exekuce. Nový exekuční řád z roku 1896 však jednoznačně přikazoval povolení a výkon exekuce na základě rozhodčího výroku výlučně jen do příslušností řádných soudů. Podle § 1, č. 16 exekučního rakouského řádu a podle § 1, čís. 7 lit. e) exekučního uherského zákona ve znění čl. V. čís. 1 zákona ze dne 19. ledna 1928, č. 23 Sb. z. byly exekučními tituly jednak právoplatná rozhodnutí rozhodčích soudů, jednak smíry uzavřené před těmito soudy. Samozřejmě obojí musely vykazovat všechny náležitosti předepsané pro ostatní exekuční tituly. Pro exekuční tituly vzniklé na základě rozhodčího řízení o výši plnění z pojistné smlouvy přitom nebyly předepsány žádné zvláštní náležitosti, žádné speciální ustanovení o exekuci těchto exekučních titulech neobsahoval ani exekuční řád, ani zákon o pojistné smlouvě. Postupovalo se stejně jako v kterémkoli jiném exekučním řízení.

Na rozhodčím řízení v oblasti pojišťovnictví jsme si tedy ukázaly nejen specifika toho druhu rozhodčího řízení, ale problémy, které se tehdy objevovaly a týkaly se obecně všech druhů rozhodčích řízení.

Na Slovensku a na Podkarpatské Rusi platila pro rozhodčí řízení obdobná právní pravidla s minimálními odlišnostmi.²¹

Řízení před burzovními rozhodčími soudy

Pokud šlo o burzovní obchody, zákon č. 67/1875 ř.z. umožňoval vytvořit burzovní rozhodčí soudy. Tyto soudy byly zřízeny stanovami jednotlivých burz a byly příslušné:

¹⁷ Vážný, čís. 9015

¹⁸ Rozhodčí soud vzhledem k tomu, že byl zřízen jen k účelům zjištění výše škody, neměl právo ukládat stranám jakékoliv plnění. Rozhodnutí vrchního soudu ve Vídni ze 7. 7. 1931, 2 R 515/31.

¹⁹ Rozhodnutí Nejvyššího soudu ve Vídni z 26. 4. 1933, Ob 393/33.

²⁰ Rozhodnutí Nejvyššího soudu ve Vídni z 13. 10. 1931, 1 Ob 839/31.

²¹ **Hora, V.:** *Československé civilní právo procesní*, III díl, Praha 1924, zejména s. 163, 211 a násl.

a) pro spory vznikající z burzovních obchodů, obligatorně, pokud samozřejmě strany písemným ujednáním tyto soudy nevyloučily,

b) pro spory z obchodů se zbožím uzavřených mimo burzu tehdy, jestliže:

* byla-li každá ze sporných stran orgánem veřejné správy, obchodní společností, výrobním nebo hospodářským společenstvím, členem nebo navštěvovatelem burzy nebo osobou, jež se zabývá prvotní výrobou, zpracováním výrobků nebo výměnou takových movitých věcí, jež byly předmětem dotčeného obchodu,

* bylo-li předmětem obchodu, z něhož spor vznikl, zboží, s nímž na dotčené burze lze obchodovat,

* podrobily-li se buď obě strany písemnou smlouvou výroku burzovního rozhodčího soudu, nebo šlo-li o protokolované obchodníky, členy nebo návštěvníky burzy, a tito přijali bez námitek závěrečný list, v němž byla obsažena doložka, že spory z toho, kterého obchodu mají být rozhodnuty burzovním rozhodčím soudem.

Toto podrobení burzovnímu rozhodčímu soudu bylo však neúčinné, šlo-li o zemědělce, a byli-li sporný obchod v patrném nepoměru k polnímu hospodářství touto stranou provozovanému.

Složení rozhodčího soudu bylo upraveno stanovami, přitom ovšem muselo být postaráno o to, aby strany, jež nebyly členy, ani navštěvovatelé burzy, mohly si zvolit rozhodce, jež burze nenáležely. Dále musel být členem rozhodčího soudu (ovšem jen s hlasem poradním) tajemník, jenž byl právníkem způsobilý k vykonávání soudcovského úřadu a byl potvrzen ministerstvem financí v dohodě s ministerstvem spravedlnosti. Samotné řízení před tímto rozhodčím soudem bylo rovněž upraveno stanovami. Ovšem i zde zákon stanovil určité formalities, jejichž nedodržení bylo pod hrozbou zmatečnosti rozhodnutí rozhodčího soudu. Byly to podmínky veřejnosti jednání, podmínky o procesní způsobilosti stran a o rovném slyšení stran. Dále zákon předepisoval ustanovení, jež ve stanovách musela být obligatorně uvedena.

Poměr burzovních rozhodčích soudů k řádným soudům byl vymezen mimo jiné tak, že prohlásil-li právoplatně rozhodčí soud svou nepřislušnost nebo odmítl žalobu z důvodů uvedených v zákoně, byl tímto výrokem řádný soud vázán, takže projednání předmětné věci nemohl odepřít. Dále nález rozhodčího burzovního soudu podléhal v jistém směru přezkoumání soudů řádných. Procesní prostředky k tomu poskytnuté byly jednak zmateční stížnost, jednak žaloba o neúčinnosti rozhodčího nálezu. Příslušným byl v obou případech sborový soud I. instance, a sice obchodní soud (senát) toho místa, v jehož obvodu měl burzovní rozhodčí soud svoje sídlo.

Rozhodčí komise pro závody se závodními výbory

Podle zákona č. 330/1921 Sb. ze dne 12. srpna 1921 byly zřízeny závodní výbory pro každý samostatný výdělečně činný závod, v němž bylo trvale zaměstnáno minimálně 30 zaměstnanců a jenž trvale nejméně půl roku od zahájení výroby. Tento závodní výbor, jenž byl volen na dobu jednoho roku, měl nejméně 3 a nejvíce 20 členů podle počtu zaměstnanců. Jeho účelem bylo hájit hospodářské, sociální a kulturní zájmy zaměstnanců závodu. Kromě uvedeného závodního výboru byla zřizována tzv. rozhodčí komise, a to zpravidla pro každý obvod okresní politické správy. Komise byla šestičlenná. Předsedou byl soudce z povolání znalý věcí živnostenských a byl jmenovaný předsedou příslušného sborového soudu. Ten také

jmenoval náměstka, nebo náměstky, jimiž mohli být v místech, kde nebyl zřízen soud, i veřejní úředníci znalí práva.²²

Další členy rozhodčí komise jmenoval předseda politického úřadu první instance, a to jednoho přisedícího jako odborného znalce z veřejných úředníků působících sociálně politicky nebo národohospodářsky, a po dvou zástupcích zaměstnavatelů a zaměstnanců (a jejich náhradníky), přitom si musel vyžádat návrhy příslušných odborových organizací. Funkční období členů komise bylo čtyřleté.

Složení senátu bylo vyhrazeno předsedovi. K líčení povolával vždy ty členy rozhodčí komise nebo jejich náhradníky, kteří byli stejného nebo příbuzného povolání, nebo ze stejné skupiny (dělnické nebo zřízenecké), o jejíž věc šlo. Podle potřeby mohl předseda vytvořit i více senátů a přidělit jim věci odpovídající jejich odbornému složení. Rozhodčí komise byla schopná se usnášet, bylo-li v tom kterém senátu přítomno dohromady šest osob ze členů nebo jejich náhradníků, ale vždy tak, aby byli členové z řad zaměstnavatelů a zaměstnanců zastoupeni stejným počtem.

Úkol rozhodčí komise byl v podstatě dvojitý, jednak veřejnoprávní, jednak soukromoprávní.

Z oblasti veřejnoprávního charakteru činnosti můžeme upozornit na následující:

Vyřizování stížností pojících se ke členství závodního výboru. Sem patřila stížnost do způsobu provedení volby a do jejího výsledku, rozhodování o rozpuštění celého závodního výboru pro jeho hrubé porušení povinností nebo o zbavení jednotlivého člena členství v závodním výboru, jenž neplnil své povinnosti nebo je hrubě porušoval, případně jako delegát závodního výboru ve správní radě nebo valné hromadě porušil povinnost mlčenlivosti o tom, co mu bylo ve vykonávání této činnosti výslovně označeno za důvěrné. Konečně musí dát rozhodčí komisi souhlas k propuštění člena závodního výboru z podniku správou závodu.

Vyřizování všech sporů vznikajících z důvodu zřízení a činnosti závodního výboru nebo úhrady nákladů závodního výboru.

Spory o rozsah práv a povinností členů závodního výboru.

Z oblasti soukromoprávního charakteru činnosti můžeme upozornit na následující:

Propuštění dělníka nebo zřízence, který byl alespoň tři roky nepřetržitě v podniku zaměstnán.

Nárok na mzdu nebo plat jednotlivého člena závodního výboru za dobu, po kterou musel být výjimečně nebo nevyhnutelně činným v pracovní době pro závodní výbor, pokud by mu majitel závodu tuto mzdu odpíral.

Všechny ostatní soukromoprávní problémy vznikající z pracovněprávního poměru jednotlivých zaměstnanců byly z příslušnosti rozhodčích komisí vyjmuty.

²² Viz § 26 odst. 2. zákona č. 330/1921 Sb., dále k tomu § 28 odst. 2 vládního nařízení č. 2/1922 Sb. ze dne 21. prosince 1921. Toto vládní nařízení však bylo Nejvyšším soudem prohlášeno za neplatné, pokud dopouštělo, aby i pro místa, v nichž je soud, náměstkem předsedy byla jmenována osoba z řad veřejných úředníků znalých práva a nikoli soudce z povolání, poněvadž to odporovalo výše citovanému zákonu - viz náleží Nejvyššího soudu z 30. září 1923 č. j. 8176/23 publikován v příloze Soudcovských listů pod č. 19

Pro řízení před uvedenou rozhodčí komisí platil, stejně jako v jiných případech, občanský soudní řád. Určité odlišnosti v jejich jednání však přece jen byly:

Z jednání byla vyloučena veřejnost. Přítomni mohly být jen tři důvěrníci z každé strany.

Poněvadž rozhodčí komise byla šestičlenná, rozhodovala většinou hlasů a při rovnosti hlasů byl rozhodující názor předsedy komise.

Nedostavili-li se zástupci jedné strany bez omluvy, kterou by předseda uznal za důvodnou, jednání bylo odročeno a předseda svolal komisi znovu s upozorněním, že při novém jednání rozhodnou o věci člen znalec spolu s předsedou bez ohledu na to, zdali ta nebo ona skupina k jednání se dostavila či nikoli. Při novém jednání tedy rozhodovala celá komise jen tehdy, dostavili se k ní zástupci obou stran. Dostavila-li se jen jedna strana, museli se zástupci dostavivší se strany zdržet hlasování.

O námitkách proti členu rozhodčí komise z důvodů jeho vyloučení nebo předpojatosti rozhodoval předseda komise s konečnou platností. Šlo-li o předsedu rozhodčí komise, rozhodoval předseda příslušného sborového soudu.

Strany se mohly dát zastupovat před rozhodčí komisí svými „druhy z povolání nebo činovníky nebo zřizenci odborových sdružení“. Advokáti ani notáři strany zastupovat neměli, pokud nebyli funkcionáři příslušných odborových sdružení.

Rozhodčí komise měla rozhodnout do 7 dnů. Tato lhůta však byla jen pořádková. Její nedodržení nemělo právní důsledky.

Rozhodnutí se dělo formou nálezu, jenž předseda vyhlásil veřejně. Musel být podepsán předsedou a doručen vždy stranám. Rozhodčí komise musela také rozhodnout o tom, mělo-li být rozhodnutí veřejně vyhlášeno v závodě nebo v novinách.

O náhradě nákladů rozhodovala rozhodčí komise jen při své volném vedení sporu a na návrh strany, která zvítězila.

Již tehdejší názory jak z oblasti právní praxe, tak právní teorie na charakter těchto rozhodčích komisí se značně různily. Již tehdy bylo zcela nejasné jak rozlišit, na základě jakých kritérií, rozhodčí komise, od rozhodčích soudů. Uvedení rozhodčí komise byly komise, které rozhodovaly jisté soukromoprávní spory. Postupovaly při tom, kromě uvedených odchylek, podle zásad občanského soudního řádu. Byly obsazeny členy, jimž bylo třeba přiznat v jejich činnosti právní postave ní soudců. To platilo zcela nepochybně o předsedovi, jímž byl soudce z povolání, a jenž tím, že se stal předsedou rozhodčí komise, nepřestal být soudcem. To platilo i o ostatních členech rozhodčí komise, kteří mohli být vyloučeni nebo mohli být odmítnuti stejně jako soudci v civilním řízení. Rozhodčí komise konečně byla při svém rozhodování vázána právními předpisy, proto předseda i jeho náměstkové musely být osobami znalými práva. To vše dávalo za pravdu těm hlasům, které tyto rozhodčí komise řadily mezi soudy, a to mezi soudy rozhodčí, o nichž pojednávala ústavní listina z roku 1920 ve svém § 104.

V literatuře se však objevoval i jiný názor, podle něhož by šlo o správní úřad. Tento názor se opíral o skutečnost, že přednosta politického úřadu první instance měl právo jmenovat přísedící komise a odvolávat je. Konečně i to, že nálezy rozhodčích komisí musely být opatřeny politickým úřadem doložkou o vykonatelnosti, měly-li být soudně vykonatelné. S

těmito názory korespondovala i tehdejší praxe Nejvyššího správního soudu. Odborná literatura se však s tímto názorem vždy neztotožňovala.

Rozhodčí soudy hornické

Hornické rozhodčí soudy byly v první republice upraveny nejprve zákonem č. 145/1920 Sb., jenž byl nahrazen zákonem č. 170/1924 Sb.

Tyto rozhodčí soudy byly zřízeny v sídlech revírních rad při hornictví, a to v Praze, Plzni, Trutnově, Mostě, Karlových Varech, Českých Budějovicích, Moravské Ostravě, Brně a Bratislavě. V Praze byl zřízen kromě toho vrchní hornický soud.

Uvedené rozhodčí soudy byly příslušné:

1) Rozhodovat jako první instance o žalobách zaměstnanců v platových a mzdových sporech a o sporech o zrušení služebního nebo pracovního poměru za následujících podmínek:

* vydala-li závodní rada (rada zřízenců při revírní radě) ve věci samé rozhodnutí do 15 dnů po podání žádosti,

* nebo učinila-li závodní rada rozhodnutí včas, ale závodní správa (majitel dolu) sice se neodvolala k rozhodčímu soudu, ale také nesplnila závazek uložený jí výrokem závodní rady (rady zřízenců),

* šlo-li o zaměstnance závodů, na kterých nebyla závodní rada,

* o stížnostech zaměstnanců do propuštění z práce bez výpovědi, k němuž došlo bez souhlasu závodní rady (rady zřízenců) nebo do uložení disciplinárních trestů,

* o stížnostech závodní rady (rady zřízenců) do propuštění zaměstnance z práce z trestu, bez výpovědi, pokud nešlo o případy propuštění podle § 202 horního zákona (tj. propuštěný zaměstnanec se dopustil zločinu, přečinu nebo přestupku ze ziskuchtivosti nebo proti veřejné mravnosti, případně přečinu nebo přestupku proti bezpečnosti osoby, cti nebo majetku svého zaměstnavatele), stalo-li se bez souhlasu závodní rady (rady zřízenců),

* o žádostech závodní rady o zrušení pracovního nebo služebního poměru se členem závodní nebo revírní rady (rada zřízenců) a jeho náhradníkem, vyjma případy uvedené v § 11 zákona č. 144/1920 Sb. z 25. února 1920 o závodních a revírních radách při hornictví.

2) Rozhodovat jako odvolací instance o odvoláních zaměstnanců nebo závodní správy (majitele dolu) proti výroku závodní rady (rady zřízenců) ve sporech mzdových a platových a o zrušení pracovního nebo služebního poměru.

Hornické rozhodčí soudy byly složeny z dvou zástupců podnikatelů, dvou zástupců zřízenců a dvou zástupců dělníků. Včele stál předseda. Přisedící navrhovaly příslušné organizace a potvrzoval je ministr veřejných prací. Funkční období přisedících a jejich náhradníků trvalo 4 roky.

Jednotlivé případy rozhodovaly paritní senáty složené po dvou přisedících z každé zúčastněné skupiny. Jako stálý odborný poradce působil zástupce revírního báňského úřadu. Tento však nesměl být při hlasování. Předsedou hornického rozhodčího soudu směl být jen soudce z povolání z obvodu, pro který byl rozhodčí soud zřízen. Byl volen přisedícími a nebyla-li

volba jednomyslná, byl jmenován ministrem veřejných prací po dohodě s ministrem spravedlnosti, jenž v každém případě volbu potvrzoval.

O odmítnutí a vyloučení předsedy a přísedících platila obdobná zákonná ustanovení jako o odmítnutí a vyloučení soudce v civilním soudním řízení, s tím, že o námitkách proti přísedícímu rozhodoval předseda rozhodčího soudu, o námitkách proti předsedovi rozhodoval předseda vrchního rozhodčího hornického soudu. V obou případech s konečnou platností.

Vrchní hornický rozhodčí soud se skládal ze tří soudců z povolání, z nichž jeden předsedal, a ze dvou přísedících, po jednom z každé zúčastněné skupiny. O námitkách proti soudcům z povolání rozhodoval předseda, o námitkách proti předsedovi rozhodoval vrchní hornický rozhodčí soud za předsednictví předsedova zástupce.

Pro řízení před rozhodčími hornickými soudy platily předpisy platné pro občanské soudní řízení platné v sídle rozhodčího soudu první instance. To znamenalo, že předpisy uherského civilního soudního řádu platily nejenom pro hornický rozhodčí soud v Bratislavě, nýbrž i pro vrchní rozhodčí soud v Praze, pokud šlo o odvolání proti rozsudku bratislavského rozhodčího soudu.

Líčení před rozhodčím soudem bylo veřejné. Rozhodovala většina hlasů všech členů soudu. Předseda hlasoval vždy jako poslední. Přísedící, kteří se nedostavili vůbec nebo v ustanovenou hodinu na sezení rozhodčího nebo vrchního rozhodčího soudu a řádně se neomluvili, nebo opustili předčasně jednání nebo zanedbávali své úřední povinnosti jiným způsobem, mohl předseda potrestat pořádkovým trestem až do 300 Kč a uložit jim náhradu nákladů způsobených zanedbáním.

Znamenalo-li nedostavení se přísedících znemožnění jednání soudu, určil předseda nový rok. Při něm rozhodoval předseda s těmi přísedícími, kteří se dostavili, a u vrchního rozhodčího soudu rozhodoval předseda se soudci z povolání.

Jak již bylo uvedeno, pro řízení platilo občanský soudní řád, ať již rakouský nebo uherský. Určité odchylky zde však opět byly:

Veškerá podání bylo třeba učinit u rozhodčího soudu písemně, a to v případech, ve kterých podle tehdy platných předpisů nebylo třeba vydat písemný výrok nebo sdělení, nejdéle ve 30 dnech od vzniku napadeného skutku.

Strany se mohly nechat zastupovat „druhy z povolání nebo zmocněnci příslušných odborových organizací, jejich jednatele nebo zřizenci“. Advokáti z povolání byli ze zastoupení vyloučeni.

Rozhodnutí bylo třeba hned vyhlásit po tajné poradě veřejně. Muselo být písemně vyhotoveno, podepsáno předsedou a doručeno stranám do 8 dnů. Rozhodčí soud takto mohl rozhodnout o tom, mělo-li být rozhodnutí veřejně vyhlášeno na závodě nebo v novinách.

Předseda poté co vyhlásil rozhodnutí, musel poučit strany o odvolacím právu a odvolací lhůtě.

Odvolání bylo přípustné, pokud hodnota sporu převyšovala 100 Kč, do 15 dnů ode dne doručení, ale jen z důvodů, že rozhodnutí odporuje spisům, spočívá na nesprávném právním posouzení věci nebo že řízení je ztíženo zmatkem nebo vadou, které zavinily nesprávná rozhodnutí ve věci.

Rozhodčí soud první instance, u něhož se odvolání podávalo ve dvou stejnopisech, doručil jeden stejnopis odvolání odpůrci a oznámil mu, že může do konečné 15denní lhůty od doručení odvolání dodat své stanovisko (tzv. odpověď).

Vrchní rozhodčí soud rozhodoval o odvolání v neveřejném zasedání, bez předchozího ústního jednání. Z tohoto pravidla však mohla být učiněna výjimka a veřejné zasedání mohlo být nařízeno. Při tomto ústním jednání mohly být strany zastoupeny advokátem.

U vrchního rozhodčího soudu se spor neprojednával znovu, nýbrž tento soud jen přezkoumával nález rozhodčího soudu v mezích návrhů učiněných v odvolání.

Proti rozhodnutí vrchního rozhodčího soudu nebylo možné podání dalšího opravného prostředku.

Svévolné vedení nebo svévolné protahování sporu bylo možné potrestat peněžitými pokutami, které připadaly revírní radě ve prospěch všeobecných hornických dobročinných zařízení.

Výrok o nákladech sporu byl vynesena jen tehdy, kdy byl spor veden nebo protahován svévolně, a to vždy k návrhu strany.

Rozhodčí komise pro pracovní spory z domácí práce

Na základě zákona č. 29/1920 Sb. z 12. prosince 1919, o úpravě pracovních a mzdových poměrů domácí práce mohl ministr sociální péče zřídit pro odvětví, pro něž již působila ústřední komise, tzv. obvodní komisi. Tyto obvodní komise byly povolány také k tomu, aby při sporech o pracovních a mzdových poměrech jejich výrobního odvětví a obvodu působily mezi jednotlivými skupinami zaměstnanců a zaměstnavatelů, nebo mezi jednotlivým zaměstnavatelem a jeho zaměstnanci ke smírnému dorozumění, nebo spor rozhodly nálezem.²³ Tím ovšem nebyly míněny spory z pracovního poměru mezi jednotlivým zaměstnavatelem a jednotlivým zaměstnancem, tedy spory soukromoprávní. Jednalo se o spory z pracovních a mzdových poměrů mezi skupinami zaměstnanců a zaměstnavatelů, nebo spory mezi jednotlivým zaměstnavatelem a jeho zaměstnanci (tedy všemi, nikoli jednotlivcem, jenž by žádal například zaplacení mzdy). Takovými spory z pracovního poměru byly míněny například spory vzniklé mezi těmito skupinami o době zadání a lhůtě odevzdání práce, nebo o způsobu vypočítávání mzdy a její výše, případně o ceně objednaného zboží atd. Proto rozhodně nešlo o řízení soudní, i když vládní nařízení č. 628/1920 Sb. uvádělo, že pro veškeré jednání před obvodními a ústředními komisemi domácí práce platí ustanovení civilního soudního řádu. Dobová odborná literatura tyto komise charakterizovala spíše jako orgány správní, zdůvodňujíc toto stanovisko tím, že každá komise musí své usnesení předložit ke schválení ministerstvu sociální péče.

Rozhodčí soudy bratrských pokladen

Rozhodčí soudy bratrských pokladen vznikly v monarchii na základě zákonů č. 14/1890 ř.z. ze 17. ledna 1890, č. 178/1892 ř.z. ze 17. září 1892. V první republice došlo k jejich nové právní úpravě a to nejprve zákonem č. 608/1919 Sb. z 29. října 1919 a definitivně zákonem č. 242/1922 Sb. z 11. července 1922 a na něho navazujícím vládním nařízením č. 197/1923 Sb.

²³ K tomu viz vládní nařízení č. 628/1920 Sb.

Podle poslední právní úpravy došlo v obvodu každé revírní bratrské pokladny ke zřízení rozhodčího soudu, jež se skládal ze stálého předsedy a jeho náměstků, které jmenoval ministr veřejných prací ze soudců z povolání v dohodě s ministrem spravedlnosti, ze čtyř přísedících (náhradníků), z nichž po dvou přísedících a čtyřech náhradnících volila valná hromada, a to každá skupina (podnikatelé a členové) zvláště (na tři roky).

Tyto rozhodčí soudy byly věcně příslušné k rozhodování všech sporů, které vznikly z poměru pojišťovacích mezi revírní bratrskou pokladnou a jejími pojištěnci, dále k rozhodování sporů, vzniklých mezi revírními bratrskými pokladnami z provádění nemocenského pojištění.

Místně příslušný byl vždy ten revírní soud té revírní bratrské pokladny, k níž náležel podnik, v němž byl dotýčný pojištěnec zaměstnán. Šlo-li o spory mezi revírními bratrskými pokladnami, byl příslušný rozhodčí soud žalované bratrské pokladny.

Vrchní rozhodčí soud bratrských pokladen měl své sídlo v Praze. Rozhodoval v pětičlenném sboru a skládal se z předsedy (rovněž soudce z povolání) a čtyř přísedících (po dvou přísedících a dvou náhradnících volila na tři roky valná hromada Ústřední bratrské pokladny odděleně ve skupině členů a ve skupině zaměstnavatelů).

Vrchní rozhodčí soud rozhodoval o stížnostech podaných proti nálezům rozhodčích soudů, které bylo nutné podat do 30 dnů z důvodů, pro něž bylo přípustné dovolání podle § 503 civilního soudního řádu. Opravné prostředky nebo žaloby proti nálezům vrchního rozhodčího soudu již nebyly přípustné.

Pro řízení před rozhodčími soudy bratrských pokladen platily předpisy civilního soudního řízení před okresními soudy, pokud nebylo v zákoně stanoveno jinak.

Další rozhodčí soudy a rozhodčí komise působící v období meziválečného Československa

Rozhodčích soudů a rozhodčích komisí v období první republiky působilo kromě jmenovaných ještě mnohem více, zejména v oblasti pojišťovnictví. Některé přešly ještě z monarchie.

Zejména je třeba upozornit na rozhodčí výbory živnostenských společenstev, jež vznikly podle živnostenského řádu č. 227/1859 ř. z., ve znění pozdějších změn a doplňků (úplné znění pod číslem 199/1907 ř. z.). Nedostatečná využitelnost živnostenských soudů a vyhrocování konfliktů mezi podnikateli a zaměstnanci si brzy vynutily vytvoření dalších soudů a rozhodčích komisí pracovníprávního charakteru. Již v prosinci 1919 byla příslušným zákonem zřízena rozhodčí komise pro úpravu služebního poměru v kovoprůmyslu, zákonem č. 100/1921 Sb. byly zřízeny rozhodčí soudy mzdové k upravení pracovního a služebního poměru v živnostech stavebních. Předsedu a jeho náměstka jmenovalo ministerstvo sociální péče ze soudců, za přísedící pak byly povolány osoby, které na jeho vyzvání jmenovaly organizace zaměstnanců a zaměstnavatelů.

Rozhodčí soudy stavební, jakož i tzv. soudy cenové byly vytvořeny na základě zákona č. 45/1922 Sb. (o stavebním ruchu).

Na základě zákona č. 207/1919 Sb. z 10. dubna 1919 byl zřízen rozhodčí soud dělnického úrazového pojištění. Vládním nařízením č. 356/1919 Sb. z 19. května 1919 u něho vznikl zvláštní horní senát pro úrazové pojištění hornické a na základě vládního nařízení č. 272/1919 Sb. vzniklo zvláštní oddělení pro úrazové zaopatření železničních zřízenců.

Již v rakousko-uherské monarchii vznikly na základě zákona č. 33/1888 ř.z. rozhodčí soudy nemocenských pokladen. Reorganizovány byly za první republiky zákonem č. 221/1924 Sb. Tyto soudy byly zřízeny u každé nemocenské pojišťovny a rozhodovaly ve tříčlenných senátech. Vyššími instancemi byly potom pojišťovací soudy zřízené v sídlech sborových soudů I. stolice a vrchní pojišťovací soud v Praze s působností pro celou republiku. Pojišťovací soudy i vrchní pojišťovací soud působily v senátech, jejichž přísedící byli voleni.

Rovněž ještě v monarchii vznikly rozhodčí soudy pro penzijní pojištění zřízenců v soukromých službách a službách veřejných zákonem č. 1/1907 ř.z. z 16. prosince 1906. Další jejich právní úprava byla vtělena do císařského nařízení č. 138/1914 ř.z. z 25. června 1914 a zákona č. 89/1920 Sb. z 5. února 1920.

Podle vládního nařízení z roku 1927 vznikly rozhodčí soudy pro nemocenské pojištění veřejných zaměstnanců.

Počátky právní úpravy mezinárodní arbitráže

Do období mezi světovými válkami se datují také počátky právní úpravy mezinárodní obchodní arbitráže. Zejména to byl rok 1923, kdy byl v Ženevě (24. září 1923) přijat Protokol o doložkách o rozsudím, jehož signatářem se stalo i tehdejší Československo. Ve Sbírce zákonů a nařízení byl publikován pod číslem 191 v roce 1931. Smluvní strany se zde zavázaly uznávat platnost úmluvy o rozsudím a rozhodčí doložky mezi stranami podrobenými příslušné pravomoci různých smluvních států, podle které se strany zavázaly při některé obchodní smlouvě, jež může být vyřízena rozhodčím řízením na základě kompromisu, že veškeré, nebo některé spory, které by mohly vzejít z této smlouvy, předloží rozhodčímu řízení, i když to to rozhodčí řízení se bude konat v jiném státě než v tom, jehož pravomoc je podrobena každé ze stran zúčastněných na smlouvě.

Pod č. 192 Sb. rovněž v roce 1931 byla publikována Úmluva o vykonatelnosti cizích rozhodčích výroků, která na Protokol navazovala. Podle této Úmluvy se smluvní strany zavázaly, že rozhodčí výroky vydané podle smlouvy o rozhodčích (rozsudích) nebo podle rozhodčí doložky podle Protokolu o rozhodčích doložkách budou vykonatelné na jejich území podle exekučních předpisů platných na území příslušného státu.

Úpravu institutů uznání a výkonu rozhodčích nálezů a někdy i smírů začaly obsahovat i některé mezinárodní dvoustranné smlouvy uzavřené Československem. Konkrétně šlo o smlouvy s Itálií (č. 127/1926 Sb., další byla z roku 1948 č. 172 Sb.), se Švýcarskem (č. 23/1929 Sb.), se Španělskem (č. 19/1931 Sb.), Portugalskem (č. 23/1031 Sb.) a Řeckem (č. 41/1929 Sb.).

Konkursní řízení

Jedinou oblastí procesního práva, která zaznamenala zásadní změny, bylo konkursní právo.

Československá republika v roce 1918 v rámci procesního práva samozřejmě převzala i rakouské právo konkursní. To se značně dynamicky vyvíjelo po celou druhou polovinu 19. století.

Hlavními nedostatky konkursního řízení kodifikovaného již josefínským konkursním řádem, což velmi brzy ukázala právní praxe, byla jeho nákladnost a zdoluhavost. Proto se v průběhu první poloviny 19. století objevovaly snahy o jeho nahrazení novým řádem. Prvý takový pokus se datuje do roku 1820, druhý do roku 1845 a třetí, tzv. Sommarugova osnova do roku

1848. Obě první zapadly, kdežto třetí se stala základem provizorního konkursního řádu vydaného roku 1853 pro uherské země. V té době v rakouských zemích zesílila nedůvěra k platnému právu, takže se věřitelé začali konkursům vyhýbat a místo něho volili mimosoudní vyrovnání s dlužníkem i za cenu, že všichni nebo alespoň někteří tím byli poškozeni. Za takových okolností byla vydána roku 1859 dvě nařízení a v roce 1862 zákon č. 97 ř.z. o vyrovnacím řízení v případě zastavení platů.²⁴ Tato nová ustanovení platila jen pro protokolované obchodníky, živnostníky a továrníky a neznamovala nápravu, neboť zejména předpisy o likvidačním řízení byly v rozporu s nejprimitivnějšími zásadami spravedlnosti. Uspokojivější řešení přinesl teprve nový konkursní řád z 25. prosince 1868 č. 1/1869 ř. z., který se do značné míry opíral o pruský konkursní řád z 8. května 1855.²⁵ Za největší nedostatek se u něho považovalo ustanovení o odpůřcím právu. V tomto směru se totiž nový konkursní řád spokojil s odkazem na zásady obecného občanského práva. Náprava v tomto směru nastala až vydáním odpůřčího zákona č. 35/1884 ř.z. z 5. března 1884²⁶ doplněného zákonem z téhož dne č. 36 ř.z.²⁷

Hlavní myšlenky, na nichž nový konkursní řád z roku 1869 spočíval, můžeme shrnout do několika bodů:

Prosadil se princip univerzality, který však ještě nebyl doveden do všech důsledků. Předmětem řízení se tedy mělo stát veškeré aktivní i pasivní dlužníkově jmění, jež mělo sloužit k uspokojení pohledávek všech věřitelů. Nedůslednost spočívala v tom, že do konkurzu nepatřilo dlužníkově jmění, které bylo vyloučeno z exekuce, dále to, čeho dlužník nabyl, pokud mu to věřitelé ponechali k jeho vlastní výživě a k výživě členů jeho rodiny, dále předměty, na něž měl někdo zástavní nebo retenční právo, dlužníkově nemovitosti nacházející se v cizině a konečně předměty, které příslušné orgány z konkurzu vyloučily. Na řízení neměly účast osoby oprávněné k vrácení věcí, dále reální věřitelé, věřitelé s nároky na předměty vyloučené z konkurzu, a konečně konkursní věřitelé, kteří z vlastní vůle neměli účast na řízení.

Dále bylo řízení postaveno na zásadě stejného nakládání s věřiteli (*par conditio creditorum*). Rozdělení do skupin a tříd platilo v zásadě to stejné, jako v josefínském konkursním řádu.

Majetek podléhající řízení byl odňat z volné dispozice dlužníka a byl svěřen správci podstaty, byla stanovena informační a ediční povinnost dlužníka.

Řízení se rozpadalo na dvě části: zahajovací a vlastní konkursní řízení. V zahajovacím šlo o zjišťování podmínek vyhlášení konkursu. V případě, že byl učiněn kladný závěr, bylo zakončeno vyhlášením konkursu. Vlastní konkursní řízení potom tvořilo jednotný celek na rozdíl od dřívějších tří etap likvidační, prioritní a distribuční. Věřitelský výbor byl obligatorní. Opravných prostředků zde bylo několik. Od konkursního komisaře se mohlo jít ke konkursnímu soudu, pak na vrchní soud a na Nejvyšší soudní dvůr.

²⁴ Zákon č. 97/1862 ř.z. byl m.j. publikován ve sbírce **Schelleová, I.:** *Právní úprava konkursního řízení (Historie a současnost)*, Brno, Masarykova univerzita 1995, s. 5n.

²⁵ Text zákona č. 1/1868 ř.z. byl m.j. publikován ve sbírce **Schelleová, I.:** *Právní úprava konkursního řízení (Historie a současnost)*, Brno, Masarykova univerzita 1995, s. 20n.

²⁶ Text zákona č. 35/1884 ř.z. byl m.j. publikován ve sbírce **Schelleová, I.:** *Právní úprava konkursního řízení (Historie a současnost)*, Brno, Masarykova univerzita 1995, s. 72n.

²⁷ Text zákona č. 36/1884 ř.z. byl m.j. publikován ve sbírce **Schelleová, I.:** *Právní úprava konkursního řízení (Historie a současnost)*, Brno, Masarykova univerzita 1995, s. 74n.

I když nový konkursní řád z roku 1869 znamenal výrazný posun v konkursním řízení, brzy se objevily opět kritické hlasy. První kritika se ozvala již v roce 1875 z advokátních kruhů a postupem doby se kritické hlasy množily. Zejména to bylo v letech 1895 a 1896, když byly uzákoněny Kleinovy reformy v oblasti sporného a exekučního řízení. Především je nutné upozornit na kritické rozborů Otto Frankla z roku 1896 a R. Pollaka z roku 1908. Kritizována byla mimo jiné malá právní ochrana věřitelů v mimokonkursním vyrovnacím řízení. Vůbec instituce mimokonkursních vyrovnání byla velmi sporná. Nechyběly ovšem ani hlasy volající po úplném odstranění vyrovnacího řádu, v němž byla shledávána mimo jiné jedna z příčin hospodářské krize. Přehlíželo se přitom, že instituce mimokonkursního vyrovnání nebyla u nás žádnou novinkou, a že byla postupně zavedena téměř ve všech evropských státech. Jen pro úplnost je třeba uvést, že mimokonkursní vyrovnání bylo připuštěno v českých a alpských zemích, jakož i v Haliči a Bukovině nařízením č. 90 ř.z. z 18. května 1859, které však již za měsíc po vydání bylo nahrazeno císařským nařízením č. 108 ř.z. z 15. června 1859. Toto císařské nařízení rozšířilo přípustnost mimokonkursního soudního vyrovnání na celé tehdejší státní území mimo tzv. vojenské hranice a s doplňky, které byly vydány nařízením č. 129 ř.z. a č. 143 ř.z. z roku 1859, platilo až do roku 1862. Zákonem č. 97 ř.z. ze 17. prosince 1862 byly o mimokonkursním vyrovnání vydány opět nové předpisy. Uvedený zákon připouštěl vyrovnání jediné v případě insolvence kupců a živnostníků zapsaných nejméně dva roky v obchodním rejstříku, a platil na celém území Rakouska, mimo Uher. V praxi se však neosvědčil, a tak do konkursního řádu z roku 1869 nebylo již mimokonkursní vyrovnání převzato. Připuštěno bylo jen nucené vyrovnání v kupeckém konkursu. Brzy se však některé kruhy začaly opět domáhat, aby bylo připuštěno nucené vyrovnání i mimo konkurs. Proto rakouská vláda v roce 1904 předložila Říšské radě návrh zákona o svolání věřitelů. K jeho uzákonění však nedošlo.

Dalším kritizovaným nedostatkem konkursního řádu z roku 1869 byla aplikace principu stejného nakládání s věřiteli, který se prakticky zvrhl v opak. Nároků na vyloučení a nároků na přednostní uspokojení bylo tolik, že se obyčejně na vlastní věřitele (třetí třídy) nedostalo buď vůbec, nebo jen nepatrnou částí majetku. Kritické hlasy tedy začaly převažovat nad hlasy pochvalnými. Konkursní řád z roku 1869 se tedy v praxi málo osvědčil. Toto poznání také vedlo zejména po vypuknutí první světové války ke zvýšené aktivitě ve směru jeho novelizace, a tak bylo vydáno císařské nařízení č. 337/1914 ř. z., které konkursní řízení nově zreformovalo a to jednak přímo, jednak nepřímo.²⁸ Nepřímá reforma spočívala zejména v dokonalejší úpravě odpůřčího práva, jednak v tom, že byl, po belgickém vzoru, normován zvláštní, oproti konkursnímu řádu technicky samostatný vyrovnací řád obsahující předpisy vyrovnávání mimo konkurs, a konečně v nové úpravě některých ustanovení trestního práva v souvislosti s konkursem. Císařské nařízení nabylo účinnosti 1. ledna 1915.

Rovněž pro uherské země byl za války vydán vyrovnací řád nařízením č. 4070/1915 z 15. listopadu 1915.

Století 19. je rovněž významné z hlediska vývoje mezinárodního a evropského konkursního práva. Tehdy totiž některé země Švýcarské konfederace uzavřely smlouvy, a to v roce 1808 s Velkovévodstvím Bádensko, v roce 1826 s Korunou Württemberskou, v roce 1834 s Královstvím Bavorským a v roce 1837 s Královstvím Saským. Zmínit je třeba rovněž konzulární dohodu mezi Švýcarskem a Itálií z roku 1868, m.j. účinnou do dnes.²⁹

²⁸ Text zákona č. 337/1914 ř.z. byl m.j. publikován ve sbírce **Schelleová, I.:** *Právní úprava konkursního řízení (Historie a současnost)*, Brno, Masarykova univerzita 1995, s. 86n.

²⁹ **Bělohávek, A. J.:** *Evropské a mezinárodní insolvenční právo. Komentář*. Praha, C.H.Beck 2007, s. 1.

Rakouský konkursní řád z roku 1914 společně s uherským konkursním řádem vydaným zák. čl. XVII/1881, jakož i oba vyrovnací řády byly převzaty recepčním zákonem č. 11/1918 Sb. Československou republikou, a staly se tak součástí československého právního řádu. K nepatrným změnám došlo zákony č. 161/1921 Sb.30 a č. 99/1923 Sb.31, jakož i vládními nařízeními č. 96/1922 Sb.32 a č. 18/1923 Sb.33 Jinak výše uvedená právní úprava konkursního práva zůstala v platnosti až do roku 1931.

O vydání nového konkursního řádu se začalo uvažovat nahlas již od poloviny dvacátých let. První ucelenější návrh byl na ministerstvu spravedlnosti vypracován v roce 1927 a byl dán k diskusi. Řada názorů, kritických stanovisek, jakož i statistické materiály dodané Státním úřadem statistickým tvořily podklad pro vypracování nového návrhu. Ten byl na jaře roku 1930 předložen vládou Senátu Národního shromáždění,³⁴ kde byl přikázán ústavněprávnímu výboru, který k jeho projednání zvolil podvýbor, jehož předsedou byl dr. Witt.³⁵ Podvýbor o osnově jednal na dvanácti schůzích v listopadu a prosinci 1930, načež byl návrh s četnými změnami přijat plénem ústavněprávního výboru 12. prosince 1930. Podle výborové zprávy³⁶ byl „po odklizení některých sporných bodů výborem koalovaných stran“ schválen v plenární schůzi Senátu dne 22. ledna 1931. Usnesení Senátu³⁷ bylo v ústavněprávním výboru Poslanecké sněmovny Národního shromáždění v některých směrech pozměněno.³⁸ Další změny byly usneseny plenární schůzí Poslanecké sněmovny. Znění schválené Poslaneckou sněmovnou³⁹ bylo po novém projednání v ústavněprávním výboru⁴⁰ přijato Senátem Národního shromáždění 27. března 1931. Nový zákon byl vyhlášen dne 1. května 1931 pod číslem 64 Sb.⁴¹ Týmž dnem nabylo účinnosti jeho nové ustanovení o nejmenší přípustné nabídce v mimokonkursním vyrovnacím řízení, ostatní předpisy se staly závaznými až za další tři měsíce, tedy dnem 1. srpna 1931.

Nová zákonná úprava především unifikovala konkursní právo na celém území republiky, čímž byl alespoň v této oblasti právního řádu odstraněn právní dualismus. Dalším zákonem z 16.

³⁰ Text zákona č. 161/1921 Sb. byl m.j. publikován ve sbírce **Schelleová, I.:** *Právní úprava konkursního řízení (Historie a současnost)*, Brno, Masarykova univerzita 1995, s. 166n.

³¹ Text zákona č. 99/1923 Sb. byl m.j. publikován ve sbírce **Schelleová, I.:** *Právní úprava konkursního řízení (Historie a současnost)*, Brno, Masarykova univerzita 1995, s. 174.

³² Text nařízení vlády Československé republiky č. 96/1922 Sb. byl m.j. publikován ve sbírce **Schelleová, I.:** *Právní úprava konkursního řízení (Historie a současnost)*, Brno, Masarykova univerzita 1995, s. 173.

³³ Text vládního nařízení č. 18/1923 Sb. byl m.j. publikován ve sbírce **Schelleová, I.:** *Právní úprava konkursního řízení (Historie a současnost)*, Brno, Masarykova univerzita 1995, s. 175.

³⁴ Tisk Senátu Národního shromáždění republiky Československé z roku 1930, tisk č. 253.

³⁵ Dalšími členy podvýboru byli senátoři dr. Havelka (referent), dr. Fáček, Riedl, Trčka a Stolberg.

³⁶ Tisk Senátu Národního shromáždění republiky Československé z roku 1930, tisk č. 362.

³⁷ Tisk Poslanecké sněmovny Národního shromáždění republiky Československé z roku 1931, tisk č. 895.

³⁸ Tisk Poslanecké sněmovny Národního shromáždění republiky Československé z roku 1931, tisk č. 1008.

³⁹ Tisk Senátu Národního shromáždění republiky Československé z roku 1931, č. 414.

⁴⁰ Tisk Senátu Národního shromáždění republiky Československé z roku 1931, tisk č. 418.

⁴¹ Text zákona č. 84/1931 Sb. byl m.j. publikován ve sbírce **Schelleová, I.:** *Právní úprava konkursního řízení (Historie a současnost)*, Brno, Masarykova univerzita 1995, s. 181n.

července 1931 č. 120 Sb. byla provedena i nová úprava předpisů o soudních poplatcích, čímž bylo v celém státě v oblasti konkursního a vyrovnacího řízení sjednoceno i poplatkové právo.

Zákon č. 64/1931 Sb. byl doplněn vládním nařízením č. 114/1931 Sb. o doručování vyhlášek v konkursním a vyrovnacím řízení a o uveřejňování jich v Ústředním oznamovateli, vládním nařízením č. 115/1931 Sb. o výběru a úhrnné odměně správců konkursní podstaty, vyrovnacích správců a znalců v řízení konkursním a vyrovnacím, a výnosy ministerstva spravedlnosti z 8. července 1931 č. 31.67342 o nových řádech konkursním, vyrovnacím a odpůrčím, ze 7. července 1931 č. 31.44143 o rejstřících pro věci konkursní a vyrovnací, o spisech konkursních a vyrovnacích a o ročních výkazech těchto věcí, a z 13. července 1931 č. 30.70144 o sčítacích lístcích pro konkursy a vyrovnání. Uvozovací zákon č. 64/1931 Sb. však ponechal v platnosti celou řadu předpisů obsažených v různých speciálních zákonech, týkajících se hlavně účinků vyhlášení konkursů na právní postavení dlužníka a pod. Podpůrným pramenem konkursního práva byly předpisy o řízení a o příslušnosti ve věcech sporných, tedy předpisy civilního soudního řádu a jurisdikční normy, a mimo to některá ustanovení exekučního práva.

Literatura:

- Adamová, K. a kol.: Dějiny českého soudnictví od počátku české státnosti do roku 1938, Praha, LexisNexis 2005
- Balík, S.: Justice v českých zemích v letech 1900 – 1914 pohledem dobového advokátního časopisu, Bulletin advokacie, 1993, č. 9
- Bedo, A. - Gerlich, K.: Příroční sbírka justičních zákonů platných v zemích české a moravskoslezské, Praha 1933
- Bělohávek, A. J.: Evropské a mezinárodní insolvenční právo. Komentář. Praha, C.H.Beck 2007, s. 1.
- Civilní řád soudní a jurisdikční norma s dodatky, Praha 1927
- Dejiny štátu a práva na území Československa v období kapitalizmu I. (1848-1918), (red. L. Bianchi), Bratislava 1971
- Dějiny štátu a práva na území Československa v období kapitalizmu II. (1918 – 1945), (red. L. Bianchi), Bratislava 1973
- Fiala, J.: Historický vývoj některých procesních principů, zásad a institutů civilního procesu, AUC-I, XXI, č. 4
- Hácha, E.: Správní soudnictví. In: Slovník veřejného práva československého, díl IV, Brno 1938

⁴² Viz č. 9 Věstníku Ministerstva spravedlnosti z roku 1931.

⁴³ Viz č. 10 Věstníku Ministerstva spravedlnosti z roku 1931.

⁴⁴ Viz č. 13 Věstníku Ministerstva spravedlnosti z roku 1931.

- Hácha, E.: Nejvyšší správní soud. In: Slovník veřejného práva československého, díl III, Brno 1932
- Hartmann, A.: Předpisy o soudech, jejich organizaci a soudnictví, Praha 1933
- Hartmann, A.: Předpisy o soudech jejich organizaci a soudnictví Dodatky ke dni 31. prosince 1937, Praha 1938
- Hoetzel, J.: Soudní kontrola veřejné správy, Praha 1929
- Hoetzel, J.: Soudní kontrola veřejné správy. In: Československé správní právo, část všeobecná, Praha 1934
- Holdík, O.: Zákon o nejvyšším správním soudě, Praha 1937
- Hora, J.: Pojistné právo, Praha 1934
- Hora, V.: Nauka o přístupu, knihovna Sborníku věd právních a státních, 1906, č. XI.
- Hora, V.: Procesní úkony dle práva rakouského, knihovna Sborníku věd právních a státních, 1907, č. XV
- Hora, V.: Procesní úprava kolise nároků, knihovna Sborníku věd právních a státních, 1910, č. XXII
- Hora, V.: Odvolání podle rakouského civilního řádu soudního, Praha 1915
- Hora, V.: Der Konkurskommissär nach der oesterreich Konkursordnung, Wien, 1916
- Hora, V.: Exekuce na nemovitosti a exekuce zajišťovací, Praha 1919
- Hora, V.: Československé právo procesní, Praha 1922
- Hora, V.: Civilní řád na Slovensku, Praha 1922
- Hora V.: Československé civilní právo procesní, Praha 1922-1924
- Hora, V.: Civilní řád soudní a jurisdikční norma, Praha 1922
- Hora, V.: Soustava exekučního práva se zřetelem ke Slovensku a Podkarpatské Rusi, Praha 1930
- Hora, V.: Exekuce na nemovitosti, Praha 1924
- Hora, V.: Řády konkursní, vyrovnávací a odpůrcí, Praha 1931
- Hora, V.: Soudní řízení nesporné, Praha 1931
- Hora, V.: Exekuční právo, Praha 1938
- Hora, V.: Učebnice civilního práva procesního, Praha 1947
- Hora, V.: Kvitance a náklady jejich v řízení exekučním, Právník, 1904
- Hora, V.: Může-li soud poručenský rozhodovati o výši alimentace, již otec nemanželskému dítěti má poskytovat v řízení nesporném, Právník, 1906
- Hora, V.: Osnova jazyková a poměr její k civilnímu řádu soudnímu, Právník, 1909

- Hora, V.: Chystaná reforma civilního řádu soudního, Právník, 1910
- Hora, V.: Nový uherský civilní řád soudní a jeho vliv na příslušnost zdejších soudců, Právník, 1911
- Hora, V.: Na prahu nové doby, Právník, 1919
- Hora, V.: Přípravné práce ku sjednocení civilního řádu soudního, Právník, 1922
- Hora, V.: Vůle stran jako důvod příslušnosti, Právník, 1926
- Hora V.: Mezinárodní vykonatelnost rozhodčích nálezů, Právník, 1929
- Hora, V.: Kritické poznámky k rozhodnutí nejvyššího soudu z 18. X. 1939, Právník, 1940.
- Kaeser, J.: Handbuch der österreichischen Justizverwaltung, Band I, Wien 1882
- Mates, P.: Nejvyšší soud v Brně, Revue otevřené kultury, 1991, č. 3
- Mates, P.: Sad wyborczy w burżuazyjnej Republice Czechosłowackiej. In: Dawne sady i prawo. Práce naukowe universityku Slaskiego, Nr. 607. Katowice 1984
- Mates, P. - Schelle, K.: K řešení pojišťovacích sporů za kapitalismu (I. část), Pojistný obzor, 64, 1987, č. 6
- Mates, P. – Schelle, K.: K řešení pojišťovacích sporů za kapitalismu. (II. část – rozhodčí řízení). Pojistný obzor, 64, 1987, č. 7
- Mates. P. – Schelle, K.: Soudy a pojišťovací spory za kapitalismu, Praha, Česká státní pojišťovna 1987
- Menger, A.: System des österreichischen Civilprocessrechtes, Wien 1878.
- Ott, E.: Soustavný úvod ve studium nového řízení soudního. I. – III. díl, Praha 1897 - 1901
- Pantůček, F.: O organizaci a příslušnosti soudní dle nových zákonů procesních, Praha 1897
- Rádl, Z.: Nejvyšší správní soud (I.), Praha 1933
- Rádl, Z.: Nejvyšší správní soud (II.), Praha 1937
- Schelle, K. – Schelleová, I.: Rozhodčí řízení (historie, současnost a perspektivy). Praha, Eurolex Bohemia 2002
- Schelle, K. – Schelleová, I. a kol.: Soudnictví (historie, současnost a perspektivy). Praha, Eurolex Bohemia 2004
- Schelle, K. – Schelleová, I.: Správní soudnictví. Praha, Eurolex Bohemia 2004
- Schelle, K. – Schelleová, I.: Právní úprava civilního řízení (Historie a současnost). I. část. Brno, Masarykova univerzita 1995

- Schelle, K. – Schelleová, I.: Právní úprava civilního řízení (Historie a současnost). II. část. Brno, Masarykova univerzita 1995
- Schelle, K. – Schelleová, I.: Z historie správního soudnictví. In: Historie a současnost veřejné správy (Sborník příspěvků z vědecké konference). Brno, Masarykova univerzita 1993
- Schelle, K. – Schelleová, I.: Počátky obchodního soudnictví, Obchodní právo, 2, 1993, č. 12
- Schelle, K. – Schelleová, I.: Řízení před směnečnými a merkantilními soudy, Časopis pro právní vědu a praxi, 2, 1994, č. 1
- Schelle, K. – Schelleová, I.: Vývoj právní úpravy rozhodčího řízení, Časopis pro právní vědu a praxi, 3, 1995, č. 2.
- Schelle, K. – Schelleová, I.: 100 let kodifikace moderního občanského soudního řízení, Právní obzor, 78, 1995, č. 4.
- Schelle, K. – Schelleová, I.: Vývoj advokacie, notářství a soudnictví na našem území (1. část), Všehrd, 28, 1996/1997, č. 3.
- Schelle, K. – Schelleová, I.: Vývoj advokacie, notářství a soudnictví na našem území (2. část), Všehrd, 28, 1996/1997, č. 4.
- Schelle, K. – Schelleová, I.: Vývoj civilního procesu, Všehrd, 29, 1997/1998, č. 1.
- Schelle, K. – Schelleová, I.: Vývoj rozhodčího řízení – 1. část, Obchodní právo, 7, 1998, č. 3.
- Schelle, K. – Schelleová, I.: Vývoj rozhodčího řízení – dokončení, Obchodní právo, 7, 1998, č. 4, s. 5 – 10.
- Schelle, K. – Schelleová, I.: Konkurzní právo v habsburské monarchii, Konkurz & konjunktura, 2, 2000, č. 9.
- Schelle, K. – Schelleová, I.: Cesta k modernímu konkurznímu právu, Konkurz & konjunktura, 2, 2000, č. 10.
- Schelle, K. – Schelleová, I.: Soudnictví v habsburské monarchii na přelomu 18. a 19. století. In: Evropa 1805 (Sborník prací V. mezinárodního napoleonského kongresu, Brno, 26. – 28. září 2005). Brno Československá napoleonská společnost se sídlem v Brně 2006
- Schelle, K. – Schelleová, I.: Historické zdroje nové právní úpravy insolvenčního řízení. In: Nové insolvenční právo. Ostrava, KEY Publishing 2006
- Schelle, K. – Schelleová, I.: Organizace soudnictví v letech 1848 – 1918. In: Stát a právo v letech 1848 – 1918 ve středoevropském kontextu (Sborník příspěvků z mezinárodní

- konference konané v Bratislavě 1. – 2. června 2006). Bratislava (Slovensko), Bratislavská vysoká škola práva 2007
- Schelle, K. – Schelleová, I.: Organizace předlitavského soudnictví po rakousko-uherském vyrovnání. In: Rakousko-uherské vyrovnání 1867 a jeho státoprávní důsledky v českých zemích a na Slovensku (Sborník příspěvků k 140. výročí rakousko-uherského vyrovnání). Ostrava, KEY Publishing 2007
 - Schelleová, I.: Soudy a soudní právo. Zlín, Živa 1994
 - Schelleová, I.: Vybrané problémy z teorie konkursního práva. Brno, Masarykova univerzita 1995
 - Schelleová, I.: Konkursní a vyrovnací řízení. Brno, Iuridica Brunensia 1995
 - Schelleová, I. a kol.: Úvod do civilního řízení. Praha, Eurolex Bohemia 2005
 - Schelleová, I.: Organizace soudnictví, notářství a advokacie. Praha, Linde 1997
 - Schelleová, I.: Český civilní proces. Praha, Linde 1997
 - Schelleová, I.: Právní úprava konkursního řízení (Historie a současnost). Brno, Masarykova univerzita 1995
 - Schelleová, I.: Významné brněnské osobnosti civilního práva meziválečného období a jejich přínos pro rozvoj právní vědy. In: Brno 1243 - 1993. Sborník příspěvků z konference Masarykovy univerzity Brněnská věda a umění meziválečného období (1918 - 1939) v evropském kontextu konané v rámci oslav 750. výročí udělení městských práv Brnu ve dnech 22. - 23. září 1993. Brno, Masarykova univerzita 1993
 - Schelleová, I.: Vývoj konkursního práva. I. část, Obchodní právo, 2, 1993, č. 9
 - Schelleová, I.: Vývoj konkursního práva. II. část, Obchodní právo, 2, 1993, č. 10
 - Schelleová, I.: Život a dílo prof. JUDr. Františka Vážného. Právnícké sešity, č. 77, Brno, Masarykova univerzita 1994
 - Schelleová, I.: Soudy a soudní právo, Živa v.o.s. se sídlem ve Zlíně 1994
 - Schelleová, I.: Cesta k současné právní úpravě konkursního řízení, Všechno, 26, 1994, č. 3.
 - Schelleová, I.: František Vážný, Právní praxe, 42, 1994, č. 9.
 - Schelleová, I.: Kapitoly z historie konkursního práva, Všechno, 26, 1994, č. 10.
 - Schelleová, I.: K problematice správního soudnictví. In: Současnost a perspektivy místní správy (Sborník příspěvků z konference). Brno, Masarykova univerzita 1996.
 - Schelleová, I.: Tradice správního soudnictví, Právní praxe v podnikání, 5, 1996, č. 11.
 - Schelleová, I.: Tradice obchodního soudnictví, Právní praxe v podnikání, 5, 1996, č. 12.

- Schelleová, I.: Z tradic správního soudnictví. In: Reforma veřejné správy (historie, současnost a perspektivy). Brno, Linie 2002
- Šolle, V.: Pracovní spory dělnictva v agendě živnostenského soudu v Praze. In: K vývoji právního postavení dělnické třídy za kapitalismu, Praha 1984
- Šolle, V.: Počátky buržoazního soudnictví v českých zemích, Sborník archivních prací 1-2, roč. XVIII, Praha 1968
- Štajgr, F.: Za akademikem Václavem Horou, Právník, 1959
- Ullmann, D.: Das österreichische Zivilprocessrecht, Praha 1887
- Vážný, F.: O ústrojí a příslušnosti soudů, Brno 1926
- Vážný, J.: K vymezení pojmu rozsudku, Časopis pro právní a státní vědu, 24, 1941
- Veselý, Fr. X.: Konsuláty. In: Všeobecný slovník právní, příruční sborník práva soukromého i veřejného zemí na Radě říšské zastoupených, Praha 1896
- Veselý, Fr. X.: Soud patentní In: Všeobecný slovník právní, příruční sborník práva soukromého i veřejného zemí na Radě říšské zastoupených, Praha 1896
- Veselý, Fr. X.: Dvůr soudní správní. In: Všeobecný slovník právní, příruční sborník práva soukromého i veřejného zemí na Radě říšské zastoupených, Praha 1896

Kontaktní údaje na autora – email:

karel.schelle@schelle.cz

K OTÁZCE NORMATIVITY JUDIKATURY V ČESKÉ REPUBLICE

TEREZIE SMEJKALOVÁ

Právnická fakulta Masarykovy univerzity, Česká republika

Abstrakt v rodném jazyce

Tento článek je příspěvkem k probíhající diskusi o závaznosti judikatury pro další soudní rozhodování v České republice. Pro hodnocení této závaznosti je použito tzv. kontinua normativních hodnot, pro které je formální závaznost, tak jak ji chápe české právní myšlení, pouze jednou z možných normativních hodnot. Toto hodnocení pak probíhá na základě názorů vyslovených v nejrůznějších soudních rozhodnutích – a to především nálezů Ústavního soudu.

Klíčová slova v rodném jazyce

Judikatura, normativita, normativní hodnota judikatury.

Abstract

This Article is a contribution to an ongoing discussion concerning the binding force of Czech case-law for future cases. To evaluate this force, the so called continuum of normative values is used. In this continuum, formal bindingness – as known to the Czech legal theory – is only one of possible normative values. This evaluation is based mainly on the opinions expressed by the Czech courts (the Constitutional Court of the Czech Republic in particular) themselves in the rationales of their decisions.

Key words

Case-law, normativity, normative value of the case-law.

1. ÚVOD

Ústava omezuje soudce při rozhodování zákonem a mezinárodní smlouvou. Přesto se ale v praxi setkáváme se situacemi, kdy soudce nižšího soudu v odůvodnění svého rozhodnutí tvrdí, že je vázán judikaturou.

I vyšší soudy ve své judikatuře stále častěji vyjadřují přesvědčení, že vydávají rozhodnutí, která jsou pro nižší soudy závazná. Jak se to tedy má v současné době s normativitou judikatury v ČR?

Kromě rozboru faktické situace se tento text opírá o nálezy Ústavního soudu České republiky, protože právě jeho názory výrazně formují pohled na normativitu judikatury. Je určitě velice zajímavou otázkou, zda-li k něčemu takovému vůbec má nebo nemá oprávnění. Tímto se ale tento text zabývat nebude a bude vycházet z předpokladu, že názory Ústavního soudu lze považovat za autoritativní ve vztahu k obecným soudům, protože faktická situace tomuto víceméně odpovídá.

2. KONTINUUM NORMATIVNÍCH HODNOT

V kontinentálních právních systémech, kam spadá i právní systém České republiky (dále jen ČR), je formální závaznost judikatury všeobecně popírána. Soudní rozhodnutí jsou sice závazná pro účastníky řízení, v naprosté většině případů již však nejsou závazná pro další soudní rozhodování. To lze tvrdit, pokud se přidržíme zažité kontinentální dichotomie

závazný právní argument vs. nezávazný právní argument. Pokud však připustíme, že kontinentální pojetí závaznosti je pouze součástí určitého kontinua normativních hodnot, zjišťujeme, že i kontinentální „nezávazná“ judikatura nese jistou normativní hodnotu, která dále určuje, zda může soud při svém rozhodování předchozí judikaturu úplně ignorovat, nebo se s ní musí určitým způsobem vypořádat.

V nedávné době se začaly v evropském i českém právním prostředí objevovat hlasy¹ upozorňující na to, že kontinentální pojetí závaznosti není to jediné a že například země anglosaského právního systému rozumí pod závazností něco mnohem flexibilnějšího. Tvrdí-li, že jejich judikatura – precedenty jsou závazné, nemusí tím mít vždy na mysli pouze formální závaznost, která nepřipouští žádné odchylky, ale mohou tím vyjadřovat i určitý argumentační koncept.

Aleksander Peczenik navrhuje ve své práci *The Binding Force of Precedent*² stupnici – kontinuum různých možností zavazující síly judikatury (precedentu) – tzv. normativních hodnot. Pro tuto škálu je typické, že kontinentální formální závaznost je pouze jedním článkem kontinua mezi více druhy závaznosti. Tato škála vypadá následovně:³

1. Formální závaznost: rozhodnutí nerespektující takový precedent je považováno za protiprávní a v případě odvolání bude zrušeno.
 - a. formálně závazný precedens, který není možné změnit ani soudem, který ho vydal,
 - b. formálně závazný precedens, který je možné změnit.
2. Normativní síla: rozhodnutí není formálně závazné a jeho nenásledování není protiprávní, ale bude s největší pravděpodobností kritizováno a může být v odvolacím řízení zrušeno či změněno.
 - a. podmíněná normativní síla – soudce by měl aplikovat precedens pokud není dána určitá výjimka,
 - b. normativní síla, která je předmětem poměrování⁴ – soudce by měl aplikovat precedens pokud se nenajdou důvody, které převáží ve prospěch opaku.
3. Podpůrný argument: rozhodnutí není ani formálně závazné, ani nemá normativní sílu. V tomto případě následování precedentu může pouze dodat váhy rozhodnutí, opak není ani protiprávní ani odvolacím důvodem.

¹ Viz především Kühn, Z., Bobek, M., Polčák, R. (eds.). *Judikatura a právní argumentace. Teoretické a praktické aspekty práce s judikaturou*. Praha: Auditorium, 2006 nebo Kühn, Z. *Aplikace práva ve složitých případech. K úloze právních principů v judikatuře*. Praha: Karolinum, 2002.

² Peczenik, A. *The Binding Force of Precedent*. In MacCormick, N., Summers, R. S. (eds.). *Interpreting Precedents. A Comparative Study*, Dartmouth: Aldeshot, 1997, s. 461 - 479. V této citované práci editované MacCormickem a Summersem se jako pojem zastřešující jednotlivé stupně závaznosti používá na různých místech *síla*, *hodnota* nebo *normativita*. Vzhledem k tomu, že se tyto výrazy potom objevují i v pojmenováních jednotlivých stupňů závaznosti, používá tato práce jako zastřešující pojem *normativní hodnota*.

³ Peczenik, A. *The Binding Force of Precedent*. In MacCormick, N., Summers, R. S. (eds.) *Interpreting Precedents. A Comparative Study*, Dartmouth: Aldeshot, 1997, s. 462 a násl.

⁴ Pro pojmy *defeasible force* a *outweighable force* bylo použito překladu Z. Kühna podle *Aplikace práva ve složitých případech. K úloze právních principů v judikatuře*. Praha: Karolinum, 2002, s. 274 - 275.

4. Příkladná nebo jiná hodnota

Tyto normativní hodnoty představují koncepty závaznosti, které nejsou naší právní kultuře úplně neznámé. Formální závaznost je nám nejbližší: jde o typickou závaznost kodexů. Ani normativní síla není nový pojem: Georg Jellinek použil pojem normativní síla skutečnosti pro označení situací, které svým vlastním působením, tedy svou vlastní silou, mění právo.⁵ Ani pojmy podpůrný argument a příkladná hodnota nejsou ničím novým, že by ale mohly být považovány za formu závaznosti už našemu právnímu myšlení tak blízké není. Tato stupnice může představovat výchozí pozici pro hodnocení normativity české judikatury, protože umožňuje opustit zažitě pojmové vnímání a přesněji popsat její normativní působení.

3. NORMATIVNÍ HODNOTA ČESKÉ JUDIKATURY

Dikce české Ústavy se zdá být poměrně jasná. Při rozhodování váže soudce pouze zákonem a mezinárodní smlouvou, která je součástí právního řádu, přeneseně potom i ústavním pořádkem. Často se tedy soudci odmítají z důvodu jejich formální nezávaznosti zabývat různými dalšími argumenty, (předchozí judikaturou, právními principy, společensky uznávanými hodnotami apod.), které mají k dispozici.⁶

Budeme-li hovořit o judikatuře a její normativní hodnotě v českém právním prostředí, zpravidla tím budeme myslet judikaturu ustálenou, nikoli jednotlivá rozhodnutí. Ačkoli je ustálená judikatura pojem běžně užívaný, v řadě případů může být zavádějící. Ustálenost implikuje větší množství podobně řešených případů v delším časovém období, tvořících určitou linii rozhodování. Ve skutečnosti se však často o takovou linii nejedná a odkazy na ustálenou judikaturu mohou představovat i připomínku jednoho či dvou rozhodnutí.⁷

3.1 PŘÍKLADNÁ NEBO JINÁ HODNOTA

Nic nebrání tomu, aby i v systému, který popírá jakoukoli závaznost dřívější judikatury, měla judikatura hodnotu ilustrativní. Soudci mohou dřívější judikaturu citovat pouze jako příklady, ať už rozhodnutí následovatelných nebo naopak odstrašujících. V české praxi se podobné citace objevovaly už za první republiky a s mírnou přestávkou v druhé polovině 20. století se v tomto smyslu objevují dodnes.

3.2 PODPŮRNÝ ARGUMENT

Argumentace judikaturou je v poslední době stále častější, což může souviset i s rozšiřující se publikací judikatury. Strany se v řízení před soudem mohou dovolávat dřívějších rozhodnutí, stejně jako soudce v odůvodnění svého rozhodnutí může předchozí judikaturu citovat. Pokud tak učiní, může to dodat rozhodnutí váhu, neučiní-li tak, nemá to za následek protiprávnost rozhodnutí. Jako podpůrné argumenty mohou sloužit i rozhodnutí soudů z jiných států (například v ústavním soudnictví nalezneme odkazy na zahraniční judikaturu nebo judikaturu mezinárodních soudů) nebo i judikatura velice stará (v oblasti obchodní justice se objevují

⁵ Viz Knapp, V. Teorie práva. Praha: C. H. Beck, 1995.

⁶ Srov. Kühn, Z. Aplikace práva soudcem v éře středoevropského komunismu a transformace. Analýza příčin postkomunistické právní krize. Praha: C. H. Beck, 2005, marg. 359 - 361.

⁷ Šimíček, V. Předvídatelnost soudního rozhodování. Jurisprudence, 2004, č. 5, s. 8.

odkazy na judikaturu před rokem 1948). Podpůrně také působí argumentace judikaturou soudu nižšího v rozhodování soudu vyššího.⁸

Domnívám se, že ve všech právních systémech kontinentu dosahuje judikatura minimálně hodnoty podpůrného argumentu. Pro situaci v České republice vyplývá z mnoha rozhodnutí Ústavního soudu, že judikatura je ještě závaznější, a sice má jistou normativní sílu.

3.3 NORMATIVNÍ SÍLA

Normativní síla znamená takovou váhu dřívějšího rozhodnutí, která, pokud se s ním soudce náležitým způsobem v odůvodnění nevypořádá, může zakládat odvolací důvod. Soudce musí zvažovat, zda je dřívější judikatura na rozhodovanou kauzu aplikovatelná, zvážit použitelné právní principy, společenský vývoj apod.⁹ V českém právu neplatí, že by se soudy, včetně toho nejvyššího, nemohly od své a od judikatury vyšších soudů odchylovat. To ale neznamená, že by judikatura (a to především vyšších soudů) byla zcela irelevantní. Takový je i postoj Ústavního soudu. Ten připodobňuje nerespektování ustálené judikatury k nerespektování jiných právních norem a spravedlivost rozhodnutí je dáována mimo jiné do souvislosti s respektováním ustálené rozhodovací praxe. Tvrdí, že může být považováno za protiústavní, pokud soud rozhoduje v rozporu s ustálenou judikaturou (například Nejvyššího soudu ČR) „aniž by (...) dostatečným způsobem vyložil důvody, pro které ustálenou rozhodovací praxi odmítá (...)“¹⁰ Pokud tedy soudce nedovodí neaplikovatelnost judikatury, musí právní názory ustálené judikatury použít. K závaznosti judikatury obecně se vyjadřuje i v dalším svém nálezu, kde konstatuje, že:

„(...) již učiněný výklad by měl být, nedojde-li k následnému shledání dostatečných relevantních důvodů podložených racionálními a přesvědčivějšími argumenty, ve svém souhrnu více konformnějšími s právním řádem jako významovým celkem a svědčícími tak pro změnu judikatury, východiskem pro rozhodování následujících případů stejného druhu, a to z pohledu postulátů právní jistoty, předvídatelnosti práva, ochrany oprávněné důvěry v právo (oprávněného legitimního očekávání) a principu formální spravedlnosti (rovnosti).“¹¹

Tyto myšlenky Ústavní soud rozvedl i v nálezu IV. ÚS 301/05, kde výše citované požadavky opět odůvodňuje našemu právnímu prostředí známými principy jako jsou princip právní jistoty, princip předvídatelnosti nebo princip legitimního očekávání.

Oproti tomu Ústavní soud varuje před bezmyšlenkovitým následováním judikatury a zdůrazňuje, že v situaci, kdy soudce zvažuje aplikovatelnost předchozí judikatury, musí zvažovat i aktuální společenskou situaci a to, zda je ustálená judikatura stále ještě „ustálená,“ protože by „měl (...) mít na zřeteli, že její ustálenost a platnost jsou odvislé od vývoje, který

⁸ Kühn, Z. Nová koncepce normativity judikatury obecného soudnictví na pozadí rozhodnutí Ústavního soudu. Právní rozhledy, 2001, č. 6, s. 266.

⁹ V kontinentálním právním systému, tedy i v českém právním systému, se uplatňuje princip formální spravedlnosti a hodnota právní jistoty, tedy i potřeba předvídatelnosti práva. Z těchto zásad vyplývá, že pokud soudce aplikuje neurčité právní ustanovení pro jednu kauzu jedním způsobem, musí pro stejnou, pozdější kauzu aplikovat právo tímž způsobem, nedovodí-li ovšem oproti předchozí situaci relevantní rozdíl. Srov. Kühn, Z. Nová koncepce normativity judikatury obecného soudnictví na pozadí rozhodnutí Ústavního soudu. Právní rozhledy, 2001, č. 6, s. 266.

¹⁰ Např. nálezy Ústavního soudu ze dne 25. 11. 1999, sp. zn. III. ÚS 470/97.

¹¹ Viz nálezy Ústavního soudu ze dne 25. 1. 2005, sp. zn. III. ÚS 252/04, zvýraznění doplněno.

je odrazem daných společenských a ústavněprávních podmínek.“¹² Zdůrazňuje také, že soudce není formálně vázán při rozhodování ničím jiným, než zákonem a mezinárodní smlouvou podle čl. 95 Ústavy.

Z těchto názorů konstatovaných v nálezech Ústavního soudu lze tedy dovodit, že v českém právu má judikatura (a to především nejvyšších soudů a ve své ustálené podobě) normativní sílu. Pokud bych ji měla zařadit do stupnice tak, jak ji představuje A. Peczenik,¹³ kloním se k názoru, že se jedná o tzv. normativní sílu, která je předmětem poměrování (outweighable force), což vyplývá především z výše citovaných nálezů (III. ÚS 252/04 a IV. ÚS 200/96) a jejich požadavků vždy zvažovat, zda je relevantní ustálená judikatura stále relevantní i v aktuálním stavu společenského vývoje, a v případě že tomu tak stále je, její právní názor aplikovat na řešenou kauzu. Pokud soudce shledá, že judikatura na danou kauzu aplikovatelná není, musí tento svůj postoj náležitě odůvodnit (III. ÚS 470/97).

3.4 FORMÁLNÍ ZÁVAZNOST

I v českém právním prostředí existují rozhodnutí soudu, která jsou závazná i ve formálním smyslu. Pomineme-li fakt, že každé soudní rozhodnutí je závazné pro účastníky řízení, kteří jsou povinni chovat se podle toho, co jim soud uloží, jsou závazná pro další rozhodování soudů kasační rozhodnutí (i když pouze v rámci dané věci) všech soudů. Tato závaznost je nezpochybnitelná v tom smyslu, že je stanovena zákonem. Závazná jsou i rozhodnutí Ústavního soudu, kterými se ruší právní předpisy – představují výrazný zásah do právotvorby jako takové. Co se týče závaznosti ostatních nálezů Ústavního soudu (tedy především nálezů ve věcech ústavních stížností), v souvislosti s její normativitou se mluví o jejich precedenčních účincích.

Při úvahách o precedenčním působení nálezů Ústavního soudu je třeba vycházet z toho, že celý právní řád má být založen na principu vnitřního souladu (konzistence) a hierarchického uspořádání a dále z předpokladu, že soudy jsou při svém rozhodování vázány nejen zákony a mezinárodními smlouvami, ale také ústavním pořádkem.¹⁴ Vzhledem k tomu, že je Ústavní soud hlavním interpretem ústavního pořádku, měly by se obecné soudy při svém rozhodování řídit ústavním pořádkem tak, jak jej vyložil Ústavní soud. Navíc, jak vyplývá ze soudní hierarchie a z existence opravných prostředků a jak také Ústavní soud konstatoval, soudce si musí být vědom toho, že pokud právní názor Ústavního soudu ČR v konkrétním případě nehodlá vzít na vědomí, Ústavní soud bude v případné ústavní stížnosti s největší pravděpodobností judikovat ve smyslu svého předchozího rozhodnutí.¹⁵ V jiném případě také Ústavní soud konstatoval, že pokud nebudou obecné soudy přihlížet k porušení základních práv a svobod, a to především pokud již bylo takové porušení vysloveno Ústavním soudem, dochází k porušení čl. 89 odst. 2 Ústavy.¹⁶ Celá tato argumentace se tedy pohybuje v intencích již zmíněných principů právní jistoty, předvídatelnosti a principu legitimního očekávání, což nejsou principy našemu právnímu myšlení cizí.

¹² Viz náleží Ústavního soudu ze dne 21. 11. 1996, sp. zn. IV. ÚS 200/96.

¹³ Peczenik, A. The Binding Force of Precedent. In MacCormick, N., Summers, R. S. (eds.) *Interpreting Precedents. A Comparative Study*, Dartmouth: Aldeshot, 1997, s. 462 a násl.

¹⁴ Šimíček, V. *Ústavní stížnost*. 3. vydání, Praha: Linde, 2005, s. 293.

¹⁵ Viz náleží Ústavního soudu ze dne 18. 3. 1997, sp. zn. I. ÚS 70/96.

¹⁶ Viz náleží Ústavního soudu ze dne 12. 9. 1995, sp. zn. II. ÚS 76/95.

Jakkoli byl Ústavní soud ve vyjádřeních k precedenční závaznosti svých nálezů zdrženlivý, v poslední době se zdá, že se k němu více přiklání. Již dříve citovaný náleze III. ÚS 252/04 tak například jasně tvrdí, že pokud soud nereflektuje pro danou věc relevantní právní názor Ústavního soudu, porušuje tím čl. 89 odst. 2 Ústavy. V tomto směru přiznal precedenční účinek nálezům Ústavního soudu i Nejvyšší správní soud, když konstatoval, že

„právní doktrína i soudní praxe postupem času po bouřlivých diskusích dospěly k závěru a dnes všeobecně uznávají i to, že právní názor (tj. zobecnitelné pravidlo chování) vyjádřený v určitém rozhodnutí Ústavního soudu je autoritativním (a v tomto smyslu závazným) vodítkem pro budoucí posuzování jiných obdobných případů; *v tomto smyslu mají rozhodnutí Ústavního soudu povahu faktických precedentů.*“¹⁷

Precedenční povaha – a jejich formální závaznost – nejvyšší stupeň normativní hodnoty – nálezů Ústavního soudu je však stále částí právní veřejnosti popírána. Mezi důvody jsou uváděny zejména restriktivní výklad čl. 89 odst. 2 Ústavy, podle kterého se závaznost rozhodnutí vztahuje pouze na jeho výrokovou část, dále povaha Ústavního soudu jako hraničního orgánu, proti jehož rozhodnutí již není ve vnitrostátním právu opravný prostředek, nebo narušení soudcovské nezávislosti.¹⁸

Formální závaznosti se blíží i postoj, který vyslovil v jednom svém rozhodnutí Nejvyšší správní soud. Zde se nejednalo o povahu nálezů Ústavního soudu, ale o povahu rozhodnutí Nejvyššího správního soudu samotného. Rozhodnutí, které bych zde ráda zmínila, výslovně konstatuje, že krajské soudy jsou vázány judikaturou Nejvyššího správního soudu:

„[z]ajišťování jednoty judikatury je úkolem nejen pro samotný Nejvyšší správní soud, ale též pro krajské soudy, byť se každý z nich na dosahování tohoto cíle podílí jiným způsobem: zatímco Nejvyšší správní soud případné rozpory v rozhodovací činnosti krajských soudů svou judikaturou odstraňuje, *krajské soudy jsou povinny tuto judikaturu znát a řídit se jí*; v žádném případě nemohou zaujímáním protichůdných názorů zakládat nové rozpory v judikatuře, a zvyšovat tím právní nejistotu. Ze samotného § 12 s. ř. s. tedy lze dovodit, že je v něm implicitně vyjádřena povinnost krajského soudu řídit se právním názorem Nejvyššího správního soudu též v obdobných věcech.“¹⁹

Takto Nejvyšší správní soud vede krajské soudy k respektování vlastní judikatury a vkládá do českého právního systému prvky systému precedenčního, když tvrdí, že „krajský soud (...) je vázán právním názorem nejen tehdy, vyslovil-li jej Nejvyšší správní soud ve zrušovacím rozhodnutí v konkrétní věci, ale je povinen se jím řídit i při rozhodování v obdobných věcech.“

¹⁷ Rozsudek Nejvyššího správního soudu ze dne 2. 6. 2005, čj. 2 Afs 37/2005-82, zvýraznění doplněno.

¹⁸ Viz Holländer, P. Ústavněprávní argumentace. Ohlédnutí po deseti letech Ústavního soudu, Praha: Linde, 2003, s. 79.

¹⁹ Viz rozsudek Nejvyššího správního soudu ze dne 16. 8. 2006, sp. zn. 1 Aps 2/2006-68 (nepublikováno), zvýraznění doplněno. Toto rozhodnutí nakonec nebylo schváleno k publikaci, což znamená, že se s ním neztotožňuje celý soud. Přesto ale zůstává rozhodnutím jediného senátu, který tak dal najevo, jakým způsobem hodlá zřejmě judikovat i v budoucnosti.

4. POUŽÍVÁNÍ JUDIKATURY V ROZHODOVACÍ PRAXI SOUDŮ

Jak bylo naznačeno, nálezy Ústavního soudu, a mnohdy i rozhodnutí Nejvyššího soudu a Nejvyššího správního soudu, jsou mnohými považovány za faktické precedenty. I když psané právo ČR neposkytuje pro formální závaznost judikatury vyšších soudů téměř žádnou oporu, soudy se chovají tak, jako kdyby tomu tak bylo. Je možné tvrdit, že určitý nezanedbatelný vliv na tuto situaci má i zvláštní postavení Nejvyššího soudu a Nejvyššího správního soudu, které mají možnost rozhodovat nejen retrospektivně (napravovat dřívější pochybení nižších soudů a tímto způsobem tak sjednocovat judikaturu), ale i prospektivně, a to ve formě tzv. jednotlicích stanovisek.²⁰ Sjednocování judikatury slouží k omezování rozptylu, který judikatura nižších soudů vydaná na základě téže právní normy vykazuje. Tato nejednotnost judikatury většinou nespočívá v nesprávné aplikaci práva, ale jde o nejednotnost, ke které dochází v mezích, které obecně formulovaná norma poskytuje.²¹ Nejvyšší soudy tak dávají najevo, jakým způsobem judikují a jakým způsobem hodlají judikovat s největší pravděpodobností i v budoucnosti. Nižší soudy pak rozhodují s vědomím tohoto faktu. Protože nechtějí, aby jejich rozhodnutí byla rušena a protože většinou nemají prostor vysvětlovat svůj odlišný názor, rozhodnou v souladu s judikaturou vyšších soudů.

K používání judikatury na nižších stupních tak dochází nejčastěji v následujících případech:

- a. v případě zrušení rozhodnutí odvolacím (nebo dovolacím) soudem (vázanost právním názorem);
- b. v případě, že existuje určitý názor vyššího soudu a soudci jsou si vědomi toho, že pokud se nebudou držet právního názoru Nejvyššího soudu, strany samy se ho budou dožadovat tak dlouho (pomocí opravných prostředků), až jim nakonec dá sám Nejvyšší soud za pravdu (pokud nedojde oficiální cestou ke změně takového právního názoru);
- c. v případě, že si soudci neví rady. Zákonné ustanovení může nabízet několik možných výkladů, nebo skutková situace může být natolik komplikovaná, že se soudce potřebuje někde inspirovat.

Stává se ale, že někteří soudci používají předchozí judikaturu i v tzv. jednoduchých případech. Nabízí se otázka, proč tak činí? Jednou z možných odpovědí může být i přetíženost soudů, kdy soudci nemají dostatek času a prostoru k důkladné analýze případu. S rostoucí elektronickou dostupností judikatury je tedy mnohem snadnější a časově nenáročnější vyhledat si relevantní judikaturu a podle ní rozhodnout. Přetíženost soudů má i jiné následky než takovéto používání judikatury. Ačkoli jsou i prvostupňové soudy oprávněny pokusit se vyvolat změnu v judikatuře vyšších soudů, nečiní tak právě z nedostatku času. Za

²⁰ Na tomto místě je třeba zmínit, že možnost vydávat tato stanoviska je odklonem od tradičního pojetí soudce, který sice může právo vytvářet či dotvářet, vždy ale jen v souvislosti s konkrétním případem. Tento přístup má sice svá pozitiva v poskytnutí příležitosti nejvyšším soudům sjednocovat i takové věci, které se k němu nedostanou běžnou procedurou, zdá se ovšem být v rozporu s rolí soudce jak v angloamerickém, tak v kontinentálním právním systému (s tímto postojem se ztotožňuje i autorka tohoto textu). Je paradoxní, že tato závazná stanoviska jsou českou právní vědou přijímána téměř automaticky, zatímco se urputně „brání uznání (...) byť jen limitované závaznosti právních názorů Ústavního soudu.“ Viz Kühn, Z., Bobek, M., Polčák, R. (eds.). *Judikatura a právní argumentace. Teoretické a praktické aspekty práce s judikaturou*. Praha: Auditorium, 2006, s. 51.

²¹ Srov. Zoulík, F. *Teoretické problémy sjednocování judikatury*. Právník, 1970, sv. 109, s. 652 - 653.

předpokladu, že se od běžného soudce okresního soudu očekává asi třicet vyřízených případů měsíčně, pro zásadní prolamování judikatury či polemizování s ní jim nezbyvá čas. A tak se od nich ani nic takového nečeká.

Normativní hodnota, kterou judikatura v obecném soudnictví má, je tedy výsledkem požadavku právní jistoty, který Ústavní soud konkretizuje ve svých rozhodnutích a který se tak, vzhledem k samotné normativní hodnotě ústavněprávní judikatury, stává závazným pro obecné soudy. Dále pak vyplývá z jisté spontánnosti v praktické akceptaci judikatury.

4.1 PRAKTICKÝ PŘÍKLAD POUŽÍVÁNÍ JUDIKATURY NEJVYŠŠÍHO SOUDU

Na tomto místě jsem pro ilustraci vybrala typický příklad soudní práce s judikaturou, který však měl pro jednu ze stran nepříjemné následky.

Žalobce uzavřel s žalovaným pracovní smlouvu na dobu neurčitou a zároveň i nájemní smlouvu na byt, a to na dobu, po kterou bude pracovní poměr trvat. Pracovní poměr skončil a žalovaný se odmítal vystěhovat. Proto žalobce podal žalobu. Domníval se, že taktovým způsobem uzavřená nájemní smlouva zakládá nájem na dobu určitou, a proto požadoval vyklizení bytu. Protože nevěděl, zda se soud ztotožní s tímto jeho názorem, zahrnul do žaloby i eventuální petit, požadující pro případ, že soud dospěje k názoru, že jde o smlouvu na dobu neurčitou, i přivolení k výpovědi z nájmu bytu. Soud prvního stupně dospěl k závěru, že se jedná o nájem na dobu neurčitou a k vyklizení tak není žádný důvod. Zároveň zamítl i žádost o přivolení k výpovědi. Soud druhého stupně se ztotožnil s názorem soudu prvního stupně v tom, že se skutečně nejedná o nájem na dobu určitou, ale o nájem na dobu neurčitou. V této fázi do tohoto případu vstupuje judikatura Nejvyššího soudu. Odvolací soud se ve své argumentaci začal dovolávat jeho ustálené judikatury. Jako příklad si zvolil rozsudek Nejvyššího soudu, sp. zn. 2 Cdon 1574/96, který konstatoval, že „smlouvou o nájmu bytu uzavřenou na dobu trvání pracovního poměru nájemce, který byl sjednán na dobu neurčitou, se nezakládá nájem na dobu určitou.“²² Ačkoli je z odůvodnění rozsudku patrné, že soud bere v úvahu i právní názor žalobce, uvádí, že se „judikatura vydala jiným směrem“ a soud „nevidí důvod, proč se od tohoto výkladu a těchto závěrů Nejvyššího soudu ČR (které přesně dopadají na tuto věc) odchylovat.“²³ V eventuálním požadavku žalobce (přivolení k výpovědi z nájmu bytu) soud rozhodnutí zrušil a vrátil věc soudu prvního stupně. Ten tedy přivolił k výpovědi z nájmu bytu s tím, že má žalobce povinnost přidělit žalovanému rovnocenný náhradní byt. Žalobce, přesvědčený o existenci důvodů k přiznání jiné než rovnocenné bytové náhrady, opět podal odvolání.

Odůvodnění rozsudku soudu druhého stupně se z velké části zabývá právě judikaturou. Mimo jiné k předchozímu druhostupňovému rozhodnutí uvádí, že se soud cítil vázán judikaturou Nejvyššího soudu právě proto, že se nejednalo o ojedinělý názor, nýbrž o ustálenou judikaturu a s touto její vázaností se ztotožňuje. V mezidobí (mezi rozhodnutím o prvním odvolání a rozhodnutím o druhém odvolání) došlo ke změně právního názoru Nejvyššího soudu. Velký senát občanskoprávního kolegia ve svém rozhodnutí sp. zn. 31 Cdo 513/2003²⁴ uvedl, že nájem na dobu určitou lze dohodnout i tak, že jeho skončení lze vázat „konkrétním datem

²² Viz rozsudek Nejvyššího soudu ze dne 30. 9. 1998, sp. zn. 2 Cdon 1574/96, publikovaný v časopise Soudní judikatura č. 10/1999, pořadové číslo 99.

²³ Viz rozsudek Krajského soudu v Brně ze dne 19. 5. 2004, sp. zn. 19 Co 260/2002 (nepublikováno).

²⁴ Viz rozsudek Nejvyššího soudu ze dne 22. 6. 2006, sp. zn. 31 Cdo 513/2003, publikovaný v časopise Soudní judikatura č. 9/2005, pořadové číslo 133.

neurčitelnou objektivně zjistitelnou skutečnost, z níž je možné bez pochyb zjistit, kdy nájemní poměr skončí.“ Odvolací soud pak výslovně uvádí, že mu nezbyvá, než zamítnout i přivolení k výpovědi z nájmu bytu, protože „je vázán právním názorem Nejvyššího soudu.“²⁵ Tímto rozhodnutím se žalobce dostal do velice svízelné situace. Jeho původní právní názor je sice v současné době i názorem Nejvyššího soudu, vyklizení bytu se však už nedovolá, protože se jedná o překážku věci rozsouzené. K výpovědi z nájmu bytu mu soud nepřivoliil právě kvůli změně judikatury. Ačkoli podal dovolání k Nejvyššímu soudu, nemá v současné době právní prostředky k tomu, aby žalovaného z bytu dostal, čímž je výrazně omezen v dispozici se svým majetkem.

Ani jedno z rozhodnutí s judikaturou Nejvyššího soudu nepolemizuje, pouze uvádí, že nevidí důvody proč se od ní jakkoli odchylovat a že jsou jí vázány. Soudy navíc uznávají ustálenost právního názoru jako faktor podmiňující vyšší závaznost (tedy vyšší normativní hodnotu) judikatury.

5. ZÁVĚR

Česká judikatura má nepochybně určitou normativní sílu, která se projevuje především v tom, že nižší soudy se při svém rozhodování musí vypořádat s aktuální judikaturou vyšších soudů. Ačkoli tento názor není v teorii ničím novým a v podstatě popisuje převažující faktickou situaci, praxe se s ním smiřuje jen velmi těžko: pojetí formální kodexové závaznosti je u nás příliš zažitá a soudům povětšinou činí problémy přijmout koncept argumentační závaznosti. Domnívám se proto, že je třeba tyto skutečnosti neustále připomínat a tím tak dávat najevo, že nejde o nějaké novátorství či dokonce zavádění precedenčního systému do českého právního prostředí. Jde o pojmenovávání jednoho – zřejmě žádoucího – směru současné roztříštěné praxe, která by se pro dobro účastníků řízení měla sjednotit.

Literatura:

- Holländer, P. Ústavněprávní argumentace. Ohlédnutí po deseti letech Ústavního soudu, Praha: Linde, 2003, 104 s. ISBN 80-86131-37-8.
- Knapp, V. Teorie práva. Praha: C. H. Beck, 1995, 247 s. ISBN 80-7179-028-1.
- Kühn, Z. Aplikace práva soudcem v éře středoevropského komunismu a transformace. Analýza příčin postkomunistické právní krize. Praha: C. H. Beck, 2005, 222 s. ISBN 80-7179-429-5.
- Kühn, Z. Aplikace práva ve složitých případech. K úloze právních principů v judikatuře. Praha: Karolinum, 2002, 419 s. ISBN 80-246-0483-3.
- Kühn, Z. Nová koncepce normativity judikatury obecného soudnictví na pozadí rozhodnutí Ústavního soudu. Právní rozhledy, 2001, č. 6, s. 265 – 269, ISSN 1210-6410.
- Kühn, Z., Bobek, M., Polčák, R. (eds.). Judikatura a právní argumentace. Teoretické a praktické aspekty práce s judikaturou. Praha: Auditorium, 2006, 234 s. ISBN 80-903786-0-9.

²⁵ Viz rozsudek Krajského soudu v Brně ze dne 14. 6. 2006, sp. zn. 19 Co 318/2005 (nepublikováno).

- McCormick, N., Summers, R. S. (eds.). *Interpreting Precedents. A Comparative Study*, Dartmouth: Aldeshot, 1997, 585 s. ISBN 9781855216860.
- Šimíček, V. Imperativ ústavně konformní interpretace a aplikace právních předpisů. *Právník*, 1999, č. 12, s. 1081 – 1093, ISSN 0231-6625.
- Šimíček, V. Předvídatelnost soudního rozhodování, *Jurisprudence*, 2004, č. 5, str. 7 – 11, ISSN 1212-9909.
- Šimíček, V. *Ústavní stížnost*. 3. vydání, Praha: Linde, 2005, 360 s. ISBN 80-7201-569-9.
- Zoulík, F. Teoretické problémy sjednocování judikatury. *Právník*, 1970, sv. 109, s. 651 – 666, ISSN 0231-6625.

Kontaktní údaje na autora – email:

smejkalova@mail.muni.cz

I. CZDEKONSTRUKCE JAKO METODA POZNÁNÍ PRÁVA

MARTIN ŠKOP

Právnická fakulta Masarykovy univerzity, Česká republika

Abstrakt v rodném jazyce

Příspěvek se zabývá možným použitím dekonstrukce, jakožto metody, kterou lze poznat právo. Dotýká se tak nejen problematiky „vše dovoleno“, kterou dekonstrukce částečně popírá, ale také se věnuje tradici a vůbec prvkům zdánlivé přirozenosti, které mohou zakrýt samotnou podstatu práva. Dekonstrukce se tak pokouší odhalit právo v jeho podobě bez ospravedlňujících prvků.

Klíčová slova v rodném jazyce

Dekonstrukce, postmodernismus, právo, spravedlnost, tradice.

Abstract

The contribution deals with possibilities of using the deconstruction, as a method by mean of that we can find the law. It covers not only the question of “anything goes” – which is partly contradicted by deconstruction, but also follows the terms “tradition” or apparent naturalness, that have the potentiality to cover clear essence of law. The deconstruction tries to disclose the law in its pure form without any justifying components.

Key words

Deconstruction, postmodernism, law, justice, tradition.

Přítomnost dekonstrukce mezi metodami poznání práva není obvyklá. Problematické je již samo uchopení dekonstrukce jakožto metody. Obvykle totiž za metodu nebývá považována¹ a pro chápání dekonstrukce jakožto metody nám nedává mnoho důvodů ani sám Jacques Derrida. Přesto, že se dekonstrukce částečně brání metodologickému uchopení, snažme s ní pracovat jako s metodou, či jako se zvláštním postupem používání obvyklých nástrojů. Dekonstrukce se pak může stát opravdu zajímavým doplňkem poznávání práva.

Cílem, kterého se pokusím v rámci svého příspěvku dosáhnout, je poukázat spíše na možné pozitivní aspekty dekonstrukce. Přes určitý negativní aspekt plynoucí již ze samotné jazykové hříčky odlišující dekonstrukci od destrukce není dekonstrukce destruktivní. Jejím cílem není narušit autoritu práva obecně. Není to způsob rozbití či relativizace všech tradičních hodnot. Naopak – dekonstrukci můžeme vnímat jako pokus destabilizovat nihilismus². Dekonstrukce může poskytnout oporu před oním zdánlivě postmoderním karamazovským výkřikem „vše je dovoleno!“³. Právě destabilizací mytologie, kterou mylně vydáváme za přirozenou, se snaží zvrátit toto vyznění světa a pochopitelně práva. Derridův argument spočívá v tom, že myšlení je ustaveno spolu s diferencí, která není vidět, a jejíž odkrývání a současně zpochybňování

¹ Balkin, J.M.: Transcendental Deconstruction, Transcendental Justice. Michigan Law Review, 1994, č. 5, str. 1131.

² Zde můžeme operovat spíše s pojetím nihilismu podle Gianni Vattima, který je dekonstrukci blíže: „jako rozklad tzv. užité hodnoty, ve prospěch směnné hodnoty“ – Hauer, T.: S/krze postmoderní teorie, Praha: Karolinum, 2002, 227, 80-246-0545-7, str. 95.

³ Např. Dostojevskij, F.M.: Bratři Karamazovi, Praha: Academia, 2004, 855, 80-200-1226-5, str. 288.

hranic našeho myšlení je vyhrazeno pro dekonstrukci.⁴ Taková mytologie, takové neidentifikované a neidentifikovatelné hranice našeho myšlení jsou naopak tím, co ospravedlňuje cokoli – pak je vše dovoleno, neboť vše lze ospravedlnit. Mýtus totiž překoná a vysvětlí vše, a pokud jej nepodrobíme dekonstrukci, pak teprve bude vše dovoleno. Není proto nihilistická, ale naopak se pokouší být spravedlivá ke všem – i k tomu druhému.⁵

Vzhledem k určité nutné míře zjednodušení je dekonstrukci možno chápat jako metodu, kterou se odhalují skryté významy textu. Je nepodstatné, že Derrida částečně význam tohoto slova posouval a je rovněž nepodstatné, že do jisté míry pojmenováním okupoval metodu, která není tak neobvyklá, a jejíž prvky nalezneme v každém kritickém myšlení. Je však opět sporné, zda můžeme hovořit o dekonstrukci jako o metodě poznání práva. Právo je nepochybně spojeno s textovými vrstvami a předpokládám, že tedy není důvod nehovořit o ní ve spojitosti s právem. Otázkou však zůstává, zda můžeme poté ještě hovořit o právu – je možné hovořit o právu, když jej zbavíme jeho textového kontextu (okolí)? Předpokládám, že ano. Výsledkem by totiž mohla být ta pravidla či principy, které pocházejí z metaprávní oblasti a právo se nám tak projeví ve své skutečné podobě. Rovněž tak lze akceptovat snahu dekonstrukce pohlédnout na právo z jiného úhlu a poukázat na skrytá protivenství či přirozeně se tvářící prvky, které mohou znesnadnit aplikaci práva ve smyslu spravedlnosti. Derrida sám připouští existenci spravedlnosti, která se nemůže projevit pouze v pozitivním právu.⁶

Právo lze se nám zpočátku jeví jako psaný projev, který je však neuchopitelný jinak než bez interprete – právo existuje pouze jako vztahový pojem. Nemůže existovat samo o sobě, neprojevuje se totiž jinak než bez vztahů, které umožňují interpretaci. Již od počátku má tedy právo nestabilní hranice, které jsou pouze částečně limitovány textem – právo však nejenže není tento psaný projev, ale vlastně představa adresáta.⁷ V jiné podobě se právo v plné podobě nevyskytuje. Co tedy zůstane poté, kdy odstraníme z práva veškerý jeho kontext? Vlastně lze říci, že zůstane vše – odhalit neznamená vždy a pouze popřít či rozbít, ale také ukázat.⁸

1. CO JE TEDY DEKONSTRUKCE?

„Dekonstrukce odhaluje politiky, které jsou oporou filosofie, a tím, že se soustředí na jazyk, se pokouší odhalit, jak jsou tyto politiky zakryty.“⁹ Opět se vracíme k tématu, kterým je odhalování nejen politik, ale také ideologií v některých – případně všech – teoriích. Jde stále jen o to, pokusit se odkrýt, kde a jak číhají nástrahy textu, které nás nutí chápat určité sociální výtvořky a bariéry definované pouze v rámci určité společnosti jako pevně a neměnně dané. Dekonstrukce nám může pomoci odhalit, kam můžeme posunout hranice textu a tedy i společnosti. Bariéry, které se až doposud zdály neodstranitelné, mohou díky dekonstrukci padnout. Zátěž tvořená mnoha nánosy různých politik může být odhozena či alespoň

⁴ Derrida, J.: Texty k dekonstrukci, Bratislava: Archa, 1993, 336, 80-7115-046-0, str. 22.

⁵ Litowitz, D.: Postmodern Philosophy and Law, Lawrence: University Press of Kansas, 1997, 230, 0-7006-0857-5, str. 91.

⁶ Litowitz, D.: Postmodern Philosophy and Law, Lawrence: University Press of Kansas, 1997, 230, 0-7006-0857-5, str. 92; Derrida, J.: Síla zákona, Praha: OIKOYMENH, 2002, 88, 80-7298-049-1.

⁷ Ward, I.: Introduction to Critical Legal Theory. London: Cavendish Publishing, 2004, 234, 978-1-85941-928-1, str. 167.

⁸ Viz např. Derrida, J.: Gramatológia. Bratislava: Archa, 1999, 314, 80-7115-138-6, str. 22 - 23.

⁹ Ward, I.: Introduction to Critical Legal Theory. London: Cavendish Publishing, 2004, 234, 978-1-85941-928-1, str. 167.

rozpoznána a v rámci právního textu se lze dobrat spravedlivější interpretace respektující druhého mnohem více, než je obvyklé a než nám umožňují stávající hranice a meze. S dekonstrukcí se dostaneme i k hranici pravdy „Racionalita“ [...] která vedie takto rozšírené a radikalizované písmo, už nie je záležitosťou logoa a uvádza deštrukciu, nie zrútenie, ale de-sedimentáciu, de-konštrukciu všetkých významov, ktoré majú svoj zdroj v zdroji logos.“¹⁰ Dekonstrukce tak není rozbití, ale skutečné hledání dalších – skrytých – významů i v případech, které se nám jeví konečné. Vztah dekonstrukce a práva je však i nadále problematický. Derrida předpokládá, že neporozumění místu dekonstrukce v právu, je způsobeno tím, že dekonstrukce se přímo a primárně nedotýká partikulárních oprávnění, povinností či norem.¹¹ Její místo je skutečně v metaprávní sféře a pokouší se odhalit skutečné místo spravedlnosti v celém právním systému.

O tom, že dekonstrukce je použitelná i v právu nás ve svých textech dále přesvědčuje například Jack M. Balkin.¹² A to navzdory tomu, že Derrida, jak jsem uvedl výše, je skeptický ve směru použitelnosti dekonstrukce v právu, neboť tato nedokáže vždy posloužit jako metoda nalézání konkrétní a partikulární podoby práva a jeho prvků.¹³ Balkin¹⁴ mimo jiné podrobuje dekonstrukci jednoho soudního rozhodnutí, které podle jeho soudu vykazuje typický rozpor mezi tím, co se jeví jako přirozené – zde tradice – a tím, co je vydáváno jako lidský konstrukt. Není pro nás nyní relevantní podstata tohoto sporu, rozhodující pro nás je střet tradice, tedy prvku, který se jeví přirozený a lidským konstruktem – prvkem, jehož podstatou není přirozenost. Jde o spor časem prověřeného stabilního prvku, s prvkem dosazeným pouhým volným rozhodnutím. Správné se pochopitelně jeví ono tradiční, přirozené řešení, spíše než umělý arbitrární prvek lidského společenství. Podstatou analyzovaného rozhodnutí je tak snaha rozřešit pozici mezi stavem, který je přirozený a stavem, který je uměle vytvořený. Navíc v situaci, v níž soud postrádá oporu zákona či jiného vodítka, a která očekává jeho rozhodnutí. A to je místo, kde lze nahlédnout samu podstatu práva.

2. DEKONSTRUKCE JAKO METODA ODHALOVÁNÍ PRÁVA

Balkin se na tomto místě ptá „Co je tradice? Jak vymezujeme její hranice nebo důsledky, a jaký je její normativní status?“¹⁵ Dekonstrucí odhalený problém spočívá v relativitě tradice. Poskytneme-li tradici oporu, zvýhodňujeme ji oproti ostatním – tedy v podstatě likvidujeme ostatní relevantní tradice¹⁶ – a nemáme jistotu, zda oprávněně. Dodržovat tradici totiž samo o sobě nestačí. Podle Balkina je nezbytné být přesvědčen o její správnosti, o jejím

¹⁰ Derrida, J.: Gramatológia. Bratislava: Archa, 1999, 314, 80-7115-138-6, str. 19.

¹¹ Litowitz, D.: Postmodern Philosophy and Law, Lawrence: University Press of Kansas, 1997, 230, 0-7006-0857-5, str. 91.

¹² Balkin, J.M. Tradition, Betrayal, and the Politics of Deconstruction. Cardozo Law Review, 1990, č. 5 – 6, s. 1613 – 1630, Balkin, J.M. Transcendental Deconstruction, Transcendental Justice. Michigan Law Review, 1994, č. 5, s. 1131 – 1186, Balkin, J.M. Deconstructive Practice and Legal Theory. Yale Law Journal, 1987, č. 4, s. 743 – 786. Ale mimo Balkina lze najít užítí dekonstrukce i v Dalton, C. An Essay in the Deconstruction of Contract Doctrine. Yale Law Journal, 1985, č. 5, str. 997 – 1114.

¹³ Litowitz, D.: Postmodern Philosophy and Law, Lawrence: University Press of Kansas, 1997, 230, 0-7006-0857-5, str. 91. snad i Derrida

¹⁴ Balkin, J.M. Tradition, Betrayal, and the Politics of Deconstruction. Cardozo Law Review, 1990, č. 5 – 6, str. 1613 – 1630.

¹⁵ Tamtéž, str. 1617.

¹⁶ Viz např. Cover, R. Foreword: Nomos and Narrative. Harvard Law Review. 1983, č. 4, str. 40.

ospravedlnění. Pokud tomu tak není, tradice musí být odvržena jako sporná.¹⁷ Ale současně s konstruováním tradice se dostáváme do osidel textových vrstev. A jen proto, že právo učinilo krok směrem ke společnosti. Chtělo se jí přiblížit a zachovat konzervativní společnost s úctou k právu. Problém nespočívá v tom, že by právo nemělo sledovat to, co je tradiční, ale nutně musíme přistoupit na zpochybnění pevnosti takové tradice a její přirozené a nutné povahy nad něčím, co jako tradici neuznáme. Pokoušíme-li se nalézt správné právo, vystupujeme často do vztahu s tradicí.

Velmi podobné je to s normativní povahou tradice. Rozhodnutí opírající se o tradici se opírá o skutečnost spíše, než že by ji samo tvořilo.¹⁸ Jít proti tradici znamená tedy jít proti skutečnosti, což by neměl být úkol soudů. Balkinem kritizované rozhodnutí respektuje tradici, neboť to je podle něj vhodný důkaz o skutečnosti – soud nemá tvořit skutečnost, má ji vykládat. Balkin toto nezpochybňuje, pouze se táže po původu této tradice, a tedy této skutečnosti. Tradice je přece také lidský výtvor, tedy je možné ji dekonstruovat. Odvolávat se na ni jako na signál skutečnosti je nebezpečné. V tomto směru se jedná o přístup k tradici totožný s přístupem, který Derrida zvolil ve vztahu práva a dekonstrukce. Dekonstrukce práva je možná – spravedlnosti nikoliv.¹⁹ Přesvědčení o závaznosti, fakticita, uznání, stabilita jsou některé z mnoha prvků, které má tradice a právo společné. I tyto prvky lze dekonstruovat – to, nač se Derrida pokouší upozornit, je nebezpečí, které ospravedlňování práva prostřednictvím tradice může vyvolat. Ospravedlňovat právo, tím, že je tradiční a „přirozené“²⁰ je obvyklé a je to jeden z prvků stability práva. Ale nezpochybněním těchto pojmů se může stát, že ospravedlníme něco (právo) jen proto, že bude spojeno s těmito pojmy, což vlastně samo o sobě nic neznamená – vyprázdníme pojem práva. Právo je systém, který je jednoznačně konstruktem – můžeme se odvolávat na důvěru, kterou v nás vyvolává, víru, kterou v nás vzbuzuje, či stabilitu, kterou pro nás představuje, ale potřebujeme znát jejich meze. Ale je ošidné opírat právo o vnější prvky ospravedlnění, které jsou také konstrukty – v tomto případě tradice. Proto se nám po použití dekonstrukce může vyjevit samotná podstata práva, právo zbavené opět znovu a znovu konstruovaných, domněle přirozených, ospravedlnění.

Při své dekonstrukci se Balkin nechce nechat strhnout vírou v tradici a upozorňuje na její nebezpečnost. Tradice použité ve zmíněném rozhodnutí „zavánějí sexuální a kulturní netolerancí a téměř úmyslnou slepotou k mnoha odlišným vrstvám tradic a proti-tradic v americké společnosti.“²¹ Zde – ve formě interpretace – nacházíme jeden z možných smyslů dekonstrukce. Jak vidíme, to oč jí jde, opět není destrukce práva či soudního rozhodování. Je to jen zvláštní kritický přístup ke skutečnostem, které jsou podkladem rozhodnutí. Vyvážení všech protichůdných zájmů, které se zde střetávají – a to nikoli pouze mezi stranami sporu, ale všemi „tradicemi“, které mohou spor zasáhnout. Nejde zde ani o nemožnost rozhodnutí. Rozhodnutí musí být vyneseno, avšak zvýhodnění jedné ze stran nemůže být podepřeno pouze odkazem na správnost tradic či jiných mýtů, se kterými je společnost silně provázána. To můžeme chápat jako nikoli nový, ale zdůrazněný požadavek na soudce uvědomit si dosah

¹⁷ Balkin, J.M. Tradition, Betrayal, and the Politics of Deconstruction. *Cardozo Law Review*, 1990, č. 5 – 6, str. 1618.

¹⁸ Balkin, J.M. Tradition, Betrayal, and the Politics of Deconstruction. *Cardozo Law Review*, 1990, č. 5 – 6, str. 1615.

¹⁹ Derrida, J.: *Síla zákona*, Praha: OIKOYMENH, 2002, 88, 80-7298-049-1, str. 21.

²⁰ Zde nikoli jednoznačně ve významu tzv. přirozeného práva.

²¹ Balkin, J.M. Tradition, Betrayal, and the Politics of Deconstruction. *Cardozo Law Review*, 1990, č. 5 – 6, str. 1622.

svého rozhodnutí, které nezasahuje pouze zjevně zainteresované strany, ale nese v sobě určitý společenský význam. Nevysvětlené přiklonění se k určité tradici, je tak obvyklé, ale nemůže obstát před dekonstrukcí, která je zaměřena mimo jiné i na odhalování těchto skrytých postupů a skrytých významů. To, co se ukazuje jako nevýhoda postmodernismu, tak naopak může být výsadou soudce, který nebude pouze slepě přezírat i protiproudy ve společnosti, ale zhodnotí jejich dopad a význam i přes svůj osobní postoj. A nebo právě v souladu se svým osobním postem. Není vůbec podstatné, že pak rozhodne proti těm proudům, slabinou je, pokud je zlikviduje, aniž by se s nimi vypořádal.

Balkin uvádí, že v prvé řadě, dekonstrukce nabízí metodu ke kritice stávajících právních teorií a doktrín, dále může nabídnout obraz teorií, jako zatížených určitými ideologiemi, a nakonec dekonstrukce poskytuje novou interpretační strategii a kritiku konvenční interpretace.²² Již tato nabídka může být vnímána jako dostatečná. Není to nic, co by nebylo dříve – nedůvěra vůči teoriím – dekonstrukce však nabízí nástroj, kterým lze, jak jsme výše uvedli, napravit vztahy mezi pojmy. Nikoli ovšem ve slepé víře rozbít vše, co zde doposud bylo vytvořeno, ale pouze opravit, napravit či vylepšit (ve smyslu větší spravedlnosti mezi pojmy). Přizpůsobit teorie vnímání toho druhého a přivést jej zpět do práva.

Dekonstrukce může nabídnout ještě jeden užitečný nástroj v procesu poznávání práva. Právo by mělo být považováno za nástroj krajního řešení. Nástroj, který se použije až ve chvíli, kdy selže vše ostatní, počínaje dohodou stran či účastníků. Tím je ovlivněna i povaha předmětu právní regulace. Nemělo by v něm být příliš mnoho prvků – právo by mělo být, co do rozsahu, omezeným nástrojem, který má velmi omezený prostor. Přesto lze pozorovat určité rozpínání práva. Zasahuje do oblastí, které nejsou primárně právní (zejména v oblasti administrativy²³) a obsahuje i velmi detailní a kasuistickou úpravu. Každé takové rozpětí práva je ospravedlněno racionální úvahou. Není sporu o tom, že normotvůrce svou vůlí může zasahovat téměř do všech sfér a nepotřebuje pro svá rozepnutí žádná ospravedlnění. Přesto však je vhodné, aby jeho snaha byla racionální a zejména důvodná. Touto racionalitou pak dokáže překonat i příkaz směřující k tomu, aby práva bylo minimalistické a upravovalo pouze podstatu společenských vztahů a nikoli diktovalo nejmenší podrobnosti.

Právě k odhalení skutečných důvodů, ukrytých do hávu racionality, může posloužit dekonstrukce. Má tendenci rozebrat důvody až k tomu základnímu, obvykle podloženému něčím, co s racionalitou nemá nic společného. Opět zde není důvod uvažovat o tom, že se jedná o pokus o rozbítí úpravy – ačkoli zde je to takovému pojetí velmi blízké. Nikoli, snahou je pouze odhalit přirozené prvky racionality jako konstruované a podsouvané jako dokázané. Obvyklé, tradiční. Poukázat na pouze domnělou racionalitu podporující rozpínání práva a utvrzující jej v jeho tendenci dosáhnout téměř na každý společenský vztah. Tím se dekonstrukce vrací opět k samému základu práva a odkrývá skryté vady jeho ospravedlnění. Ale to opět nikoli výlučně jako metoda, ale jako idea této metody.

3. DEKONSTRUKCE A SPRAVEDLNOST

Základní otázkou, kterou Jacques Derrida ve svém klíčovém díle reflektujícím otázky práva, v přednášce dotýkající se síly zákona, řeší je, zda „vskutku dekonstrukce zajišťuje, dovoluje,

²² Balkin, J.M. Deconstructive practice and Legal Theory. Yale Law Journal, 1987, č. 4, str.744.

²³ Viz např. Foucault, M.: Governmentality. In Faubion, J.D. (ed.): Power: Essential Works of Foucault, 1954-1984, Volume III, , London: Penguin Books, 2000, 528, 15-6584-709-1.

opravňuje možnost spravedlnosti?“²⁴ Stejně jako on, ani my se nemůžeme zbavit vztahu mezi právem a spravedlností. Derrida hledá možnost vztahu mezi spravedlností a dekonstrukcí, mezi právem a dekonstrukcí. Hledá meze a podmínky spravedlnosti, které mu zřejmě dekonstrukce odhaluje. Dekonstrukce podle něj současně umožňuje a boří podmínky spravedlnosti. Záleží na tom, kdo ji hodnotí, zda její příznivec či odpůrce. Je stejně hrozbou pro spravedlnost a právo jako jejich nezbytným společníkem. Z toho lze usoudit, že dekonstrukce na tomto poli opravdu má význam.

Jednu věc nám však dekonstrukce může pomoci potvrdit již nyní. Postmodernismus se pokouší zkoumat vztahy přesně. Je v tomto směru velmi blízký právnímu uvažování – snaží se odhalit pravou podstatu věcí a nenechat se uspokojit pouze vnějšími vrstvami a prvky, které se vydávají za neměnné. Na rozdíl od právního uvažování však nezná meze – právo s mezemi počítá, operuje v rámci společnosti, je nástrojem, a proto se nemůže vyhnout těm mezím, které společnost určuje svým jednáním. Ale přesto dekonstrukce při zkoumání práva a spravedlnosti může nabídnout právu pohled „zvenčí“. Její podstatou je touha odhalit přesně pojivo, které spojuje jednotlivé pojmy. A umožnit právu poznat své hranice, a tím samo sebe. Proto musí jít dál, než je tomu obvyklé a než se spokojí obvyklé přístupy. Jejím úkolem není samoučelně rozvracet, ale spíše vysvětlovat i věci, které chápeme jako dané. I danost může mít svou společenskou podmíněnost. To je důvod, pro který dekonstrukci podle Derridy sužuje trýzeň. „Trýzní dekonstrukce, a to jak tou, kterou sama trpí, tak i tou, kterou trpí ti, jež trýzní ona, je patrně nepřítomnost pravidla a jistého kritéria pro nedvojznačné rozlišování mezi právem a spravedlností.“²⁵ Není to nic jiného než pevný bod, kterým by se dalo pohnout jak právem, tak spravedlností. Derrida zde nehledá nic jiného než vysvětlení, které by dokázalo od sebe odpoutat tyto dva pojmy a narýsovat tak mezi nimi jasný a přehledný vztah. Bez ohledu na problematiku přirozeného či pozitivního práva.²⁶

Místo dekonstrukce ve zkoumání práva dokládá také důležitost jazyka a porozumění při vydávání a přijímání zákona. Zákon totiž obvykle existuje pouze ve vztahu k těm, kteří mu rozumějí. Většinou, která rozumí, je stanoven zákon, a to i vůči menšině, která mu nerozumí. Vůči menšině však již nemůžeme zajistit chápání zákona a jeho autoritu plynoucí z jeho slov. Nutně přichází v úvahu násilí, jako garant zákona. Jako pevný bod, o který lze zákon opřít a použít jej i vůči těm, kteří nerozumí. Neporozumění zde není nutno chápat jako odlišný mateřský jazyk, ale jako jazyk jiné skupiny, jiné společenské vrstvy. Vzhledem k tomu, že pro následnou interpretaci je nezbytné kontinuum a odkaz k tomu, co je známé celé skupině, pak pro ty, kteří jsou zvnějšku, představuje výpověď zákona nepochopitelný příkaz. Příkaz, jemuž není možné porozumět, ale který je nutné uposlechnout, jinak nastoupí násilí za ním ukryté.

Kritickým zkoumáním se tak můžeme dobrat i skrytých praktik, které ovládají slova zákona a ukrývají jej před těmi, které je potřeba si podmanit. Je to výtku vůči dominantní kultuře a jí kladenému právu. Tím je však podkopávána autorita práva, která může vézt ve spravedlnosti. Pokud není právu rozumět, nemůže být spravedlivé. Neznamena to, že by právo přestalo být právem. „...Právo je vždy autorizovaná síla, jež si dává oprávnění nebo je oprávněna se uplatňovat, jakkoli může být z druhé strany toto oprávnění považováno za neoprávněné či

²⁴ Derrida, J.: Síla zákona, Praha: OIKOYMENH, 2002, 88, 80-7298-049-1, str. 7.

²⁵ Tamtéž, str. 8.

²⁶ Tuto problematiku Derrida zmiňuje ve zmíněné přednášce k Walteru Benjaminovi. Derrida, J.: Síla zákona, Praha: OIKOYMENH, 2002, 88, 80-7298-049-1.

neospravedlnitelné.²⁷ Vztah mezi právem a spravedlností existuje, spravedlnost však ani z Derridova pohledu není podmínkou práva. Právo může být i nesrozumitelné, jeho znakem však vždy musí být vynutitelnost. Přesto jsou tyto dva pojmy stále přibližovány a vzájemně se překrývají, a proto, podle Derridy musí dekonstruktivní tázání problematizovat právo a spravedlnost. Musí se pokusit odhalit jejich vazby a snad se i pokusit odpovědět na otázku, proč je právo spojováno se spravedlností, ačkoli jí není podmíněno.

Spravedlnost je i v Derridově pojetí dvojího druhu. Zákonná, tedy ta, která je vetknuta do zákona a nemůže se z něj vymanit. Derrida ji nazývá „spravedlnost jakožto právo“.²⁸ Vedle této spravedlnosti, která na sebe bere veškeré vlastnosti práva, tedy jeho nutnou vymahatelnost a nepřehlédnutelný vztah k síle, spravedlnosti, která je redukovatelná na formální vyjádření práva, tedy zákon, existuje i jiná spravedlnost. Navzdory podpoře Lyotardovy²⁹ teze o konci velkých příběhů, navzdory pokusu odhalit v pojmech skryté vazby a navzdory snaze poukázat na to, že obsahy „velkých“ pojmů, jsou vlastně prázdné, přichází Derrida i se spravedlností, která stojí mimo zákon. „... chci totiž hned teď upozornit na možnost spravedlnosti neboli zákona, který právo nejen přesahuje či popírá, ale který se k právu možná ani nevztahuje anebo má k němu vztah natolik zvláštní, že může právo stejně dobře vyžadovat, jako je vylučovat...“³⁰ Tím Derrida nejen staví rovnítko mezi zákonem a spravedlností a uvažuje o spravedlnosti jako o určujícím pravidlu, které však může být odlišné od zákona jakožto práva. Staví proti sobě zákon jako spravedlnost a zákon jako právo. Pohybujeme se však stále na úrovni oné spravedlnosti mimo zákon.³¹ Spravedlnost jako zákon je odlišná od zákona jako spravedlnosti. Spravedlnost jako zákon je nutno chápat jako spravedlnost uvězněnou v právu a jeho metafoře, zákonu. Zákon jako spravedlnost, může být i spravedlnost mimo právo. Je to spravedlnost, která se prosazuje jako pravidlo, a která umožňuje pocit, že je třeba (se) rozhodnout.

Ustavením spravedlnosti, která stojí mimo zákon, Derrida popírá tendenci chápat dekonstrukci a postmodernismus jako nástroje bez hodnot. Je-li možnost takové spravedlnosti, je možné, aby existovaly tyto hodnoty. Nejde proto o jejich čisté popření, ale jde o to připustit, že tyto hodnoty nemusí být stejně relevantní pro každého a dát mu prostor pro jeho hodnoty. Vždy ale v takové míře, aby nedošlo k popření či vyloučení našich základních hodnot. V takovém pojetí se vyhneme jak absolutnímu relativismu, tak nihilismu. V každém případě se Derrida, ačkoli je to z pohledu, který dekonstrukce vyvolává, neobvyklé, odvolává na spravedlnost, která je mimo právo. Odvolává se na spravedlnost, která je pojmem spravedlnosti, ale nejen, že dokáže ležet mimo právo, dokáže jej také popírat, vylučovat ale také ovládat. Je to pojem, který je podstatný, a který Derrida staví jako základ. Základ, který není dekonstrukcí vlastní. „...pokud spravedlnost není nutně právem či zákonem, může se stát spravedlností práva, či spravedlností de iure pouze tak, že podrží sílu, či lépe řečeno tak, že se od prvního okamžiku a svým prvním slovem bude síly dovolávat.“³² Odkaz k síle a jejímu vztahu ke spravedlnosti je nutně odkazem k Blaisi Pascalovi a Michelu de Montaigne a jejich analýze vztahu práva, spravedlnosti a síly. Tato spravedlnost je spravedlností, která je

²⁷ Derrida, J.: Síla zákona, Praha: OIKOYMENH, 2002, 88, 80-7298-049-1, str. 9.

²⁸ Tamtéž, str. 10.

²⁹ Lyotard, J.-F.: O postmodernismu, Praha: Filosofia, 1993, 208, 80-7007-047-1.

³⁰ Tamtéž, str. 10.

³¹ To se zdá být pojem vhodnější než obsahově mírně odlišně chápaný pojem „nad-zákonná spravedlnost“.

³² Lyotard, J.-F.: O postmodernismu, Praha: Filosofia, 1993, 208, 80-7007-047-1, str. 15.

podpořena silou. Tedy vlastně naopak, je to síla, která je označena jako spravedlnost.³³ „...spravedlnost jakožto spravedlnost vyžaduje oporu v síle. Nutnost síly je tedy implikována ve správnosti spravedlnosti.“³⁴ Ona spravedlnost, která nedbá zákona, tak může být správná, jen bude-li spojena se silou, avšak nikoli se silou, kterou svou vahou disponuje samotná spravedlnost. Otázka, která se zde vkrádá, pak nutně směřuje k tomu, zda Derrida není díky Pascalovi příliš vtažen do silového vymezení spravedlnosti, neboť i „spravedlnost, jakožto spravedlnost“ by se nejlépe mohla spojit se zákonem. Pak nelze identifikovat samotnou spravedlnost, aniž bychom našli sílu.

Nyní se Derrida dostává ke vztahu dekonstrukce a spravedlnosti. Nejprve se vypořádá s tím, že jeho dílo bývá vystaveno tvrzením, že neakcentuje témata práva, spravedlnosti nebo etiky. Domnívá se, že to je obvinění liché. Nejen, že výslovně se několik jeho prací zabývá právem či spravedlností, domnívá se navíc, že je „normální, předvídatelné a žádoucí, že zkoumání dekonstruktivního stylu vyústilo nakonec do problematiky práva, zákona a spravedlnosti.“³⁵ Hned v úvodu proto odpovídá na otázku pátrající po vztahu práva a dekonstrukce a odpovídá souhlasně. Ano, dekonstrukce, či dekonstruktivistické tázání má své místo v oblasti práva. Nejvhodnějším místem pro dekonstrukci by měly být právní školy.³⁶ Dekonstrukce se spravedlností – v obou výše uvedených významech – rozhodně souvisí. A to natolik, že teprve dekonstrukce nám – Derridovi – umožní ukázat, že nelze o něčem říci, že je to spravedlivé a současně nezrazovat spravedlnost. Tato dvojznačnost je pro dekonstrukci charakteristická.

4. DEKONSTRUKCE A PRÁVO

V tomto příspěvku jsem se pokusil ukázat, že právo a dekonstrukce mohou být spojeny, a to nikoli výlučně ve spravedlnostních vztazích. Dekonstrukce může napomoci odhalit meze práva a tím určit právo samé. Zůstaneme-li u toho, že chápeme pojmy nejlépe tak, že je odlišíme od jiných pojmů, pak jsou pro nás podstatné meze každého z nich, byť je nedovedeme přesně definovat. K tomu je užitečná dekonstrukce, napomůže nám odlišit právo od jiných normativních systémů a od čehokoli jiného, co můžeme postavit proti právu. Napomůže nám také dotknout se tendence práva rozpínat se do míst, která již nejsou natolik závažná, aby byla podrobena právní regulaci. Právo roste do oblastí, které lze zvládnout quasi-právně či administrativně, bez všech nástrojů a dispozic, které jsou s právem spojeny. Ospravedlnění práva a jeho prvků, považované jako jasně a přehledně dané je otřeseno dekonstrukcí.

Podíváme-li se na dekonstrukci pozorně, není vlastně tolik nová. Upozorníme-li již na výše zpochybněnou roli dekonstrukce jakožto metody, lze takové připodobnění zpochybnit také

³³ Viz blíže Škop, M.: Právo a násilí. Vybrané teorie vztahu práva a násilí, Brno: Masarykova univerzita, 2006, 152, 80-210-4059-9. K tomu, lze doplnit toto: „Je tedy třeba spojit spravedlnost a sílu; a tudíž učiniti, aby to, co je spravedlivé, bylo silné, a to, co je silné, bylo spravedlivé.“ (Pascal, B.: Myšlenky, Praha: Jan Laichter, 1937, str. 179, fragment 298). Podle Pascalova popisu jde spíše než o spravedlnost o názor většiny. Síla většiny zajistí, aby spravedlnost byla zachována. Avšak spravedlnost je, jak tvrdil de Montaigne, sporná. Nelze jednoznačně říci, co je spravedlivé, zvláště v té chvíli, kdy právo, které k ní má směřovat, opustí rozumově vytvořené základy a orientuje se na zvyk. Síla je vždy nesporná a vždy lze určit většinu, která touto silou vládne. Vždy lze nalézt zdroj moci, což v našem případě lze ukončit nalezením příslušného zákona. Dále viz Derrida, J.: Síla zákona, Praha: OIKOYMENH, 2002, 88, 80-7298-049-1, str. 15 a n.

³⁴ Derrida, Síla zákona, Praha: OIKOYMENH, 2002, 88, 80-7298-049-1, str. 16.

³⁵ Tamtéž, s. 12.

³⁶ Tamtéž, s. 13.

tímto. Dekonstrukci totiž nemusíme chápat vždy jako metodu, ale může představovat východisko a dávat nový směr obvyklým metodám. V tom může být zajímavé místo dekonstrukce v procesu poznávání práva.

Literatura:

- Balkin, J.M. Tradition, Betrayal, and the Politics of Deconstruction. *Cardozo Law Review*, 1990, č. 5 – 6, s. 1613 – 1630.
- Balkin, J.M. Transcendental Deconstruction, Transcendental Justice. *Michigan Law Review*, 1994, č. 5, s. 1131 – 1186.
- Balkin, J.M. Deconstructive Practice and Legal Theory. *Yale Law Journal*, 1987, č. 4, s. 743 – 786.
- Cover, R. Foreword: Nomos and Narrative. *Harvard Law Review*. 1983, č. 4.
- Dalton, C. An Essay in the Deconstruction of Contract Doctrine. *Yale Law Journal*, 1985, č. 5, s. 997 – 1114.
- Derrida, J.: Gramatológia. Bratislava: Archa, 1999, 314, 80-7115-138-6.
- Derrida, J.: Texty k dekonstrukci, Bratislava: Archa, 1993, 336, 80-7115-046-0.
- Derrida, J.: Síla zákona, Praha: OIKOYMENH, 2002, 88, 80-7298-049-1.
- Derrida, J.: Spectres of Marx, London: Routledge, 2006, 258, 0-415-38957-7.
- Dostojevskij, F.M.: Bratři Karamazovi, Praha: Academia, 2004, 855, 80-200-1226-5.
- Foucault, M.: Governmentality. In Faubion, J.D. (ed.): Power: Essential Works of Foucault, 1954-1984, Volume III, , London: Penguin Books, 2000, 528, 15-6584-709-1.
- Hauer, T.: S/krze postmoderní teorie, Praha: Karolinum, 2002, 227, 80-246-0545-7.
- Litowitz, D.: Postmodern Philosophy and Law, Lawrence: University Press of Kansas, 1997, 230, 0-7006-0857-5.
- Lyotard, J.-F.: O postmodernismu, Praha: Filosofia, 1993, 208, 80-7007-047-1.
- Pascal: Myšlenky, Praha: Jan Laichter. Praha, 1937, 557.
- Škop, M.: Právo a násilí. Vybrané teorie vztahu práva a násilí, Brno: Masarykova univerzita, 2006, 152, 80-210-4059-9.
- Ward, I.: Introduction to Critical Legal Theory, London: Cavendish Publishing, 2004, 234, 978-1-85941-928-1.

Kontaktní údaje na autora – email:

skop@law.muni.cz

VYBRANÉ OPERACE S PRÁVNÍMI NORMAMI

ANTONÍN ŠPIRUDA

Právnická fakulta Masarykovy univerzity, Česká republika

Abstrakt v rodném jazyce

Příspěvek se zabývá vybranými operacemi s právními normami v procesu jejich aplikace. Operace jsou základní složkou vědeckých metod. Článek se zaměřuje na logické operace individualizace a specifikace. Pro explikaci těchto operací je použita tzv. Individualizovaná normativní logika, která je založena na syntaxi predikátového počtu. Příspěvek se rovněž zabývá pojmy a jejich dělením podle označování designátů (pojmy obecné a individuální) a podle počtu designátů (pojmy plurální a singulární).

Klíčová slova v rodném jazyce

Právní norma, normativní logika, individualizace, specializace.

Abstract

The paper deals with selected operations of legal norms (rules) in the process of their application. Operations are the essential elements of scientific methods. The paper focuses on the logical operations called individualization and specialization. For the explication of this operations is used so-called Individualized deontic logic (INL), which is founded on the syntax of predicate calculus. The paper also deals with the names and their classification according to the manner of indicating the designata (into general and individual) and according to the number of designata (into common and singular).

Key words

Legal norms, deontic logic, individualization, specialization.

1. ÚVOD

Cílem příspěvku je popsat některé významné operace prováděné s právními normami v procesu aplikace práva. Jde o individualizaci, specializaci a konkretizaci norem. V prvních dvou případech bude ukázána možnost logické formalizace pravidel těchto operací pomocí tzv. Individualizované normativní logiky¹. Konkretizace bývá s předešlými zaměňována, jak se však ukazuje, existuje několik důvodů, aby byla od obou odlišena.

Předpokladem vymezení vybraných operací je upřesnění jednotlivých gramatických složek právní norem. Těmi jsou podle tradiční právní nauky hypotéza, dispozice a sankce. Ukazuje se však, že sankci je nutné díky její normativní povaze a vlastnímu adresátu od dispozice oddělit a chápat jako samostatnou normu. Naopak dispozici je vhodné rozdělit na její vnitřní gramatické složky, kterými jsou adresát, beneficiant, objekt a predikát (obsah) dispozice. Zvláštní postavení plní v dispozici normativní modalita.

Od gramatických pozic v normě musí být odlišeny lexikální jednotky, které do těchto gramatických pozic vstupují. V případě adresáta, beneficianta, objektu a predikátu to jsou

¹ Štěpán, J.: Logika a právo. 2., doplněné vydání. Praha: C. H. Beck, 2004, s. 81 a násl.

pojmy. S ohledem na zmíněné operace je třeba specializovat následující druhy pojmů: obecné, individuální, plurální, singulární, abstraktní a speciální.

Problém výše uvedených operací je prezentován na příkladech povinnostních norem, které lze považovat za normy v pravém nebo užším smyslu. Není však vyloučeno uvažovat o těchto operacích také v souvislosti s normami nepovinnostními, zejména normami definičními. Úvahy tohoto charakteru však nejsou předmětem článku.

2. PRÁVNÍ NORMA

Právní normu lze chápat jako kategorii empirickou (skutečnou) nebo abstraktní. Empiricky chápe normy právní praxe a speciální právní vědy. Abstraktně (z hlediska fyzické podstaty) a apriorně (z hlediska původu) pojímá normy normativní logika.

Empiricky lze definovat normu jako jazykovou jednotku, která závazně reguluje lidské jednání a je vynutitelná státní mocí. Pojem pravidla, který se pro definici normy standardně používá, je v této definici vědomě nahrazen pojmem jazykové jednotky. Norma plní funkci pravidla jednání, ale užití tohoto pojmu v definici odvádí pozornost od substanciální (fyzické) povahy normy. Z této definice jsou odvoditelné následující vlastnosti (znaky) právních norem: jazykový charakter, regulativnost, závaznost a vynutitelnost státní mocí.

Právní norma je jazyková jednotka. Jazykový charakter odlišuje normy od nejazykových (nepojmových) aktivačních činitelů, jakým jsou cit, fyzické násilí, potřeba, návyk atd. Jazykový charakter normy implikuje její znakovou strukturu a tím i fyzický charakter. Norma je z fyzického hlediska kombinovaná jednotka, která je složena ze složky hmotné (jazykové) a nehmotné (významové). Bez složky hmotné by nebyla norma smyslově vnímatelná, bez složky významové by norma nic nevyjadřovala. Pouze jako složený celek je norma schopna plnit pragmatickou regulativní funkci.

Právní norma je regulující jazyková jednotka. Regulující funkce odlišuje normy od ostatních jazykových jednotek, jako jsou výroky nebo otázky. Norma plní regulativní funkci a v tomto smyslu můžeme říkat, že je pravidlem lidského jednání. Regulativní funkce je u právních norem odstupňována, resp. má více podob. Základní regulativní funkci plní normy povinnostní, což jsou normy příkazující, zakazující a dovolující. Odvozenou regulativní funkci mají normy nepovinnostní, které v normativních systémech vystupují jako doplněk povinnostních norem. Největší skupinu nepovinnostních norem tvoří normy definiční a odkazové.

Právní norma je závazně regulující jazyková jednotka. Závaznost vyjadřuje nutnost, takže nesplnění normy chápeme jako její porušení. Závaznost regulace odlišuje normy od jiných regulujících, ale nezávazných jazykových jednotek, jako jsou přání nebo prosby. Závaznost regulace je vlastnost, kterou primárně připisujeme normám příkazujícím a zakazujícím.

Právní norma je vynutitelná státní mocí. Vynutitelnost lze chápat jako souhrn prostředků, kterými je možné přimět adresáta normy k jejímu splnění i proti jeho vůli. Vynutitelnost státní mocí odlišuje právní normy od jiných druhů norem, např. norem morálních a náboženských. Morálka i náboženství mají prostředky vynucení, ale ty nejsou odvozeny od státní moci. Vynutitelnost na rozdíl od předchozích vlastností není nutnou vlastností norem, ale pouze pravidelnou, neboť existují i právní normy, které nejsou vymahatelné a proto ani vynutitelné.

Kromě uvedených vlastností lze normám připisovat další vlastnosti, pomocí nichž lze teorii norem dále zúžit. Standardně se normám připisuje ještě obecnost a formální publikace. Obecnost právních norem souvisí se způsobem vymezení adresáta právních norem; obecné normy vymezují adresáta normy prostřednictvím obecných pojmů, tj. prostřednictvím znaků, které má příslušný adresát splňovat. Formální publikací se rozumí speciální požadavky na veřejnou publikaci právních norem ve zvláštních tiscích. Obecnost právních norem zde chápeme jako pravidelnou, nikoliv nutnou vlastnost právních norem, neboť je zde připuštěna kategorie individuálních norem, tj. norem, jejichž adresát je vymezen vlastním jménem. Tyto normy nebyly dříve příliš rozšířené, takže od nich tradiční teorie práva abstrahovala. Dnes nejsou běžné pouze individuální normy mezinárodního a vnitrostátního práva adresované například *České republice*, ale celé zákony adresované individuálně vymezeným subjektům.²

3. GRAMATICKÉ SLOŽKY DISPOZICE NOREM

Dispozice právních norem se skládá z části preskriptivní a deskriptivní. Preskriptivní funkci plní normativní operátor zastupující jednu z normativních modalit: příkázáno, zakázáno a dovoleno. Deskriptivní složkou dispozice je normativní výrok. Normativní výrok se z hlediska gramatiky dělí na termín a predikát. Termín označuje individua, predikát vlastnosti. Predikáty norem většinou označují vztahy, takže termínů je v normách více. První označuje adresáta, druhý subjekt, v jehož prospěch/neprospěch je chování adresáta regulováno, a který lze po vzoru lingvistiky nazývat beneficentem, třetí termín označuje objekt normy věcné povahy. Adresát a predikát jsou obligatorní složky norem, beneficent a objekt jsou složky fakultativní.

Adresát normy je složka normativního výroku, která určuje subjekt, jemuž je norma adresována k plnění, tj. subjekt, jemuž je příkázáno, zakázáno nebo dovoleno jednat. V pozici adresáta normy je *pronajímatel* v normě: *Pronajímatel je oprávněn pronajmout nájemci pozemek*; adresátem normy je *Česká republika* v normě *Česká republika dodržuje závazky, které pro ni vyplývají z mezinárodního práva*. V normách se zde uvedenou primární diatezí je adresát v pozici větného podmětu.

Normativní predikát je složka normativního výroku, která vyjadřuje regulované jednání. Predikát vyjadřuje obsah normy. V pozici predikátu normy je pojem *pronajmou* v normě *Pronajímatel je oprávněn pronajmout nájemci pozemek*; predikátem normy je pojem *vlastnit* v normě *Každý má právo vlastnit majetek*. Predikát je z lingvistického hlediska nejčastěji plnovýznamovou částí přísudku nebo přívlástkem přísudku. Může však být vyjádřen také vedlejší větou.

Beneficent normy je složka normativního výroku, která určuje subjekt, v jehož prospěch nebo neprospěch se dané jednání reguluje. Beneficent je subjekt normy, který není vázán normativní modalitou. Vedle adresáta je beneficent druhý subjekt normy; na rozdíl od adresáta jde o subjekt fakultativní. V pozici beneficenta normy je *nájemce* v normě *Pronajímatel je oprávněn pronajmout nájemci pozemek*. V normách s primární diatezí je adresát v pozici větného předmětu. V normách se sekundární diatezí je beneficent v pozici větného podmětu, např. *cizinec* v normě *Cizinec může být vyhoštěn jen v případech stanovených zákonem*.

² Např. zákon č. 77/2002 Sb., o akciové společnosti České dráhy; zákon č. 569/1991 Sb., o Pozemkovém fondu České republiky atd.

Objekt normy je složka normativního výroku, která určuje předmět související s regulací. Objekt je fakultativní částí norem. V pozici objektu normy je *pozemek* v normě *Pronajímatel je oprávněn pronajmout nájemci pozemek*. V normách s primární diatezí je objekt v pozici větného předmětu. V normách se sekundární diatezí je objekt rovněž v pozici větného podmětu, např. *Věc v normě Věc může být v podílovém spoluvlastnictví více vlastníků*.

4. LEXIKÁLNÍ SLOŽKY NOREM

Lexikální složky normy jsou pojmy, normativní výroky a operátory. Do výše uvedených gramatických pozic adresáta, beneficenta, objektu a predikátu vstupují pojmy, na které se zde zaměříme.³

Pojmy jsou logické jazykové jednotky odpovídající na jedné straně (z hlediska lingvistiky) slovům a slovním spojením, na straně druhé (z hlediska formální logiky) individuovým a predikátovým konstantám a proměnným. Základní vlastností pojmů je to, že vyjadřují smysl nebo alespoň něco označují, takže se za pojmy většinou považují pouze slova plnovýznamových slovních druhů, tj. podstatná a přídavná jména, slovesa, příslovce a číslovky.

Smysl (obsah) pojmů tvoří množina znaků určující, které objekty pod pojem spadají, denotátem pojmů (rozsahem) je množina označovaných objektů. Vzájemný poměr smyslu a denotátu pojmů vyjadřuje tzv. pravidlo nepřímé úměry, které říká, že rozšiřováním smyslu pojmů, tj. přidáváním znaků, se zmenšuje denotovaná množina a naopak, úbytek znaků vede ke zvětšení denotované množiny. Máme-li například pojmy *právník* a *brněnský právník*, pak první vyjadřuje méně znaků, a proto označuje větší množinu individuí, druhý vyjadřuje více znaků, a proto označuje menší množinu denotátů. Pro účely tohoto příspěvku jsou nejdůležitější následující druhy pojmů.

Podle způsobu označení dělíme pojmy na **obecné** a **individuální**.⁴ Pojmy obecné označují objekty nepřímo pomocí znaků (vlastností), které musí označovaný objekt splňovat, pojmy individuální označují vlastním jménem. *Právník, mladý, darovat*, jsou pojmy obecné, *Antonín Špiruda, Masarykova univerzita, Česká republika* jsou pojmy individuální. Rozlišení mezi obecnými a individuálními pojmy je rozlišení ve způsobu označení, které nesouvisí s velikostí množiny označovaných adresátů, ani s charakterem množiny znaků pojmů. Formálním vyjádřením rozdílu mezi obecným a individuálním pojmem je poměr mezi individuovou proměnnou a konstantou.

Podle rozsahu denotované množiny dělíme obecné pojmy na dvě podskupiny, které jsou v českém jazyce označovány stejně jako v předchozím případě, tj. obecné a individuální.⁵

³ Výraz *pojem* je polysémní, takže dnes existuje silná tendence se mu vyhýbat. Při aplikaci logiky na přirozený jazyk – na rozdíl od formální logiky – se mu patrně vyhýbat nelze. V tomto příspěvku ho chápeme jako jazykovou jednotku, která se skládá z výrazu, smyslu a denotátu.

⁴ V angličtině: *general* a *individual*. Označování jednotlivých druhů pojmů není jednotné. V české vědě se považuje častěji za protějšek obecného pojmu pojem singulární a toto označení se pak přenáší i na vyšší jednotky, tj. obecné a singulární výroky, obecné a singulární normy. Tuto terminologii zde vědomě nerespektujeme, neboť právní věda tradičně rozlišuje normy obecné a individuální, což se pak musí odrazit i do označení pojmů, které tyto normy tvoří.

⁵ V angličtině: *common* a *singular*, příp. ještě *empty*, pokud připustíme kategorii prázdných pojmů, tj. pojmů, které označují prázdnou množinu. Český ekvivalent k výrazu *common* se v tomto případě hledá těžko a pojem

Abychom oboje rozlišili, budeme v tomto druhém případě mluvit o pojmech **plurálních** a **singulárních**. Plurální pojmy označují množiny objektů s větším počtem než jeden, pojmy singulární označují množiny právě s jedním prvkem. *Právník, nájem, darovat* jsou pojmy plurální, *prezident ČR, ústavní soud ČR, poslanecká sněmovna ČR* jsou pojmy singulární. Pojmy singulární je třeba odlišovat od individuálních; singulární pojmy označují instituce (prezident ČR), individuální pojmy označují osoby, které se v nich střídají (V. Havel, V. Klaus). Formálními reprezentanty plurálních i singulárních pojmů jsou predikátové konstanty, příp. proměnné.

Podle počtu znaků tvořících smysl pojmu dělíme obecné pojmy na **abstraktní** a **speciální**. Abstraktní pojmy vyjadřují méně znaků než pojmy speciální. *Individuum, vlastnost, vztah* jsou pojmy abstraktní, *advokátní koncipient, dědění ze závěti, prezident ČR* jsou pojmy speciální. Rozlišení mezi abstraktními a speciálními pojmy je relativní; například pojem *dědit* je abstraktní proti pojmu *dědit ze zákona*, ale speciální vůči pojmu *nabývat*. Formálními reprezentanty abstraktních a speciálních pojmů jsou predikátové konstanty, příp. proměnné.

5. VYBRANÉ OPERACE S PRÁVNÍMI NORMAMI

a) Individualizace norem

Logické pravidlo, které umožňuje v klasické logice přechod mezi obecným výrokem a individuálním (singulárním) výrokem, například *Každý svého štěstí strůjce* a *Karel Novák svého štěstí strůjce*, nazýváme pravidlo individualizace. Dané pravidlo je známo také jako pravidlo konkretizace. V tomto příspěvku nazýváme přechod od obecné normy k individuální (od obecného pojmu k individuálnímu) individualizací, přechod od abstraktní normy ke speciální (od abstraktního pojmu ke speciálnímu) specializací. Důvodem tohoto kroku je sjednocení terminologie v oblasti pojmů, výroků, norem a operací s nimi. Pro název konkretizace lze navíc najít jiné vhodnější využití, které je níže popsáno. Symbolický zápis pravidla individualizace vypadá v klasické predikátové logice následovně:

$$\forall xA(x) \Rightarrow A(x/a)$$

kde x/a je substituce konstanty *Karel Novák* za proměnnou x . Z obecného výroku logicky vyplývá výrok individuální. Normativně logická analogie pravidla individualizace umožňuje přechod mezi obecnou normou a individuální normou. Například mezi normami *Každému je přikázáno dodržovat zákony* a *Karlu Novákovi je přikázáno dodržovat zákony*. Symbolikou normativní predikátové logiky:

$$OxA(x) \Rightarrow OaA(x/a)$$

kde Ox je *přikazovat každému* a kde Oa je *přikazovat Karlu Novákovi*. Normativní pravidlo individualizace umožňuje rovněž přechod mezi obecnou a individuální hypotetickou normou. Například mezi normami *Každému je přikázáno zakročit, jestliže mu hrozí škoda* a individuální hypotetickou normou *Karlu Novákovi je přikázáno zakročit, jestliže mu hrozí škoda*:

$$Ox(A(x)/B(x)) \Rightarrow Oa(A(x/a)/B(x/a))$$

plurální není rozhodně ideální ani zavedený, což je důsledkem toho, že rozdíl mezi plurálními a singulárními pojmy byl plně vysvětlen až v druhé polovině 20. století.

kde symbol / odděluje dispozici od hypotézy.

b) Specializace norem

Normy abstraktní jsou ty, které předepisují chování pomocí pojmů obsahujících relativně méně významových rysů, než mají slova v normách speciálních. Abstraktnost se může týkat jak pojmů v dispozici, tak pojmů v hypotéze norem. Standardní logika nedokáže pracovat s obsahem významu, jestliže však uznáme, že mezi smyslem a denotátem existuje závislost v tom smyslu, že úbytek obsahových rysů (abstrakce) zvětšuje rozsah množiny denotátů a naopak nárůst obsahových rysů (determinace smyslu) rozsah množiny zmenšuje, potom lze lexikální vztahy mezi nadřazenými a podřazenými jazykovými jednotkami fixovat pomocí predikátové logiky. Jako příklad uijme následující dvojice složených pojmů:

dodržovat zákon a dodržovat stavební zákon

porušit dopravní předpis a překročit rychlost

Lexikální vztah nadřazenosti a podřazenosti lze za stanovených podmínek zachytit jako vztah logické implikace:

$$\forall x(B(x) \Rightarrow A(x))$$

kde A je *dodržovat zákon* a B je *dodržovat stavební zákon*, případně A je *porušit dopravní předpis* a B je *překročit rychlost*. Pojem podřazený implikuje pojem nadřazený. Dodržení stavebního zákona je dodržím zákona, překročení rychlosti je porušením příslušného právního předpisu. Na základě těchto vztahů pak můžeme formalizovat přechod od abstraktní normy *Každému je přikázáno dodržovat zákon* ke speciální normě *Každému je přikázáno dodržovat stavební zákon* a toto pravidlo nazvat pravidlem specializace. Pokud je pojem (predikát) A nadřazený pojmu B, pak zjednodušený zápis pravidla specializace vypadá následovně:⁶

$$O_x A(x) \Rightarrow O_x B(x)$$

Za stanovených podmínek tedy z normy obsahující nadřazený (abstraktní) pojem vyplývá věta obsahující pojem podřazený (speciální). Nedochozí zde k individualizaci adresáta, ale specializaci predikátu. Úsudek je platný i pro hypotetické normy. Například *Každému je přikázáno platit pokutu, poruší-li dopravní předpis* a *Každému je přikázáno platit pokutu, překročí-li povolenou rychlost*:⁷

$$O_x(A(x)/B(x)) \Rightarrow O_x(A(x)/C(x))$$

kde A je *platit pokutu*, B je *porušit dopravní předpis*, C je *překročit rychlost*. V tomto případě nedochází ke specializaci dispozice, ale hypotézy.

⁶ Úplný zápis tohoto úsudku: $O_x A(x), \forall x[(A(x) \Leftrightarrow (B(x) \vee C(x))), \neg C(x) \Rightarrow O_x B(x)]$.

⁷ Úplně: $O_x(A(x)/B(x)), \forall x[(B(x) \Leftrightarrow (C(x) \vee D(x))), \neg D(x) \Rightarrow O_x(A(x)/C(x))]$.

Rozdíly mezi individualizací a specializací vyniknou nejlépe v následující tabulce:⁸

individualizace	$PxA(x) \Rightarrow PaA(x/a)$	každému je dovoleno podnikat \Rightarrow K. Novákovi je dovoleno podnikat
specializace	$PxA(x) \Rightarrow PxB(x)$	každému je dovoleno podnikat \Rightarrow každému je dovoleno obchodovat

U termínů norem (adresát, beneficent, objekt) hovoříme o jejich individualizaci, což je formálně reprezentováno substitucí konstanty a za proměnnou x , u predikátů norem hovoříme o specializaci, což je symbolizováno přechodem od abstraktního pojmu A ke speciálnímu pojmu B . K individualizaci dojde při každé aplikaci obecné normy na individuální příklad. Ke specializaci dojít může, ale nemusí. Obě operace je možné provádět s pojmy ve všech gramatických pozicích v dispoziční, případně i s pojmy v hypotéze.

c) Konkretizace norem

Od individualizace a specializace je vhodné odlišovat operaci konkretizace, která bývá v právní teorii (i ve starší logice) ztotožňována s individualizací, v běžné řeči také se specializací. Ztotožnění s individualizací je "kodifikováno" i ve Slovníku spisovné češtiny, který k výrazu *konkrétní* přiřazuje tři významy: 1. vnímatelný smysly (opak abstraktní), 2. skutečný, 3a. určitý, 3b. jednotlivý (opak obecný).⁹ V posledním významu je tedy výraz *konkrétní* opakem *obecného*.

Pokud se však budeme držet prvního a druhého významu výrazu *konkrétní*, tj. vnímatelný smysly nebo skutečný, pak je třeba říci, že v právní praxi k žádné konkretizaci nedochází, neboť jak obecné normy, například z občanského zákona, tak jejich individuální důsledky jsou stejně skutečnými (smyslově vnímatelnými). V tomto smyslu dochází při aplikaci práva k tomu, že konkrétní osoba aplikuje konkrétní obecné normy na konkrétní individuální případy a vydává konkrétní rozhodnutí. Jinými slovy řečeno, obě výše popsané operace (individualizace a specializace) jsou v praxi realizovány s normami v konkrétní podobě.

Naproti tomu v logice, kde, jak bylo řečeno, pracujeme s normami abstraktními, provádíme individualizaci a specializaci bez ohledu na skutečnost, takže zde k žádnému kontaktu s empirickou realitou nedochází, přestože musíme abstraktní normy prostřednictvím jazyka zhmotnit.¹⁰ Pokud však výsledky logického bádání nakonec chceme promítnout do skutečnosti, provádíme přechod od normy v abstraktní podobě k normě skutečné a právě pro tento přechod je možné rezervovat výraz *konkretizace normy*.

V případě konkretizace norem jde tedy obecně o přechod od abstraktního modelu skutečnosti ke skutečnosti samotné. Tento přechod je relativně jednoduchý mezi logikou a právní praxí, neboť logika i právní praxe pracují s normami. Metodologicky složitější je tento přechod mezi

⁸ Zápis specializace je v tabulce zjednodušen; úplný zápis viz pozn. 6 a 7.

⁹ Slovník spisovné češtiny. Praha: Academia 1978, s. 176.

¹⁰ Nazývat v této souvislosti pravidlo individualizace *konkretizací* je terminologicky mimořádně nevhodné.

právní vědou a právní praxí, neboť právní věda formuluje své poznatky také abstraktně, ale ve formě pravdivostních výroků.

6. ZÁVĚR

Cílem příspěvku bylo popsat některé operace prováděné s právní normami v procesu jejich aplikace. Individualizace a do jisté míry i specializace mají deduktivní charakter, takže bylo možné provést jejich formalizaci. Konkretizace byla přibrána proto, že se s oběma zaměňuje. Při vymezení těchto operací je třeba klást důraz na operace samotné, nikoli na názvy, které používáme k jejich označení.

Terminologické problémy v oblasti znaků jsou obrovské a komplikují už tak dosti obtížnou metodologii zkoumání právních norem. Problém je zejména v tom, že při zkoumání norem musíme kombinovat metody empiricko-vědecké lingvistiky a formálně-vědecké logiky, což nás vede často k renesanci výrazů, které moderní věda opouští (pojmy) nebo naopak k vytváření kategorií, které jsou v podstatě nové (normativní výrok).

Kombinace lingvistiky a logiky je relativně jednoduchá v lexikologické části obou disciplín. Zejména přechod od lingvistických slov k logickým pojmům je relativně bezproblémový. Horší situace je v gramatice, která je v lingvistice dodnes pěstována převážně na syntaktické úrovni. Nerespektování sémantiky vede ke značně zdeformovaným poznatkům a "sporům" s gramatikou logickou. Používání logické gramatiky na empirické normy proto bylo, je a zřejmě ještě dlouho bude (přes svou metodologickou komplikovanost) nutným východiskem práce s právními normami, byť k němu dochází v právní praxi spíše intuitivním způsobem.

Kontaktní údaje na autora – email:

spiruda @tiscali.cz

DIVERSITA A JEDNOTA PRÁVA¹

MILOŠ VEČEŘA

Právnická fakulta Masarykovy univerzity, Česká republika

Abstrakt v rodném jazyce

Právo začátku 21. století prochází velkými proměnami formy a obsahu, mění se i právní kultura. Relativizuje se pojem práva. Dochází k pluralizaci práva. Překonává se tradiční představa národního normotvůrce a monocentrismu práva a v poledních desetiletích se setkáváme s projevy právního pluralismu a polycentrismem práva. Vnitřním zdrojem právního pluralismu je měnící se společnost, vnějším zdrojem je proces globalizace práva, jehož regionálním projevem je evropeizace práva, která se promítá do právního a politického života EU a modifikuje národní právní prostředí.

Klíčová slova v rodném jazyce

Pojem práva, právní pluralismus, monocentrismus práva, polycentrismus práva, globalizace práva, evropeizace práva.

Abstract

Law at the beginning of the 21st century changes in its form and content, legal cultures are changing too. The concept of law is becoming relative because of the pluralization of law. Traditional conception of a “national law-maker“ and monocentrism of law has to be considered outdated and we should become aware of the fact of the number of legal systems - legal pluralism and polycentrism of law. Changing society as an internal source of legal pluralism. The fundamental external process influencing the ongoing legal plurality is the process of globalization of law and its regional expression - the Europeanization of law. The Europeanization of law also gradually modifies national legal environment.

Key words

Concept of law, legal pluralism, monocentrism of law, polycentrism of law, globalisation of law, Europeanization of law.

Právo začátku 21. století prochází velkými proměnami, které se týkají nejen jeho formy a obsahu, ale i národních právních kultur, velkých právních systémů a světové (globální) právní kultury. Tyto moderní a pozdně moderní tendence vývoje práva a právní kultury musí právní věda reflektovat a reagovat na ně významně i 23. světový kongres právní a sociální filosofie (IVR) v Krakově ve dnech 1.- 6. 8. 2007, jehož ústředním tématem bylo „*Právo a právní kultury ve 21. století: Diversita a jednota*“. Většina hlavních referátů kongresu se snažila postihnout tyto nové a svými projevy zásadní proměny práva a k tomuto aktuálnímu tématu jsou věnovány i následující úvahy.

1. POJEM PRÁVA V SOUČASNÉ PRÁVNÍ VĚDĚ

Proměny práva se předně týkají již samotného pojmového vymezení práva. Racionalistické snahy o přesné definiční ohraničení pojmů zpochybnula už antika, jak to vyslovili římsí

¹ Příspěvek vychází z projektu orientovaného k problematice evropeizace práva, zpracovávaného v rámci výzkumného záměru Právnické fakulty MU v Brně „Evropský kontext vývoje českého práva po roce 2004“.

právníci v poslední kapitole Digest v jedné z 211 zde uvedených právních regulí: „*každá definice v (civilním) právu je nebezpečná, neboť jen zřídka ji nelze vyvrátit*“ (Omnis definitio in iure civili periculosa est: parum est enim, ut non subverti posset). Generace právních myslitelů i praktiků se přesto snažily a stále snaží o vymezení práva, neboť „Existuje jen málo otázek týkajících se lidské společnosti, které by byly kladeny tak vytrvale jako otázka 'co je právo', a je jen málo podobných otázek, na něž by seriózní myslitelé odpovídali tak rozmanitě, podivně a dokonce paradoxně – jak uvádí nikoliv náhodou v úvodu svou stěžejní práci „Pojem práva“ významný britský právní filosof Herbert L.A. Hart.

Na tyto Hartovy snahy o vymezení pojmu práva reagoval ve úvodním vystoupení na zmíněném krakovském kongresu americký právní filosof Frederick Schauer v referátu na téma „*Existuje pojem práva*“² výstižným konstatováním, že v době, kdy Hart psal na sklonku 50. let minulého století svůj *Pojem práva* nebylo mnoho pochyb, že pojem práva existuje. Od té doby se však pojem práva tak zproblematizoval, že dnes již nelze formulovat obecný pojem práva, který by šel napříč kulturami. Zbyl nám tak podle Schauera jen nikoliv snadno uchopitelný „*náš pojem našeho práva*“.

Relativizaci pojmu práva však přináší nejen zmíněná proměna práva samotného, ale i prosazující se pozdně moderní způsob vidění a definování světa kolem nás, včetně práva, kdy dekonstrukce práva odhaluje vytvořené podmínky a meze okolního světa. Postmodernismus totiž, jak říká Martin Škop, narušuje stávající pevné pojmy zvolenou metodologií, kterou si koncepty jí studované vyžadují.³

Přes zmíněnou relativizaci univerzálně formulovatelného pojmu práva, byť v právní praxi intuitivně samozřejmého, neztrácí vymezení pojmu práva pro právní vědu na významu ani v dnešním neurčitě definovaném světě. Je tomu tak i proto, jak říká Eduard Bárány v práci „*Pojmy dobrého práva*“, abychom předřazením charakteristiky práva předešli nedorozuměním v hlubších úvahách právně filosofických.⁴

Rozdílnost pojmového uvažování o právu je akceptovatelná spíše z pohledu vzájemné komplementarity zvolených přístupů než exkluze a je dána multidimenzionálností práva jako oblasti společenského života. Jak zdůrazňuje belgický právní teoretik Mark Van Hoecke dnešní právní teorie spěje k interdisciplinaritě a nebo spíše k „intersystémovosti“ a k vytvoření „evropské právní doktríny“, odrážející evropské právně integrační tendence. Právo podle Hoeckeho nemůže být vysvětleno pouze jeho historickým, ekonomickým nebo politickým backgroundem a Hoecke si v této souvislosti klade otázku, co všechno je třeba zahrnout do úvah o právu: zákonné právo, precedenty, právní historii, právně politické, sociální a ekonomické prostředí, ideologické zázemí právníků, právní techniky, právní tradice, právní kulturu, a co ještě? Toto je podle Hoecka jádro dnešní právní debaty.⁵ Chce tím vyjádřit fakt, že každá kultura, včetně právní kultury a velkých právních systémů, je otevřeným a dynamickým celkem, jehož všechny prvky jsou ve vzájemné interakci.

² SCHAUER, F. Is There a Concept of Law. In Gizbert-Studnicki, T., Stelmach, J. (eds.). *Law and Legal Cultures in the 21st Century. Plenary Lectures*. Warszawa: Oficyna, 2007, s. 17 an. ISBN 978-83-7526-235-3.

³ Škop, M. *Právo v postmoderní situaci*. Brno: MU, 2008, s. 177. ISBN 978-80-210-4543-9.

⁴ Srov. Bárány, E. *Pojmy dobrého práva*. Žilina: EUROKODEX, 2007, s. 12 an. ISBN 978-80-88931-75-1.

⁵ Hoecke Van M. *The Harmonisation of Private Law in Europe: Some Misunderstandings*. In Hoecke Van M., Ost, F. (eds.). *The Harmonisation of European Private Law*. Oxford – Portland Oregon: Hart Publishing, 2000, s. xvii, 11 an. ISBN 1 84113-137-7.

Každý koncept práva nicméně reflektuje, jak zdůraznil již výše citovaný Frederick Schauer, svou časoprostorovou a sociokulturní podmíněnost, stejně tak jako pojetí práva nemůže ignorovat sociální, politické a kulturní změny ve společnosti a proměny samotného práva. Dnešní pojem práva tak musí nevyhnutelně reagovat na současné tendence ve vývoji práva, a to jak v oblasti právního života konkrétní společnosti, tak i v kontextu širších evropských a světových vývojových tendencí práva. Výrazným fenoménem modifikujícím vymezení pojmu práva jsou střetající se **tendence k jeho pluralizaci**, ale zároveň i **jeho unifikaci**.

2. PLURALIZACE JAKO PROJEV PRÁVA

Právo představuje nejen normativní systém, ale je i významným politickým a sociálním jevem, je celou oblastí sociálního života. Právo je tak nejen institucionálním faktem představujícím Luhmannem vystižený autopoietický systém,⁶ vyznačující se procesem sebevytváření, autoreprodukce a autoreference, ale jeho těžiště leží i ve společnosti samé, jak to výstižně formuloval Eugen Ehrlich.⁷ Obsah práva a jeho formy jsou tak podmíněny jak konkrétními národními sociokulturními poměry, tak i působením obecných vývojových a civilizačních faktorů.

Tradiční právní věda 19. století, nesená konceptem právního **pozitivismu a monismu státního práva** jako výrazu státní suverenity, byla reflexí stabilního světa tradiční společnosti a teprve nastupující moderní společnosti. Představa právního monismu byla ale zpochybňována už od právního myšlení antiky přirozenoprávním konceptem duality práva, později byla rozleptávána sociologickými koncepty o působení dalších paralelních (kvazi)právních systémů a v posledních desetiletích pak zjevnou **dualitou, triplicitou či pluralitou práva** v důsledku nové role evropského práva, mezinárodního práva a dalších forem nadnárodního práva, jakož i existencí kvaziprecedenční právotvorby některých judiciálních orgánů.⁸ Tradiční představa „národního normotvůrce“, který v zásadě výlučně a uceleně reglementuje právními prostředky celý relevantní rozsah právních vztahů, se tak postupně stává překonanou tím, jak jsme konfrontováni s evidentním faktem narůstajícího počtu paralelně působících právních systémů. Tyto momenty se při vymezení pojmu práva jeví stále podstatnějšími a nepřehlédnutelnými, jak o tom svědčí narůstající počet publikací věnovaných tomuto tématu, jakož i rozšiřující se vědecký diskurs,⁹ který zaměřuje svoji pozornost na vnitřní a vnější zdroje tohoto procesu pluralizace právních systémů.

3. MĚNÍCÍ SE SOCIÁLNÍ REALITA JAKO VNITŘNÍ PŘÍČINA PLURALIZACE PRÁVA

Proměny moderní a pozdně moderní společnosti lze považovat za vnitřní, inherentní zdroj pluralizace právních systémů, i když je lze nesnadno izolovat od širších mezinárodních a globálních vlivů.

⁶ Viz k tomu podrobně PŘIBÁŇ, J. *Sociologie práva. Systémově teoretický přístup k modernímu právu*. Praha: Sociologické nakladatelství, 1996, s. 134 an. ISBN 80-85850-18-4.

⁷ EHRICH, E. *Fundamental Principles of the Sociology of Law*. New York: Arno Press, 1975, s. 5.

⁸ Podrobně viz RIGAUX, F. Monism and Dualism within the European Jurisdiction. In Hoecke Van M., Ost, F. (eds.). *The Harmonisation of European Private Law*. Oxford – Portland Oregon: Hart Publishing, 2000, s. 135 an. ISBN 1 84113-137-7.

⁹ Na zmíněném světovém kongresu IVR Filosofie práva a sociální filosofie v Krakově se těchto otázek ze dvanácti plenárních vystoupení dotklo šest příspěvků, tedy celá polovina referátů významných právních teoretiků.

Moderní a zejména pozdně moderní společnosti se stávají stále méně homogenními a monolitními, a to nejen ideovou rozrůzněností, ale i současnou rostoucí etnickou, národnostní, náboženskou a kulturní diferenciací západních společností. Této narůstající **tendence k pluralizaci a heterogenosti** si povšiml již Max Weber, když mluvil obrazně o „polyteismu hodnot“, ¹⁰ tedy jejich „mnohobožství“, a předjímal tak fakt, že jsme dnes konfrontováni s celou řadou podstatně odlišných hodnotových řádů, sociálních projektů, idejí i funkčních systémů společnosti, včetně systémů normativních, z nichž žádný nelze opomíjet a všechny se zdají mít stejnou závaznost. Fragmentarizace, segmentace, partikularizace, privatizace a deregulace těchto funkčních systémů společnosti znesnadňuje jejich vzájemnou sociální interakci a kooperaci, což se týká zejména normativních řádů, včetně práva. ¹¹ To komplikuje chápání sociálního světa kolem nás, tedy např. i chápání zásad rovnosti, spravedlnosti nebo demokracie.

Vznik hodnotově a normativně pluralitní společnosti neznamena dosažení stavu Durkheimovské anomie, tedy stavu, kdy sociální hodnoty a normy přestávají platit, rozpadají se sociální regulativy a ztrácí se funkčnost norem vůbec. ¹² Postmoderní situace vyjadřuje skutečnost, že se sociální normy a společenské závazky staly nepřehlednými, kdy tato nepřehlednost se vyznačuje normativní nejednoznačností, pluralitou a konfliktností strategií jednotlivých kultur, vrstev, sociálních skupin i jedinců.

Hodnotová a normativní heterogenost společnosti, znásobená narůstající etnickou, národnostní a kulturní diferenciací společnosti, vede k:

- **pluralizaci právních systémů** v důsledku působení právních norem přijímaných etnickými, náboženskými nebo národnostními menšinami,
- **rostoucí roli oficiálního státního práva**, které jediné je za této situace hodnotové, normativní, kulturní, náboženské a sociální plurality společnosti schopné integrovat sociální život.

Rostou tak požadavky kladené na právo a očekávání spojená s jeho existencí jako nejvýznamnějšího prostředku stabilizace společenských vztahů, který vnáší do společnosti řád a snižuje míru společenské entropie. Právo tak stále více nahrazuje neformální společenské mechanismy řešení sporů, kdy jakýkoliv společenský konflikt se dříve nebo později stává konfliktem právním, vyžadujícím právní řešení. To představuje vyšší nároky na činnost soudů a vyžaduje si vytváření stále nových a komplexnějších právních úprav, které by obsáhly další oblasti sociálního života. Jsme proto svědky expanze, hypertrofie práva, či řečeno slovy politiků „legislativní smršť“, což ale nemusí znamenat zlepšení stavu, jak to sarkasticky vyjadřuje jeden z Murphyho zákonů „Nové zákony s sebou nesou nové právní nedostatky“. ¹³ Roste tak:

1. labilita právního řádu,

¹⁰ WEBER, M. *Zwischen zwei Gesetzen*. Tübingen: Universitas Verlag, 1980, s. 145.

¹¹ Viz např. BAUMAN, Z. *Úvahy o postmoderní době*. Praha: Sociologické nakladatelství, 1995, s. 13 an. ISBN 80-85850-12-5.

¹² URBANOVÁ, M. *Sociální kontrola a právo*. Brno: Masarykova univerzita, 1998, s. 90 an. ISBN 80-210-1947-6.

¹³ Jde o „Cooperův zákon o zákonech“, In BLOCH, A. *Murphyho zákon*. Praha: Svoboda-Libertas, 1993, s. 181.

2. jeho **nepřehlednost**,

3. a **napětí mezi abstraktností práva**, které tak reaguje na stále složitější svět, a jeho **kasuističností**, vyvolanou snahou o zabránění obcházení práva v situaci, kdy jiné sociální normy ztrácejí svoji efektivitu.

4. PROCES GLOBALIZACE JAKO VNĚJŠÍ ZDROJ PRÁVNÍ PLURALIZACE

V posledních desetiletích narostl význam vnějších zdrojů plurality práva, které vedou k nazírání práva v podobě víceúrovňové koncepce práva.¹⁴ Stěžejním procesem, který celosvětově ovlivňuje probíhající změny sociálního života včetně právní oblasti je **proces globalizace**. I když můžeme namítnout, že k prolínání civilizací a k míšení životních stylů, hodnot, norem a idejí docházelo prakticky již od počátku lidské historie, nabývá tento proces vzájemného propojování a ovlivňování jednotlivých států, společností a kultur v posledních několika desetiletích kvalitativně nový charakter. Globalizace, řečeno slovy Zygmunta Baumana, je stavem lidské existence shrnuté termínem časoprostorové stlačení.¹⁵

Globalizace, to není jenom globální trh a globalizující se ekonomika, je to i složitý, vnitřně strukturovaný technický, sociální a politický proces,¹⁶ jehož důsledky ovlivňují vedle ekonomických, politických, společenských a kulturních oblastí života významně i oblast práva.

Německý sociolog Ulrich Beck charakterizuje globalizaci jako proces, v jehož důsledku jsou národní státy a jejich suverenita podkopávány a vzájemně spojovány prostřednictvím nadnárodních aktérů a jejich mocenských možností a sítí.¹⁷ Pozdně moderní společnost se vyznačuje v tomto smyslu nezvratností vznikající **globality** jako důsledku globalizace, projevující se formováním světové společnosti. Globalizace je vyjádřením faktu, že žádný stát, žádná země či společenská skupina se nemůže uzavřít vůči ostatním a díky tomu na sebe narážejí rozličné ekonomické, kulturní, politické, ale i právní formy. Svět se tak v důsledku postupujícího procesu globalizace stává v podstatě **jediným sociálním systémem**, v němž jsou takřka všichni propojeni nejrůznějšími vazbami a závislostmi jednoho na druhém, přitom tento celek sociálních vztahů není integrován formou nějaké státní politiky. Vytvářející se světová společnost tak existuje bez podoby nějakého světového státu, bez světové vlády a s řadou projevů globální dezorganizace.¹⁸

Ekonomické, politické a právní vztahy překračují hranice jednotlivých zemí a zásadním způsobem se promítají do života a osudů obyvatel jednotlivých zemí i světové populace jako celku, kdy základní problémy lidského života, například řešení ekologických problémů nebo ochrana před terorismem, nutně nabývají globálního charakteru. Globalizace s sebou přináší v reakci na ni samotnou a její důsledky posilování **tendencí k pluralitě** v oblasti náboženské, ideové, kulturní, politické, sociální i právní a zároveň znamená i **oslabování suverenity** jednotlivých národních států.

¹⁴ COTTERRELL, R. *The Sociology of Law*. London, Dublin, Edinburgh: Butterworths, 1992, s. 44 an.

¹⁵ Srov. BAUMAN, Z. *Globalizace. Důsledky pro člověka*. Praha: Mladá fronta, 2000, s. 22 an. ISBN 80-204-0817-7.

¹⁶ GIDDENS, A. *Sociologie*. Praha: Argo, 1999, s. 82 an. ISBN 80-7203-124-4.

¹⁷ BECK, U. *Co je to globalizace. Omyly a odpovědi*. Brno: CDK, 2007, s. 19. ISBN 978-80-7325-123-9.

¹⁸ Tamtéž, s. 21.

Proces globalizace s sebou přináší **tendence k univerzalizaci** - zobecnění a sjednocení institucí, symbolů a způsobů chování, včetně lidských práv, demokracie či např. oblečení. Na druhé straně však vede globalizace paradoxně **k tendencím partikularismu**, kdy fragmentuje suverenitu státu a posilují se snahy o obnovování místních sociálních identit, projevující se v návratu nacionalismu a tendencí autonomizace (např. Québec, Baskitsko).

5. GLOBALIZAČNÍ TENDENCE V PRÁVU

Globalizace jako vnitřně strukturovaný technologický a sociální proces nadnárodní integrace se významně promítá i do oblasti práva. **Globalizace práva** je tak reakcí na narůstající propojenost výrobních, obchodních, ekonomických, politických, kulturních a sociálních vztahů vytvářejících se napříč jednotlivými politickými, národními a kulturními celky. Jejím smyslem je **vnášet stabilizaci a právní jistotu** do těchto vztahů a lze ji charakterizovat jako **obecný proces internacionalizace vnitrostátního práva**.¹⁹ Může však vést i ke konfrontaci lokální právní praxe s nadnárodními právními postupy a praktikami, které usilují o sebeprosazení.²⁰ Beck v souvislosti s globalizací mluví o nástupu právního populismu v Evropě a dalších částech světa jako reakci na absenci jakékoliv perspektivy vůči světu, jehož hranice a základy se daly do pohybu.²¹ Charakteristickým rysem globalizace je totiž skutečnost, že tato nemá žádný hmatatelný a jasně identifikovatelný mocenský zdroj, globalizační procesy v podstatě **nikdo prokazatelně neřídí** a nelze říci kdo a zda vůbec někdo za ně nese odpovědnost. Monocentrická mocenská struktura soupeřících národních států je v postnárodní éře nahrazována **polycentrickou politikou**, při jejíž realizaci si konkuruje, resp. kooperuje, velká množina státních a nadnárodních aktérů a žádný z nich nemá monopolní slovo.

Důsledky globalizace politického rozhodování nalézají svůj výraz i v oblasti práva. Tradiční právní teorie donedávna reflektovala výhradně dvě roviny práva: národní (vnitrostátní) právo a mezinárodní právo veřejné. V několika posledních desetiletích k těmto dvěma úrovním práva přistoupily i další právní okruhy. William Twining ve své práci *Globalisation and Legal Theory* připomíná, že normativní regulace reflektuje všechny úrovně sociálních (právních) vztahů a je účelné rozlišovat mezi právní úpravou:²²

- **globální,**
- **mezinárodní,**
- **regionální,**
- **nadnárodní (transnational),**
- **mezistátní (inter-communal),**

¹⁹ Srov. HUNGR, P. Proces Globalizace a vývoj práva. In *Teorie práva* (kol. autorů). Praha: Linde, 2007, s. 310. ISBN 978-80-7201-637-2.

²⁰ SCIARRA, S. From Strasbourg to Amsterdam: Prospects for the Convergence of European Social Rights Policy. In ALSTON, P. (ed.) *The EU and Human Rights*. Oxford, New York: Oxford University Press, 1999, s. 484. ISBN 0-19-829809-9.

²¹ BECK, U., *Opus cit.* sub 16), s. 11.

²² TWINING, W. *Globalisation and Legal Theory*. Cambridge, New York, Melbourne: Cambridge University Press, 2006, s. 223. ISBN 13 978-0-521-60594-6.

- **státní,**
- **pod-státní (sub-state),**
- **nestátní lokální (non-state local).**

Tato členění, postavené v podstatě na geografickém hledisku, je jen jedno z možných a má upozornit na existenci nestátního práva a skutečnost, že uvedené rozdílné úrovně právní úpravy nevyjadřují jednoduchou vertikální hierarchii. Jsou vyjádřením **polycentrické právotvorby**, jevu, který označujeme jako **právní nebo normativní pluralismus**.

6. EVROPEIZACE JAKO ODPOVĚĎ NA GLOBALIZACI ?

Globalizaci lze charakterizovat jako univerzální nadnárodní, resp. celosvětový integrační proces s kladnými i zápornými efekty. V souvislosti s ním dochází ke **konfrontaci globálního a lokálního**, kdy **tendence k lokalizaci** jako reakce na globalismus posiluje i **snahy k regionalizaci**, která nabývá politických a právních forem. Směřování k takové regionalizaci vyjadřuje vytváření regionálních nadnárodních struktur jako je Evropská unie v Evropě, MERCOSUR v Latinské Americe nebo např. ASEAN v Asii. Svými projevy a důsledky vyznačuje globalizace i rámec probíhajících regionálních integračních procesů. Francis Snyder vztah evropeizace a globalizace charakterizuje jako vztah přátel i rivalů.²³ Jde podle jeho názoru o dva komplementární, částečně se překrývající, vzájemně se posilující, ale také si konkurující procesy.

Při podrobnějším pohledu lze vztah obou procesů - globalizace a evropeizace - vyjádřit tak, že evropeizace představuje proces ekonomicko-politické a právní regionální globalizace, jehož dominantní institucionální architekturou se stala Evropská společenství/Evropská unie.²⁴ Právě toto institucionální zakotvení evropské integrace jinak obecně působících celosvětových globalizačních trendů činí evropeizace reálně existujícím fenoménem. Evropeizaci je tak na rozdíl od globalizace navíc třeba chápat i jako politický projekt sledující stanovené programové cíle.

Z řady vymezení evropeizace vyjadřuje v současné době obsah pojmu evropeizace nejvýstižněji zřejmě dnes nejcitovanější definice Claudia M. Radaelliho, podle něhož evropeizace představuje *procesy utváření, rozšiřování a institucionalizace formálních a neformálních pravidel, procedur, politických paradigmat, stylů, způsobů „dělání věcí“ a sdílení názorů a norem, které jsou nejprve definovány a konsolidovány v rámci politických procesů EU a poté inkorporovány do logiky domácího (národního a subnárodního) diskursu, politických struktur a veřejných politik.*²⁵ Radelli přitom nezužuje evropeizaci pouze na proces jdoucí jednosměrně k národním státům, ale chápe ho jako dvousměrný proces vzájemného ovlivňování národní a evropské veřejné politiky.

²³ Francis Snyder je významným představitelem The European University Institute ve Florencii. Viz SNYDER, F. Europeanisation and Globalisation as Friends and Rivals: European Union Law in Global Economic Network. In Snyder, F. (ed.) *The Europeanisation of Law*. Oxford, Portland Oregon: Hart Publishing, 2000, s. 293 an. ISBN 1 84113-025-7.

²⁴ Srov. JAKŠ, J. Evropeizace – šance nebo hrozba? Členské státy a architektura EU. In Dančák, B., Fiala, P., Hloušek, V. (eds.). *Evropeizace*. Brno: MPÚ MU, 2005, s. 117. ISBN 8021038659.

²⁵ RADAELLI, C. M. *Europeanisation: Solution or problem ?* European Integration Online Papers. 2004, s. 3 [cit. 24. 7. 2008]. Dostupné z: <http://eiop.or.at/eiop/texte/2004-016a.htm>.

7. EVROPEIZACE PRÁVA JAKO INSTRUMENT PROCESU EVROPEIZACE

Právo ES/EU je významným projevem, prostředkem i výstupem procesu evropeizace a stejně tak lze naopak konstatovat, že proces evropeizace se zásadním způsobem projevuje v **evropeizaci práva**, a to nejen v **tvorbě a implementaci evropského práva, ale i evropeizaci pramenů práva, konceptu lidských práv a právního státu, v judičiální činnosti, v interpretaci práva, právních postupů a metod** a v konečné instanci i **ve způsobu právního myšlení**.²⁶ Evropeizace práva se tak promítá do celé právní oblasti EU, ale i jejího politického života a modifikuje rostoucím způsobem národní právní prostředí.

Evropská integrace je významným způsobem **organizována a realizována právními formami a právními institucemi**. Evropeizace práva se projevuje výrazně zejména právě evropeizací pramenů práva a jsme tak konfrontováni s faktem narůstajícího počtu právních pramenů, označovaného jako **multicentrismus pramenů práva**.

8. MULTICENTRISMUS PRÁVA A PRÁVNÍ PLURALISMUS

Pojetí multicentrismu práva svým obsahem navazuje **na koncept právního pluralismu**, který není v právní vědě nový. Jeho počátky sahají až do antiky s jejím dualismem přirozeného a pozitivního práva, později ho rozpracovala právní antropologie a právní sociologie. V poslední době se stoupečníci tohoto konceptu soustřeďují zejména kolem časopisu *The Journal of Legal Pluralism*.²⁷

Moderní koncepce právního pluralismu zdůrazňuje existenci plurality právních řádů působících paralelně vedle sebe v rámci téhož území, společnosti či státu, a to ve vztahu koexistence, konkurence nebo konfliktu. Postupující proces globalizace a evropeizace přistupuje právního pluralismu aktualizuje v podobě koncepce **multicentrismu práva**, jež oproti přístupům právního pluralismu klade větší důraz na podíl národních a nadnárodních oficiálních právo tvorných institucí jako tvůrců závazných pravidel. Multicentrické chápání práva je tak doktrinální odpovědí na existenci vnějších zdrojů práva jako projevu procesu evropeizace a globalizace práva.

Právní teorie se tradičně zaměřovala pouze na dva typy právních řádů: národní (vnitrostátní) právo a mezinárodní právo veřejné. Právní pluralismus vychází naproti tomu z faktu, že na určitém území mohou působit další právní normy různého původu, a to formulované jak v rámci téhož sociálního prostředí, tak i přicházející z vnějšku.

Italský profesor Francesco Viola rozlišuje tři kategorie právních řádů, s nimiž se dnes setkáváme vedle národní právní úpravy a mezinárodního práva veřejného.²⁸

²⁶ Viz k tomu studie SMITH, J.M. The Europeanisation of National Legal Systems: Some Consequences for Legal Thinking in Civil Law Countries. In HOECKE, M.V. (ed.) *Epistemology and Metodology of Comparative Law*. Oxford: Hart Publishing, 2004, s. 229 an.

²⁷ GRIFFITH, A. Legal Pluralism. In Banakar, R. and Travers, M. (eds.). *An Introduction to Law and Social Theory*. Oxford: Hart Publishing, 2002, s. 302 an. ISBN 1841132098.

²⁸ VIOLA, F. The Rule of Law in Legal Pluralism. In Gizbert-Studnicki, T., Stelmach, J. (eds.). *Law and Legal Cultures in the 21st Century. Plenary Lectures*. Warszawa: Oficyna, 2007, s. 110 an. ISBN 978-83-7526-235-3.

1. **Oblast mezinárodního práva** představující jednak ochranu soukromého vlastnictví státu nebo nestátních subjektů na mezinárodní úrovni (právní normy vydávané např. Světovou obchodní organizací /WTO/ nebo Světovou bankou), jednak ochraňující veřejný zájem jako je bezpečnost (Rada bezpečnosti OSN), životní prostředí (Mezinárodní komise na ochranu velryb), práva zaměstnanců (Mezinárodní organizace práce /ILO/) apod.
2. **Oblast supranacionálního práva** - příznačně sem patří právo ES/EU a rozhodnutí Evropského soudního dvora.
3. Oblast právních řádů, které **nemají striktně institucionální podobu** - právo etnických skupin, kmenové právo, náboženské právo apod.

Z dalších právních řádů sem lze dále zařadit rovněž např. ius humanitis, transnacionální lex mercatoria a transnacionální základní lidská práva.

Pluralita pramenů práva přináší specifické problémy jak národním normotvůrcům, tak i orgánům interpretujícím a aplikujícím právo. **Národní stát** přestává být výlučným **tvůrcem pravidel hry a stává se jejich příjemcem, interpretátorem, implementátorem, vymahatelem**, jakož i **rozhodcem svého druhu**. Proměňuje se tak i role národního (vnitrostátního) práva a role národního státu. Pojem práva nabývá vedle právně dogmatické dimenze i širší právně filozofickou a právně sociologickou dimenzi v reakci na fakt, že právo přestává být singulární a vedle obecných projevů má i konkrétní empirickou rovinu.

9. PROMĚNA PRÁVNÍ KULTURY

Změny práva jdou ruku v ruce s **přeměnami právní kultury**.²⁹ Právní kulturu zde chápeme užším významu jako právní kulturu vztaženou k té které společnosti, státu, případně ke skupině států, kdy máme na mysli určitý právní systém a jeho fungování jako určitého konkrétního typu právní kultury. Podstatnými znaky pro postižení jejího charakteru jsou pak zejména:

- **Kultura právního myšlení** - tradice a úroveň právního myšlení dané společností a státu.
- **Prameny práva a jejich závaznost** - jde o hlavní klasifikační znak právních kultur zahrnující tradici právo tvorných technik a kulturu pramenů práva.
- **Právní instituty** - jsou právní formou společenských institucí jakožto kulturně ustavených a kulturou prosazovaných způsobů uspokojování potřeb nebo řešení určitých problémů ve společnosti. Jsou proto významným projevem právní kultury a kultury vůbec.
- **Právní pojmy** - jsou základní skladebnou složkou právního myšlení, zejména pak legální pojmy specifikované v právních předpisech.
- **Struktura právních odvětví** - je výrazným projevem právní kultury.

²⁹ srov. HOECKE, M. *Law as Communication*. Oxford, Oregon: Hart Publishing, 2002, s. 57 an. ISBN 1-84113-341-8.

- **Pravidla určující tvorba práva a aplikaci práva** - pravidla procesu právo tvorby a principy a zásady jednotlivých typů aplikačního procesu.
- **Pojetí zákonnosti a právního státu.**

Přeměny právních kultur zvyšují význam právně komparatistických studií a výzkumů, na něž jsou zaměřeny jak vědecké instituce, jako je EUI (The European University Institute) ve Florencii, založený v roce 1972 mezinárodní úmluvou schválenou členskými státy Evropských společenství, tak mnoho cílených projektů financovaných EU.

Profesor Bruselské katolické univerzity Mark Van Hoecke, který se významně podílí na těchto **právně komparativních studiích** v souvislosti s procesem globalizace a evropeizace, se pokouší identifikovat oblasti, v nichž dochází v evropských národních právních kulturách v souvislosti s procesem globalizace k nárůstu vnitřních tenzí. Třecími plochami jsou zde zejména:³⁰

- **Dělicí hranice soukromého versus veřejného práva.** Tato hranice se oproti 19. století postupně ve 20. století stává méně zřetelnou a posunuje se směrem k soukromému právu v důsledku ochranné politiky veřejné moci ve prospěch „slabších subjektů“ (zaměstnanců, nájemníků apod.). V posledních desetiletích je to pak zejména ochrana spotřebitelů, kdy obecně celá oblast smluvního práva se stává ve stále větším rozsahu „veřejným“ právem. Promítá se zde i zvýšená ochrana lidských práv, zejména zákaz diskriminace, resp. požadavek stejného zacházení a snahy veřejné moci intervenovat do života jedinců i společenství. Sféra, ve které se mohou občané rozhodovat svobodným projevem své vůle o svém chování, se tak stává postupně velmi omezenou. Napětí pak vzniká tam, kde se hledá rovnováha mezi individuální svobodou a ochranou veřejných zájmů nebo jiných individuálních zájmů. Postupně přitom dochází k překlenování rozdílnosti přístupu common law a kontinentálního práva k této oblasti právních vztahů.
- **Národní právo versus evropské právo.** Určité napětí je více zřejmé v oblasti práva common law, neboť dominující evropské právo svým kontinentálním charakterem neodpovídá tradici anglické právní kultury. Ale i kontinentální národní právní systémy prodělávají strukturální přestavbu národního práva a dochází i zde k určitým tenzím.
- **Hmotné právo versus procesní právo.** Hoecke spatřuje rozdíly právních systémů spíše v oblasti procesního práva než práva hmotného. Jde zejména o národní rozdíly v pravomocích nejvyšších soudů a ve způsobu fungování nižších obecných soudů. Napětí mezi procesním a hmotným právem vzniká zejména v situaci, kdy subjektivní práva zůstávají jenom na papíře a nejsou dány adekvátními prostředky k jejich vymožení. Na druhé straně některé procesní prostředky poskytují nepřiměřeně více možností dosáhnout svého prospěchu, než co bychom regulérně očekávali na základě platného hmotného práva. To může být sice chápáno jako větší právní jistota, může to však být považováno za „soudcokracii“.

³⁰ HOECKE, M. European Legal Cultures in a Context of Globalisation. In Gizbert-Studnicki, T., Stelmach, J. (eds.). *Law and Legal Cultures in the 21st Century. Plenary Lectures*. Warszawa: Oficyna, 2007, s. 81 an. ISBN 978-83-7526-235-3.

- **Sociální práva versus liberálně chápaný volný trh.** Dvacáté století přineslo sociální orientaci veřejné moci, kdy sociální podmínky života přestávají být jen soukromou záležitostí sociálně potřebných, ale má se o ně postarat stát (veřejná moc). V jednotlivých státech se v důsledku národních tradic a společensko politického vývoje sice vyprofilovaly poněkud odlišné národní koncepty sociálního státu, sociální stát se nicméně stal institucionální součástí moderního státu západního světa. Napětí se však projevují mezi liberálními a sociálně demokratickými nebo socialistickými přístupy ke garantované úrovni sociálního zabezpečení.
- **Právní systém common law versus kontinentální právo (civil law).** Tradiční výrazná odlišnost těchto dvou velkých právních systémů se postupně, a to zejména díky evropské integraci, smazává.

10. AGENDA PRO BUDOUCNOST

Evropská socio-právní konference uspořádaná v roce 2005 ve španělském Oñati na téma „*Evropské cesty práva*“ formulovala výzkumné úlohy, na které se má zaměřit právní komparatistika, socio-právní výzkum a právní filosofie a teorie. Jejich výstupem by mělo být:³¹

1. Poznání vnitřních diferencí mezi evropskými státy v právní oblasti a jak se tyto mění v procesu globalizace.
2. Zvážení role práva v procesu sjednocování činnosti evropských institucí.
3. Vyjasnění podobností a rozdílů mezi Evropou, USA, islámským světem, Asií a dalšími oblastmi, vztahujících se k oblasti právního poznání, právních kultur a právní tradic.
4. Studium role evropského práva v globalizujícím se světě.
5. Hledání vhodných způsobů jak sociologicky analyzovat oblast práva v Evropě a nalezení forem jak tato zjištění zpětně využít k formování práva.

Literatura:

- BÁRÁNY, E. Pojmy dobrého práva. Žilina: EUROKODEX, 2007, 176 s. ISBN 978-80-88931-75-1.
- BAUMAN, Z. Globalizace. Důsledky pro člověka. Praha: Mladá fronta, 2000, 157 s. ISBN 80-204-0817-7.
- BAUMAN, Z. Úvahy o postmoderní době. Praha: Sociologické nakladatelství, 1995, 163 s. ISBN 80-85850-12-5.
- BECK, U. Co je to globalizace. Omyly a odpovědi. Brno: CDK, 2007, 191 s. ISBN 978-80-7325-123-9.

³¹ GESSNER, V., NELKEN, D. *European Ways of Law*. Oxford and Portland Oregon: Hart Publishing, 2007, s. 3. ISBN 978-1-84113-778-0.

- GESSNER, V., NELKEN, D. *European Ways of Law*. Oxford and Portland Oregon: Hart Publishing, 2007, 393 s. ISBN 978-1-84113-778-0.
- GIDDENS, A. *Sociologie*. Praha: Argo, 1999, 595 s. ISBN 80-7203-124-4.
- HOECKE, M. *European Legal Cultures in a Context of Globalisation*. In Gizbert-Studnicki, T., Stelmach, J. (eds.). *Law and Legal Cultures in the 21st Century. Plenary Lectures*. Warszawa: Oficyna, 2007, s. 81 an. ISBN 978-83-7526-235-3.
- HOECKE, M. *Law as Communication*. Oxford, Oregon: Hart Publishing, 2002, 224 s. ISBN 1-84113-341-8.
- HOECKE Van M. *The Harmonisation of Private Law in Europe: Some Misunderstandings*. In Hoecke Van M., Ost, F. (eds.). *The Harmonisation of European Private Law*. Oxford – Portland Oregon: Hart Publishing, 2000, s. 3-21. ISBN 1 84113-137-7.
- HUNGR, P. *Proces Globalizace a vývoj práva*. In *Teorie práva (kol. autorů)*. Praha: Linde, 2007, s. 310-324. ISBN 978-80-7201-637-2.
- PŘIBÁŇ, J. *Sociologie práva. Systémově teoretický přístup k modernímu právu*. Praha: Sociologické nakladatelství, 1996, 197 s. ISBN 80-85850-18-4.
- RADAELLI, C. M. *Europeanisation: Solution or problem ? European Integration Online Papers*. 2004, s. 3 [cit. 24. 7. 2008]. Dostupné z: <http://eiop.or.at/eiop/texte/2004-016a.htm>.
- RIGAUX, F. *Monism and Dualism within the European Jurisdiction*. In Hoecke Van M., Ost, F. (eds.). *The Harmonisation of European Private Law*. Oxford – Portland Oregon: Hart Publishing, 2000, s. 135-178. ISBN 1 84113-137-7.
- SCIARRA, S. *From Strasbourg to Amsterdam: Prospects for the Convergence of European Social Rights Policy*. In ALSTON, P. (ed.) *The EU and Human Rights*. Oxford, New York: Oxford University Press, 1999, s. 471-501. ISBN 0-19-829809-9.
- SCHAUER, F. *Is There a Concept of Law*. In Gizbert-Studnicki, T., Stelmach, J. (eds.). *Law and Legal Cultures in the 21st Century. Plenary Lectures*. Warszawa: Oficyna, 2007, s. 17-36. ISBN 978-83-7526-235-3.
- SNYDER, F. *Europeanisation and Globalisation as Friends and Rivals: European Union Law in Global Economic Network*. In Snyder, F. (ed.) *The Europeanisation of Law*. Oxford, Portland Oregon: Hart Publishing, 2000, s. 293-320. ISBN 1 84113-025-7.
- ŠKOP, M. *Právo v postmoderní situaci*. Brno: MU, 2008, 191 s. ISBN 978-80-210-4543-9.
- TWINING, W. *Globalisation and Legal Theory*. Cambridge, New York, Melbourne: Cambridge University Press, 2006, 279 s. ISBN 13 978-0-521-60594-6.
- URBANOVÁ, M. *Sociální kontrola a právo*. Brno: Masarykova univerzita, 1998, 125 s. ISBN 80-210-1947-6.

- VIOLA, F. The Rule of Law in Legal Pluralism. In Gizbert-Studnicki, T., Stelmach, J. (eds.). Law and Legal Cultures in the 21st Century. Plenary Lectures. Warszawa: Oficyna, 2007, s. 105-131. ISBN 978-83-7526-235-3.

Kontaktní údaje na autora – email:

Milos.Vecera@law.muni.cz

PRÁVNÍ POJEM RETROAKTIVITY

PETR VOJÍŘ

Právnická fakulta Masarykovy univerzity, Česká republika

Abstrakt v rodném jazyce

Příspěvek je zaměřen na problematiku retroaktivity právních norem. Jeho účelem ale není zkoumat, je-li retroaktivita právních norem v tom či onom právním odvětví toho či onoho právního řádu přípustná a případně za jakých podmínek, nýbrž kriticky pohlédnout na samotný právní pojem retroaktivity. V příspěvku se proto nejprve odkrývá historický a geografický kontext tohoto pojmu, posléze se podává systematika definic retroaktivity současné české právní vědy. Na závěr autor upozorňuje na nesprávnost některých recentních pojmenování a pojetí zkoumaného jevu a pokouší se ho proto pojmenovat a pojmut správně.

Klíčová slova v rodném jazyce

Retroaktivita právních norem, působnost, platnost a účinnost právních norem.

Abstract

This paper is focused on the issue of legal norms retroactivity. Its aim is not to inquire if legal norms retroactivity is admissible within a branch of law of some legal system and eventually under which conditions but to take a critical look at the legal concept of the retroactivity as such. Thus, there are some historical and geographical explanation of the concept in the paper and some classification of the retroactivity definitions of the recent Czech jurisprudence. Finally, the author of the paper points out incorrectness of some denominations and definitions of the phenomenon and so tries to denominate and define it correctly.

Key words

Retroactivity of legal norms, time applicability, validity and effectiveness of legal norms.

„*Lex retro non agit.*“
Stanislaw Wróblewski

1. POJEM RETROAKTIVITY V HISTORICKÉM A GEOGRAFICKÉM KONTEXTU

Současná česká právní věda je prvkem kontinentální právní vědy¹. Terminologie a pojmový aparát kontinentální právní vědy (ale i kontinentálního právního systému) jsou výsledkem staletého vývoje začínajícího v římském právu soukromém.

¹ Stejně tak jako právní řády všech států je možno podle charakteru formálních pramenů práva roztrždit do dvou velkých právních systémů (rodin, kultur, práv, základních typů resp. modelů práva, právních tradic) – do kontinentálního právního systému (zvaného též jako románsko-germánský) a do angloamerického právního systému, zvaného též jako common law [viz např. Knapp, V. Velké právní systémy (Úvod do srovnávací právní vědy). Praha: C.H.Beck, 1996, zejm. s. 103 a násl.; Merryman, J. H. The civil law tradition. An introduction to the Legal Systems of Western Europe and Latin America. Stanford: Stanford University Press, 1969; Knapp, V. Teorie práva. Praha: C.H.Beck, 1995, s. 91-104; Boguszak, J. In Boguszak, J., Čapek, J. Teorie práva. Praha: Codex Bohemia, 1997, s. 13.], je podle našeho názoru právní vědy všech států podle povahy terminologie a pojmového aparátu možno roztrždit do dvou typů právních věd – kontinentální právní vědy a angloamerické

Staří Římané sice byli vynikající praktici, ale sotva průměrní teoretici², proto se pojmu retroaktivity právních norem nedočkali. Ani maximu „Lex retro non agit“ („Zákon nepůsobí zpětně“) nelze považovat za zásadu římskoprávní³, ač to někteří současní autoři tvrdí⁴, nýbrž nejspíše za zásadu formulovanou v polské romanistice na začátku 20. století.⁵

Původ konceptů retroaktivity v současné české právní vědě⁶, ale i např. ve vědě německé či slovenské⁷, lze stopovat v tzv. tradiční nauce právní⁸, konkrétně v definici retroaktivity

právní vědy. Současný český právní řád je potom prvkem kontinentálního právního systému a současná česká právní věda prvkem kontinentální právní vědy.

² Weyr, F. *Teorie práva*. Brno-Praha: Orbis, 1936, s. 144: „Obdivujeme se sice originalitě a svéráznosti, jíž projevují Římané v organizaci svého státu a všeho, co s tím souvisí; avšak tomuto eminentně praktickému talentu nedopovídá obdobný talent teoretický: Říman neprojevuje žádného zvláštního zájmu pro myšlení teoretické, jako by cítil, že mu chybí k tomu nutný talent a originalita.“ Rebro, K. *Římské právo súkromné*. Bratislava: Obzor, 1980, s. 95: „Římané v důsledku svého praktického a kazuistického přístupu...“ Kincl, J. In Kincl, J. In Kincl, J., Urfus, V., Skřejpek, M. *Římské právo*. 2. vydání, Praha: C.H.Beck, 1995, s. 22: „Pro římské právníky bylo od nejstarších dob charakteristické těsné spojení s praxí, ... Ve starém Římě platilo již záhy za republiky, že právník je především praktikem, vědecká práce přistupovala vždy dodatečně, vyrůstala z činnosti praktické a praktické cíle měla také hlavně na zřeteli.“ Viz též Vážný, J. *Teorie římského práva a moderní právní věda*. Časopis pro právní a státní vědu, 1935, r. XVIII, s. 344-349.

³ K tomu viz výstižně zejména Skřejpek: „Jiná fikce týkající se římského práva spočívá v tom, že vlastně všechny latinské právní obraty, rčení a definice jsou obecně přisuzovány starým Římanům. Často se však zapomíná, že mnoho z toho, co se nám z římského práva do dnešních dob dochovalo, je dílem italských středověkých právních škol a učení doktoři sice z římského práva vycházeli, ale také je pochopitelně přizpůsobovali potřebám své doby. Protože latina byla dlouho univerzálním jazykem vzdělanců, používala se v právu i později, ... Negativně můžeme retroaktivitu velmi stručně charakterizovat úlovím *lex non retro agit* (zákon nepůsobí nazpět), nebo i jinak – *lex prospicit, non respicit* (zákon se dívá dopředu, nikoli zpátky). Obě latinská úloví nejsou římskými maximami, jako ostatně tolik dalších.“ Skřejpek, M. *Retroaktivita a římské právo*. Právník, 2001, č. 6, s. 617-618.

⁴ Viz např. Gerloch: „Zásada *lex non retro agit* – zákon nepůsobí nazpět se připisuje Theodosiu I.“ (Gerloch, A. *Teorie práva*. 2. rozšířené vydání. Dobrá Voda: Aleš Čeněk, 2001, zejm. s. 88) či Wojtczak: „Zásada *lex retro non agit* pochází z římského práva.“ (Wojtczak, S. *Lex retro non agit*. Obsah zásady – teoretická analýza. Právní obzor, 2004, č. 5, s. 395.)

⁵ „Skutečnost, že část právníké latiny je ze základu národního charakteru, je dobře ilustrována maximou *lex retro non agit* [‘zákon nepůsobí zpětně’], užívanou jako stavební prvek polské právní kultury. Tato maxima nebyla formulována Římany (ačkoliv je jistě založena na římském právu); zřejmě je ryze polská, ... Maxima *lex retro non agit* byla pravděpodobně formulována polským specialistou na římské právo, Stanislavem Wróblewským, na začátku 20. století. Dnes to je nejpopulárnější maxima v polských rozsudcích, obzvláště v rozsudcích Ústavního soudu, ale i rozsudcích Nejvyššího správního soudu a soudů odvolacích.“ (Mattila, H.E.S., Goddard, Ch. *Comparative Legal Linguistics*. Aldershot: Ashgate Publishing, 2006, s. 154)

⁶ Oproti tomu recentní pojetí retroaktivity ve francouzské či polské právní vědě mají jiné kořeny, především v osvícenství (Viz Wojtczak, S. *Lex retro non agit*. Obsah zásady – teoretická analýza. Právní obzor, 2004, č. 5, s. 395).

⁷ K slovenským pojetím retroaktivity právních norem viz např. Júda, V. *Princip právej istoty versus retroaktivita v práve*. Právní obzor, 2003, č. 4, s. 403-407 či Ďurovčík, J. *Retroaktivita*. Bulletin slovenskej advokacie, 2005, č. 2, 28-29.

⁸ Tradiční naukou právní se rozumí souhrn pojmů vytvořených právními školami středověkými (zejm. glosátory a komentátory) a novověkými (zejm. pandektisty a historickoprávní školou) na podkladě studia kodexu římského práva zvaného *Corpus Iuris Civilis* (zejm. *Digest*) od konce 11. do konce 19. století. K tomu viz např. Boguszak, J. a kol. *Teorie státu a práva I*. Praha: Orbis, 1967, s. 275. Některé názvy či pojmy v současné kontinentální právní vědě ale nepramení z tradiční nauky právní, nýbrž z kanonického práva, obchodního práva přímořských italských měst (zejména v nauce soukromého práva) a osvícenství (zejm. v oblasti práva veřejného). K tomu viz např. Merryman, J. H. *The civil law tradition. An introduction to the Legal Systems of Western Europe and Latin America*. Stanford: Stanford University Press, 1969, s. 11-19.

vypracované Friedrichem Carlem von Savigny (1779-1861)⁹, zakladatelem německé historickoprávní školy, v jeho vrcholném díle *System des heutigen römischen Rechts* (System des heutigen römischen Rechts)¹⁰.

Savigny v podstatě za retroaktivitu označoval jakékoliv zachycování minulé skutečnosti novým zákonem¹¹. Na Savignyho v české právní vědě navazuje Emanuel Tilsch a na jeho širokém výměru retroaktivity buduje dualismus pravé a nepravé retroaktivity:

„Pravé zpětné působení nového zákona jest tu jen tehdy, když působí i pro dobu minulou, ..., Nepravé zpětné působení, ..., tu jest, když nový zákon nařizuje, že ho má být užito i na staré právní poměry již založené, ale teprve od doby, kdy počíná působnost nového zákona anebo od doby ještě pozdější.“¹²

Recentní český diskurs o pojmu retroaktivity je do jisté míry ovlivněn pojmoslovím socialistické právní vědy¹³; neustále nabývá na významu pohled normativistický reprezentovaný Adolfem Procházkou¹⁴.

Angloamerická právní věda prodělala jiný historický vývoj než právní věda kontinentální, proto není s podivem, že i vztah právní normy k minulosti nazývá a pojímá poněkud odlišně. V angloamerické právní vědě slouží k označení pravé retroaktivity výraz „Ex Post Facto Law“; k označení nepravé retroaktivity výraz „retrospektivita“ („retrospectivity“, „Retrospective Laws“).¹⁵

⁹ Viz Adolf Procházka: „Běžnému pojetí retroaktivity dala pečeť autorita Savignyho.“ (Procházka, A. *Základy práva intertemporálního se zvláštním zřetelem k § 5 obč. zák. (studie.)*. Brno: Nakladatelství Barvič & Novotný, 1928, s. 68)

¹⁰ Savigny, K. *System des heutigen römischen Rechts*. Svazek VIII., Berlin: Deit und Comp., 1849.

¹¹ „že zpětně působící zákon následky nastalých právních skutečností své moci (podrobuje), tudíž na tyto následky (působí),..., takové zpětné působení, ..., lze si představit v následujících odstínech: A. V samotných následcích, které by od doby nového zákona v budoucnu nastaly. B. V těchto následcích, a současně i těch následcích, které spadají v mezidobí mezi právními skutečnostmi a novým zákonem.“ [Savigny, K. *System des heutigen römischen Rechts*. Svazek VIII., Berlin: Deit und Comp., 1849, s. 382; přeloženo dle citace v: Procházka, A. *Základy práva intertemporálního se zvláštním zřetelem k § 5 obč. zák. (studie.)*. Brno: Nakladatelství Barvič & Novotný, 1928, s. 68.]

¹² Tilsch, E. *Občanské právo. Obecná část*. Praha: Všehrad, 1925, s. 75-78.

¹³ Máme tu na mysli zejména materialistickou dialektickou logikou ovlivněné pojmy právní normy (znak regulativnosti) a právních vztahů (neproniknutelnou mlhou zahalené propojení normativity a reality a činění tohoto pojmu základním kamenem pojmové výstavby právní nauky).

¹⁴ Adolf Procházka zastává v české škole normativní teorie obdobné postavení jako Adolf Merkl ve škole rakouské. Pro oba je příznačná věrnost svým učitelům, ale nikoliv nekritická, a zaujetí tvorbou práva. K tomu viz zejm. Weyr, F. K problému tzv. automatické normotvorby (Poznámky ke spisu Ad. Procházký: *Tvorba práva a jeho nalézání*). *Časopis pro právní a státní vědu*, 1938, r. XXI, s. 101.

¹⁵ Júda, V. *Princip právej istoty versus retroaktivita v práve*. *Právny obzor*, 2003, č. 4, s. 404-405. K tomu viz též Mattila, H.E.S., Goddard, Ch. *Comparative Legal Linguistics*. Aldershot: Ashgate Publishing, 2006, s. 154.

2. SYSTEMATIKA RECENTNÍCH ČESKÝCH DEFINIC RETROAKTIVITY

V současné české právní vědě je problematika retroaktivity právních norem zpracována v teorii práva¹⁶ i v naukách jednotlivých právních odvětví, zejm. v nauce práva Evropské unie¹⁷, ústavního práva¹⁸, trestního práva hmotného¹⁹ a občanského práva hmotného²⁰.

Většina autorů zabývajících se retroaktivitou (nazývanou též zpětnou účinností, zpětnou působností, zpětným působením či zpětnými účinky) právní normy²¹ představuje dualismus pravé a nepravé retroaktivity a definuje tyto dva pojmy, aniž by předtím vymezila samotný pojem retroaktivity společný pro retroaktivitu pravou a nepravou.

V tomto příspěvku se pojmem nepravé retroaktivity²² nebudeme blíže zabývat²³ zejména proto, že nepravá retroaktivita retroaktivitou vůbec není.²⁴

¹⁶ Viz učebnice teorie práva (např. Boguszak, J., Čapek, J. Teorie práva. Praha: Codex Bohemia, 1997, zejm. s. 75-76; Gerloch, A. Teorie práva. 2. rozšířené vydání. Dobrá Voda: Aleš Čeněk, 2001, zejm. s. 88-92; Harvánek, J. a kol. Teorie práva. Plzeň: Aleš Čeněk, 2008, zejm. s. 214-216; Kubů, L., Hungr, P., Osina, P. Teorie práva. Praha: Linde, 2007, zejm. s. 81-84 či Knapp, V. Teorie práva. Praha: C.H. Beck, 1995, zejm. s. 207-211), pasáže v právně-filozofických dílech (např. Holländer, P. Filosofie práva. Dobrá Voda: Aleš Čeněk, 2006, zejm. s. 88-93 či Hanuš, L. Právní argumentace nebo svévole. Úvahy o právu, spravedlnosti a etice. Praha: C.H. Beck, 2008, zejm. s. 65-75), články v právnických časopisech [např. Steiner, V. K problematice nepřipustnosti retroaktivity právních norem. Právník, 1994, č. 1, s. 1-6; Fiala, J. Iura quaesita a jejich uplatnění v judikatuře Ústavního soudu. Právník, 1999, č. 3, s. 250-260; Hanuš, L. Důvěra v právo z pohledu nepřipustnosti retroaktivní interpretace právních předpisů. Právní rozhledy, 2005, č. 14, s. 519-523; Jemelka, L. Problematika retroaktivity právních předpisů. Veřejná správa, 2007, č. 39, s. 12 a 21; Kysela, J. Na okraj platnosti, účinnosti a retroaktivity zákonů. Právní rozhledy, 2005, č. 22, s. 812-816; Krecht, J. Retroaktivita právních aktů. Právník, 2003, č. 11, s. 1136-1145; Hanuš, L. Několik glos k ochraně nabytých práv (s přihlédnutím k judikatuře Ústavního soudu ČR). Právník, 2003, č. 6, s. 564-594].

¹⁷ Viz zejm. v současné české právní vědě naprosto ojedinělá monografie na téma retroaktivity právních norem - Petrлік, D. Retroaktivita právních předpisů v komunitárním právu s přihlédnutím k právu českému, německému a francouzskému. Praha: Linde, 2005.

¹⁸ Viz např. Filip, J. Ústavní právo České republiky. I. díl. Základní pojmy a instituty. Ústavní základy ČR. Brno: Masarykova univerzita v Brně a Doplněk, 1999, s. 265 či Šimáčková, K. Retroaktivita z pohledu ústavního práva. In Dny veřejného práva, sborník z mezinárodní konference. Brno: Masarykova univerzita, 2007, s. 151-167.

¹⁹ Viz např. Kratochvíl, V. a kol. Trestní právo hmotné. Obecná část. Brno: Masarykova univerzita, 2002, zejm. s. 32-33, 40-41, 50-51 a 85-96; Procházka, A. Quo vadis...? Právní rozhledy, 1996, č. 5, s. 212-213 či Púry, F., Šámal, P. Ještě k problematice promlčení trestnosti činů ve vztahu k zákazu retroaktivity nepříznivějšího zákona v neprospěch pachatel. Právní rozhledy, 1996, č. 11, s. 504-508.

²⁰ Viz např. Knapp, V. a kol. Občanské právo hmotné. Svazek I. Praha: CODEX, 1997, s. 85 či Hurdík, J. Zásady soukromého práva. Brno: Masarykova univerzita, 1998, zejm. s. 128-133.

²¹ Recentní českou právní vědou je retroaktivita považována nejen za vlastnost právní normy, nýbrž i za vlastnost formálního pramene práva, tedy zákona a jiných právních předpisů (normativních právních aktů). Výjimečně je o retroaktivitě uvažováno i v rovině práva subjektivního ve vztahu k individuálním právním aktům (viz Krecht, J. Retroaktivita právních aktů. Právník, 2003, č. 11, zejm. s. 1136; Petrлік, D. Retroaktivita právních předpisů v komunitárním právu s přihlédnutím k právu českému, německému a francouzskému. Praha: Linde, 2005, s. 121-122) a smlouvám (Glatzová, V. Krátká obhajoba přípustnosti zpětné účinnosti smluv. Právní rozhledy, 2006, č. 14, s. 518-519).

²² „Nepravá retroaktivita se v současné české právní vědě chápe zpravidla tak, že: platnost právních skutečností, vznik právních vztahů a jejich následky, k nimž došlo před účinností nového zákona, se posoudí podle práva dřívějšího, ale – trvá-li dříve vzniklý právní vztah i nadále – posoudí se ode dne účinnosti zákona nového podle zákona nového a podle tohoto zákona se posoudí i právní následky dotyčného právního vztahu, vzniklé po účinnosti nového zákona.“ (Knapp, V. Teorie práva. Praha: C.H. Beck, 1995, s. 208)

Retroaktivita je slovo latinského původu; skládá z výrazů *retro* a *agere*. *Retro* znamená zpět, nazpět, dozadu; *agere* hnát, honit, pohánět.²⁵ *Retro-agere* je tedy v původním významu hnát zpět.²⁶

Všechny české definice retroaktivity právních norem jsou jednotné v tom, že retroaktivitou míní působení právní normy v minulosti; rozcházejí se ale v tom, co lze považovat za minulost a především v tom, v čem spočívá ono působení.

Za minulost ve vztahu k právní normě pokládá se časový úsek, který nastal buď před tím, než právní norma nabyla platnosti, nebo předtím, než nabyla účinnosti. V české právní vědě převládá názor, že rozhodující skutečností je nabytí účinnosti, nikoliv nabytí platnosti.

V recentní české právní vědě se má za to, že platná právní norma je taková právní norma, která je součástí právního řádu²⁷ a že účinná právní norma je taková právní norma, která svým recipientům působí vznik práv a povinností; předpokladem účinnosti právní normy je její platnost.²⁸

Tento teoretický pojmový dualismus je odrazem obsahu právního řádu; kdy a na základě jakých právních skutečností právní norma nabývá platnosti a účinnosti je pro právní vědu určeno právním řádem České republiky.²⁹

²³ Taktéž postupováno v práci Petrlík, D. *Retroaktivita právních předpisů v komunitárním právu s přihlédnutím k právu českému, německému a francouzskému*. Praha: Linde, 2005 (viz zejm. s. 13).

²⁴ Toto je *opinio communis doctorum* české právněvědecké obce (viz např. Knapp, V. *Teorie práva*. Praha: C.H. Beck, 1995, s. 208; Gerloch, A. *Teorie práva*. 2. rozšířené vydání. Dobrá Voda: Aleš Čeněk, 2001, zejm. s. 89; Hanuš, L. *Právní argumentace nebo svévole. Úvahy o právu, spravedlnosti a etice*. Praha: C.H. Beck, 2008, zejm. s. 68). Ostatně nejen v angloamerické právní vědě, nýbrž i v právní vědě francouzské a polské a v judikatuře druhého senátu německého Spolkového ústavního soudu se termínu „nepravá retroaktivita“ nepoužívá. Vlivem Roubierova díla používá se ve francouzské a polské právní vědě výraz „bezprostřední působení práva“, „okamžitý účinek nového zákona“ („l'effet immediat de la loi nouvelle“; k tomu viz např. Bergel, J.L. *Théorie générale du droit*. 4. Vydání. Paříž: Dalloz, 2003, s. 131; Wojtczak, S. *Lex retro non agit*. Obsah zásady – teoretická analýza. *Právní obzor*, 2004, č. 5, s. 395; Petrlík, D. *Retroaktivita právních předpisů v komunitárním právu s přihlédnutím k právu českému, německému a francouzskému*. Praha: Linde, 2005, s. 37 a násl.; Hurdík, J. *Zásady soukromého práva*. Brno: Masarykova univerzita, 1998, zejm. s. 129); druhý senát německého Spolkového ústavního soudu začal pracovat s termínem „zpětné navázání na skutečnosti“ („Tatbestandliche Rückanknüpfung“; k tomu viz Petrlík, D. *Retroaktivita právních předpisů v komunitárním právu s přihlédnutím k právu českému, německému a francouzskému*. Praha: Linde, 2005, s. 44-45)

²⁵ Pražák, J.M., Novotný, F., Sedláček, J. *Latinsko-český slovník*. Praha: KLP, 1999, s. 55 a 1153.

²⁶ Pražák, J.M., Novotný, F., Sedláček, J. *Latinsko-český slovník*. Praha: KLP, 1999, s. 1153.

²⁷ Knapp, V. *Teorie práva*. Praha: C.H. Beck, 1995, s. 163-164.

²⁸ Knapp, V. *Teorie práva*. Praha: C.H. Beck, 1995, s. 164.

²⁹ Právní předpisy nabývají platnosti svým vyhlášením [viz čl. 52 Ústavy ČR; ust. §3 odst. 1 zákona č. 309/1999 Sb., o Sbírce zákonů a o Sbírce mezinárodních smluv, ve znění pozdějších předpisů; ust. §12 odst. 1 zákona č. 128/2000 Sb., o obcích (obecní zřízení), ve znění pozdějších předpisů; ust. § 45 odst. 1 zákona č. 131/2000 Sb., o hlavním městě Praze, ve znění pozdějších předpisů; ust. §8 odst. 1 zákona č. 129/2000 Sb., o krajích (krajské zřízení), ve znění pozdějších předpisů], přičemž vyhlášením se rozumí u ústavních zákonů, zákonů, zákonných opatření Senátu, nařízení vlády, právních předpisů (vyhlášek) vydávaných ministerstvy a ostatními ústředními správními úřady a právních předpisů (vyhlášek) jiných správních úřadů a právnických osob, pokud na základě zvláštního zákona vydávají právní předpisy s celostátní působností, vyhlášení (publikace) ve Sbírce zákonů - dnem vyhlášení právního předpisu je den rozeslání příslušné částky Sbírky zákonů, uvedený v jejím záhlaví; u obecně závazných vyhlášek a nařízení obce vyvěšení na úřední desce obecního úřadu po dobu 15 dnů - dnem vyhlášení právního předpisu obce je první den jeho vyvěšení na úřední desce; u obecně závazných vyhlášek

Pokud se týče podstaty působení právní normy do minulosti, recentní české koncepce retroaktivity (též nazývané, jak již řečeno, zpětnou účinností či zpětnou působností³⁰) právní normy lze rozdělit do dvou skupin, a sice na koncepce spočívající v zásahu do právních skutečností nebo právních následků na straně jedné a koncepce nespočívající v zásahu do právních skutečností ani právních následků³¹.

Podle koncepcí spočívajících v zásahu do právních skutečností nebo právních následků³² je právní norma retroaktivní, jestliže se podle ní posuzují, upravují či řídí před její účinností nastalé právní skutečnosti či právní vztahy (právní poměry)³³ nebo se jí mění před její účinností nastalé právní následky³⁴ či právní situace.³⁵

Menší skupina českých autorů zastává koncepcie nespočívající v zásahu do právních skutečností ani právních následků. Tuto skupinu je dále možno členit na autory inspirované dílem Adolfa Procházky a na ostatní autory.

hlavního města Prahy a nařízení hlavního města Prahy uveřejnění (publikace) ve Sbírce právních předpisů hlavního města Prahy; u obecně závazných vyhlášek kraje a nařízení kraje vyhlášením ve Věstníku právních předpisů kraje - dnem vyhlášení právního předpisu kraje je den rozeslání příslušné částky Věstníku, který musí být uveden v jejím záhlaví.

Pokud není stanovena účinnost pozdější, nabývají právní předpisy publikované ve Sbírce zákonů, právní předpisy obce, právní předpisy hlavního města Prahy i právní předpisy kraje účinnosti patnáctým dnem po vyhlášení; vyžaduje-li to naléhavý obecný zájem, lze výjimečně stanovit dřívější počátek účinnosti, nejdříve však dnem vyhlášení [viz ust. §3 odst. 3 zákona č. 309/1999 Sb., o Sbírce zákonů a o Sbírce mezinárodních smluv, ve znění pozdějších předpisů; ust. §12 odst. 2 zákona č. 128/2000 Sb., o obcích (obecní zřízení), ve znění pozdějších předpisů; ust. § 45 odst. 3, 4 zákona č. 131/2000 Sb., o hlavním městě Praze, ve znění pozdějších předpisů; ust. §8 odst. 4, 5 zákona č. 129/2000 Sb., o krajích (krajské zřízení), ve znění pozdějších předpisů].

³⁰ Působností právní normy se rozumí „vymezení rozsahu realizace a aplikace právní normy.“ (Gerloch, A. Teorie práva. 2. rozšířené vydání. Dobrá Voda: Aleš Čeněk, 2001, s. 62.). Časová působnost právní normy „dává odpověď“ na otázku, kdy počíná a kdy končí účinnost právního předpisu, resp. zda v době, kdy se klade otázka časové působnosti, je či není právní předpis účinný.“ (Knapp, V. Teorie práva. Praha: C.H. Beck, 1995, s. 165.).

³¹ Toto třídění vychází z třídění vyjádřeného v díle Petrlík, D. Retroaktivita právních předpisů v komunitárním právu s přihlédnutím k právu českému, německému a francouzskému. Praha: Linde, 2005, s. 35-52 (v koncepcích založených na zásahu do právních kategorií na straně jedné a koncepcích neopírajících se o působení na právní kategorie na straně druhé).

³² Mezi jejich stoupence patří většina českých právních vědců; tyto koncepce jsou zaujaty ve všech českých učebnicích teorie práva.

³³ A to nejen obsah právního vztahu, nýbrž i jeho vznik.

³⁴ Právní následek může tkvět ve vzniku, změně nebo zániku právních vztahů, ve vzniku, změně nebo zániku subjektivních práv a povinností, ve vzniku, změně nebo zániku právního nároku, ale i v jiných právních následcích (čili ve vzniku, změně nebo zániku právně relevantního vztahu). K tomu viz Knapp, V. Teorie práva. Praha: C.H.Beck, 1995, s. 190-191.

³⁵ Právní situací je třeba rozumět „situaci, v níž se ocitají subjekty, které jsou osloveny danou právní úpravou, tedy o situaci, v níž jim z této úpravy plynou určité povinnosti nebo určitá oprávnění.“ (Krecht, J. Retroaktivita právních aktů. Právník, 2003, č. 11, s. 1136.). Koncepce retroaktivity postavená na pojmu právní situace je výjimečná v české právní teorii, nikoliv však v kontinentální právní vědě vůbec; tato koncepce je velice rozšířena ve francouzské právní vědě zásluhou tzv. teorie okamžitého účinku nového zákona (théorie de „l'effet immédiat de la loi nouvelle“) vytvořené P. Roubierem. K tomu viz např. Bergel, J.L. Théorie générale du droit. 4. Vydání. Paříž: Dalloz, 2003, s. 131; Petrlík, D. Retroaktivita právních předpisů v komunitárním právu s přihlédnutím k právu českému, německému a francouzskému. Praha: Linde, 2005, s. 37 a násl.; Wojtczak, S. Lex retro non agit. Obsah zásady – teoretická analýza. Právní obzor, 2004, č. 5, s. 395.

Dílem Adolfa Procházky³⁶ jsou inspirováni především Pavel Holländer³⁷, Josef Fiala³⁸ a Libor Hanuš³⁹. Za všechny z nich lze poukázat na definici Josefa Fialy:

„U retroaktivity a jejího zákazu spočívají předpoklady analýzy v posouzení účinků nového zákona. Ten buď působí nazpět, tj. pro dobu minulou, a to tak, že zakládá právní následky na minulých konkrétních skutkových podstatách, nebo tyto účinky nemá. Tímto způsobem jsou dány časové meze nového zákona vůči minulosti. Přitom stranou pozornosti zůstává předchozí (starší) zákon a jeho obsah. Retroaktivita nijak pojmově se ‚starým‘ právem nepočítá, ohraničuje abstraktní skutkovou podstatu nového práva vůči minulosti bez ohledu na to, zda in praeterito platilo odchylné právo jiné či zda v minulosti absentovala jakákoli úprava nově regulovaných společenských vztahů.“⁴⁰

Mezi ostatní autory zastávající koncepcí nespočívajících v zásahu do právních skutečností ani právních následků počítáme především Viléma Steinera a Davida Petrlíka.

Vilém Steiner buduje své vymezení retroaktivity na základě logiky normativních vět (deontické logiky) s přihlédnutím k časovému aspektu (zásada *lex posterior derogat priori*, rozhraničující okamžik účinnosti právní normy):

„Otázka zpětné působnosti právní normy může přitom vzniknout jedině na základě časového určení rozhodných skutkových, tj. subsumpčních podmínek ve vztahu k okamžiku její účinnosti. Právní normu bude totiž nutné pokládat za retroaktivní tehdy, jestliže stanoví právní následky pro takové skutkové podmínky, k jejich dovršení došlo ještě před datem její účinnosti. Naproti tomu časové určení pro volbu uskutečnění dispozice není pro pojem retroaktivity již rozhodné. Z uvedeného zároveň plyne, že u retroaktivity nejde o zásadu jen logickou.“⁴¹

David Petrlík své pojetí retroaktivity staví na francouzské doktrinní koncepci L. Bacha a za základní definiční znak retroaktivity vytyčuje lidské chování:

³⁶ Jedná se zejména o Procházkovu monografii *Základy práva intertemporálního* [Procházka, A. *Základy práva intertemporálního se zvláštním zřetelem k § 5 obč. zák. (studie.)*. Brno: Nakladatelství Barvič & Novotný, 1928]. Procházkovy *Základy práva intertemporálního* jsou pro Josefa Fialu „významné práce“ (Fiala, J. *Iura quaesita a jejich uplatnění v judikatuře Ústavního soudu*. *Právník*, 1999, č. 3, s. 250), Libor Hanuš je hodnotí jako „dosud v daném oboru zkoumání nepřekonanou a precizní práci“ (Hanus, L. *Několik glos k ochraně nabytých práv (s přihlédnutím k judikatuře Ústavního soudu ČR)*. *Právník*, 2003, č. 6, s. 571, pozn. pod čarou 19) a „v našich zeměpisných šířkách domnívám se dosud nepřekonanou monografií“ (Hanus, L. *Právní argumentace nebo svévole. Úvahy o právu, spravedlnosti a etice*. Praha: C.H. Beck, 2008, zejm. s. 69, pozn. pod čarou 221).

³⁷ Viz zejm. Holländer, P. *Filosofie práva*. Dobrá Voda: Aleš Čeněk, 2006, zejm. s. 91-92.

³⁸ Viz zejm. Fiala, J. *Iura quaesita a jejich uplatnění v judikatuře Ústavního soudu*. *Právník*, 1999, č. 3, s. 250-260.

³⁹ Hanuš, L. *Právní argumentace nebo svévole. Úvahy o právu, spravedlnosti a etice*. Praha: C.H. Beck, 2008, zejm. s. 65-75.

⁴⁰ Fiala, J. *Iura quaesita a jejich uplatnění v judikatuře Ústavního soudu*. *Právník*, 1999, č. 3, s. 252.

⁴¹ Steiner, V. *K problematice nepřipustnosti retroaktivity právních norem*. *Právník*, 1994, č. 1, s. 2-3.

„...nejpřesnější konstatovat zpětnou účinnost zákona tehdy, jestliže jeho aplikace vede k tomu, že je za nedovolené prohlášeno chování uskutečněné před jeho vyhlášením, popř. nabytím účinnosti, ačkoliv toto chování bylo dovolené podle dřívějšího zákona a naopak...“⁴²

Určitým kompromisem mezi oběma zmíněnými koncepcemi retroaktivity právních norem je pojetí připouštějící retroaktivitu jak v podobě zachycování skutečností již právními normami „zpracovaných“, tak i v podobě nezahrnující tento definiční znak. Jedná se o pojetí Luboše Tichého, v současnosti představované Kateřinou Šimáčkovou:

„Pravá retroaktivita pak ‚zahrnuje v podstatě dvě odlišné situace‘, a to za prvé ‚stav, že nová právní úprava dávala vznik (novým právním) vztahům před její účinností za podmínek, které teprve dodatečně stanovila‘, a za druhé ‚novela může měnit právní vztahy vzniklé podle staré úpravy, a to ještě před účinností nového zákona‘⁴³ „⁴⁴

3. KRITIKA RECENTNÍCH POJMENOVÁNÍ A POJETÍ ZKOUMANÉHO JEVU

Současná česká právní věda zdělila po tradiční nauce právní terminologii a pojmový aparát. Je nutno si ale uvědomit, že mnohé pojmy či aspoň názvy jsou vědecky nesprávné, protože brání správnému pochopení zkoumaného jevu. Svou zátěž z tradiční nauky právní nese si i český recentní výraz a pojem retroaktivity právních norem.

Máme za to, že výrazy „retroaktivita právních norem“, „zpětná účinnost právních norem“, „zpětné účinky právních norem“, „zpětná působnost právních norem“ či „zpětné působení právních norem“ jsou nevhodné a matoucí⁴⁵.

Jsou v nichž totiž použita slova, kterými se designují jevy při myšlení v dimenzích příčiny, účinku, času a prostoru, tedy tzv. kauzálního světa. To potom vede k tomu, přestože se rozlišuje mezi působností právní normy ve smyslu sociologickém na straně jedné a působností právní normy ve smyslu technickém na straně druhé⁴⁶ i mezi efektivností (účinností ve smyslu sociologickém) právní normy na straně jedné a její účinnost (účinnost ve smyslu sociologickém) na straně druhé⁴⁷, že retroaktivita je pokládána za něco nemožného (v duchu

⁴² Petrlík, D. Retroaktivita právních předpisů v komunitárním právu s přihlédnutím k právu českému, německému a francouzskému. Praha: Linde, 2005, s. 50.

⁴³ Tichý, L. K časové působnosti novely občanského zákoníku. Právník, 1984, č. 12, s. 1104.

⁴⁴ Šimáčková, K. Retroaktivita z pohledu ústavního práva. In Dny veřejného práva, sborník z mezinárodní konference. Brno: Masarykova univerzita, 2007, s. 152.

⁴⁵ K tomu viz např. Procházka, A. Základy práva intertemporálního se zvláštním zřetelem k § 5 obč. zák. (studie). Brno: Nakladatelství Barvič § Novotný, 1928, s. 26-27; Procházka, A. Retroaktivita. In Slovník veřejného práva československého. Sv. III. Brno: R. M. Rohrer, 1934, s. 799. Krejčí argumentuje pro opačný názor tím, že výrazu „účinnost“ a „působnost“ používá se v jiném významu než při poznávání přírody a že tento dvojitý význam slov je při různém poznávání přípustný (Krejčí, J. Zpětná působnost zákonů z hlediska práva ústavního. Praha: Moderní stát, 1933, s. 14, pozn. pod čarou 9.).

⁴⁶ Knapp, V. Teorie práva. Praha: C.H.Beck, 1995, s. 165.

⁴⁷ Viz např. Knapp, V. Teorie práva. Praha: C.H.Beck, 1995, s. 35 a 164.

rčení „co se stalo, nemůže se odestát“) a za právní fikci⁴⁸; významová ambivalence výrazu svádí k nepřesnému chápání⁴⁹.

Ano, nic (tudíž ani norma⁵⁰) nemůže zpětně účinkovat či působit a měnit tím v minulosti účinky minulých příčin; to by bylo v rozporu s přírodním zákonem – Je-li A, bude (následuje) B. Norma ale spočívá na jiném sepětí dvou skutečností - Je-li A, má být (následovat) B.⁵¹

Kdežto účinek musí vždy nastat v čase po své příčině, plnění (splnění povinnosti) po příslušné právní skutečnosti (např. odstoupení od smlouvy) nastat nemusí (nesplnění, porušení povinnosti); navíc právní skutečnost nebo hypotéza právní normy mohou určovat, že splnění povinnosti vyplývající z této právní skutečnosti má (mělo) nastat v minulosti (před naplněním právní skutečnosti).

Jsme proto toho názoru, že v pojmu normy není zahrnut znak příčinnosti a tudíž ani časové následnosti; nelze proto říci, že právní norma per definitionem platí, natožpak působí, do

⁴⁸ Knapp, V. *Teorie práva*. Praha: C.H.Beck, 1995, s. 210.

⁴⁹ Bylo by ale zjednodušující toto recentní pojetí retroaktivity odvozovat pouze od výkladů výrazů „účinnost“ a „působnost“. Toto pojetí totiž vyvěrá ze samotného pojmu právní normy; právní normě přičítá za materiální znak vedle právní závaznosti, obecnosti a vynutitelnosti i regulativnost. Regulativnost (čili normativnost či normativní nexus) má dvojitý aspekt - logický a sociologický. Logickému aspektu odpovídá označení normativnost (normativní nexus), sociologickému regulativnost. Logický aspekt regulativnosti znamená, že právní norma něco stanoví, že je větou preskriptivní, nikoliv deskriptivní. Sociologický aspekt regulativnosti právní normy spočívá v tom, že právní norma je vydávána za tím účelem, aby ve společnosti něco regulovala (rozuměj: ovlivňovala). Předmět právní normy, tedy nějaké lidské chování (společenské vztahy), které právní normy předpisují jako povinné, musí být regulovatelný (ovlivnitelný).

Sociologický aspekt regulativnosti je nejen výrazem sociologického přístupu k právu, nýbrž i dialektické logiky v právních pojmech (směšování normativity a reality v duchu jednoty protikladů). Podle něj tedy i když právní norma splňuje všechny ostatní formální a materiální právní znaky (včetně logického aspektu regulativnosti) kladené na normu jako takovou, ale stanoví něco, co je ve společnosti či v přírodě neuskutečnitelné, nejedná se o právní normu, jedná se pouze právní normu zdánlivou.

A právě u retroaktivní normy je shledáván nedostatek znaku regulativnosti ve smyslu sociologickém, a proto je retroaktivní norma považována za právní normu zdánlivou, za právní normu postrádající základní vlastnosti právní normy. K uvedenému viz zejm. Knapp, V. a kol. *Tvorba práva a její současné problémy*. Praha: Linde, 1998, s. 32 a Knapp, V. *Teorie práva*. Praha: C.H.Beck, 1995, s. 210.

⁵⁰ Navíc u normy je nepředstavitelné účinkování (působení) vůbec, protože norma nemůže být samo o sobě ničeho příčinou. Tou může být jakožto motiv lidského jednání pouze představa normy v lidské mysli (Weyr, F. *Teorie práva*. Brno-Praha: Orbis, 1936, s. 66) čili v (po)vědomí práva ve společnosti [sociologicky vzato, viz např. Večeřa, M., Urbanová, M. *Základy sociologie práva*. DOPLNĚK: Brno, 1996, s. 131: „Empiricky často studovaným okruhem práva je problematika právního vědomí jako výsledek projekce objektivního práva (tj. systému právních norem) do vědomí sociálních subjektů. Důležitost právního vědomí je dána tím, že tvoří zprostředkující článek mezi objektivním právem a právním chováním.]. Weyr v této souvislosti brachyologicky hovoří o praktické funkci normy (Weyr, F. *Teorie práva*. Brno-Praha: Orbis, 1936, s. 66), Knapp o psychologickým mechanismu působení práva (Knapp, V. *Teorie práva*. Praha: C.H.Beck, 1995, s. 36-37).

⁵¹ Viz Sedláček, J. *Občanské právo československé. Všeobecné nauky*. Brno: Nákladem československého akademického spolku „Právník“ v Brně, 1931, s. 109-110.

budoucnosti⁵². Pojmově přeci není nijak vyloučeno posuzovat normami platnými v současnosti minulé skutečnosti⁵³.

Pojem platnosti (normy jako takové, normativity, měří) je dán mimo čas⁵⁴ (a prostor); do času (a prostoru) může být norma zasazována až svými abstraktními skutkovými podstatami (tedy hypotézou a dispozicí v tradiční nomenklatuře) či abstraktními skutkovými podstatami jiných norem.

V čase a prostoru se tudíž uskutečňují a existují nikoliv samotné normy, nýbrž skutečnosti odpovídající hypotézám a dispozicím právních norem, tedy konkrétní podmiňující skutkové podstaty (tedy formální prameny práva⁵⁵, řízení a právní skutečnosti) a konkrétní podmíněné skutkové podstaty (výkon práv a povinností).

Problematika tradičně nazývaná jako retroaktivita a časová působnost právních norem tedy spočívá v determinaci skutkových podstat.

Jinou otázkou je, a tu zde neřešíme, zda určitá časová determinace (nebo její absence) je přípustná z hlediska určitého právního řádu.

Při zjišťování obsahu právních norem je nutno respektovat to, jaký význam dává právní řád určitým výrazům a jaké právní následky spojuje se skutečnostmi těmito výrazy pojmenovanými.

Přesto se domníváme, že právní věda by měla disponovat vlastním pojmovým aparátem a pro účely poznávání právního řádu pouze nepřebírat výrazy a pojmy právního řádu. Pojmový aparát právní vědy je dle našeho mínění tvořen formálními pojmy (čistými právními pojmy) a systematickými pojmy (obsahovými pojmy právní vědy).⁵⁶

⁵² Opačný názor viz např. Knapp, V. *Teorie práva*. Praha: C.H.Beck, 1995, s. 209 či Boguszak, J., Čapek, J. *Teorie práva*. Praha: Codex Bohemia, 1997, s. 76.

⁵³ Např. podle současných estetických norem hodnotit vzhled pravěkých žen či podle současných právních norem hodnotit chování středověkých panovníků a vyvozovat z těchto norem a podřazených skutečností závěry pro minulost.

⁵⁴ „Norma, resp. platnost (ono má býti) je věčná, lépe řečeno bezčasová: nevzniká, nezaniká a nemění se. Konkretizuje se však v povinných úkonech, které jsou determinovány časem a prostorem.“ (Procházka, A. *Tvorba práva a jeho nalézání*. Brno-Praha: Orbis, 1937, s. 94). K tomu viz Weyrovo hodnocení: „Přiznám se, že jsem zřídka četl hlubší a plodnější myšlenku než je tato a znovu vyslovuji politování, že Procházkův spis nevyšel před mou Teorií práva. [Weyr, F. *K problému tzv. automatické normotvorby (Poznámky ke spisu Ad. Procházky: Tvorba práva a jeho nalézání)*. Časopis pro právní a státní vědu, 1938, r. XXI, s. 98].

⁵⁵ V tomto bodě správně postřehnuto i některými recentními českými právními teoretiky – viz např. „Formou existence práva, jeho ‘bytím‘ jsou právní normativní akty, které se nejčastěji vyskytují v podobě právních předpisů.“ (Harvánek, J. a kol. *Teorie práva*. Plzeň: Aleš Čeněk, 2008, zejm. s. 209) či „Právní normativní akty představují existenci právních norem...“ (Kubů, L., Hungr, P., Osina, P. *Teorie práva*. Praha: Linde, 2007, zejm. s. 79)

⁵⁶ Formální pojmy jsou prostředkem k poznávání každého právního řádu bez ohledu na jeho konkrétní obsah, ba dokonce pro svou formálnost jsou společně všemu normativnímu poznávání, tedy poznávání i jiných normových souborů než právních řádů (např. morálky). Takových pojmů je proto velmi málo. Patří mezi ně především pojmy normy a povinnosti, ale také pojmy viny, trestu, povinnostního subjektu atd.

Systematické pojmy jsou oproti formálním pojmům nutně aposteriorní, protože pro jejich konstrukci je třeba nejprve poznat obsah a výstavbu právního řádu a podle toho je vytvářet. Systematickým pojmem je např. pojem právního řádu, právní normy, skutkové podstaty, ale i pojem retroaktivity právních norem.

Recentní česká právní věda na základě toho, že český právní řád⁵⁷ rozeznává dvě významné skutečnosti při vzniku právního předpisu (právní normy) a pojmenovává je jako „platnost“ a „účinnost“ roztrhává od sebe znak „být součástí právního řádu“ a znak „způsobitost zakládat práva a povinnosti“; prvním definuje platnost, druhým účinnost právní normy.

Právní věda musí mít svůj vlastní pojem platné právní normy neodvislý od proměnlivého a terminologicky nejednotného právního řádu – tu vzniká otázka, zda a příp. jak bude v českých učebnicích teorie práva⁵⁸ v pojmech platné právní normy a účinné právní normy zohledněn od 1.5.2004 v českém právním řádu platný článek 254 Smlouvy o založení Evropského společenství stanovující, že právní předpisy vstupují „v platnost dnem, který je v nich stanoven, jinak dvacátým dnem po vyhlášení“.

Z výše uvedených důvodů považujeme za dobré, při zachování pojmu efektivní právní normy (právněsociologický pojem) a zákonného pojmu účinné právní normy, neužívat právněteoretický pojem účinné právní normy; ostatně by tím došlo ke sblížení s laickým vyjadřováním (neprávník nikdy neřekne, že zákon je účinný, nýbrž že platí).

Platnou obecnou právní normu bychom teoreticky vymezili jako právní normu, která je součástí právního řádu a která je způsobilá zakládat práva a povinnosti; ve vztahu k právnímu řádu bychom ji identifikovali jako právní normu, která pramení z normativního právního aktu nabytí účinnosti nebo platnosti.

4. AUTOROVO POJMENOVÁNÍ A POJETÍ ZKOUMANÉHO JEVU

Dopracováváme se tedy k našemu označení a vymezení retroaktivity právních norem⁵⁹.

To, že pojem retroaktivity právních norem, není čistě formální (logický), správně postřehl i Steiner („...u retroaktivity nejde o zásadu jen logickou.“ Steiner, V. K problematice nepřijatnosti retroaktivity právních norem. Právník, 1994, č. 1, s. 3).

Ke klasifikaci pojmů blíže viz Sedláček, J. Občanské právo československé. Všeobecné nauky. Brno: Nákladem československého akademického spolku „Právník“ v Brně, 1931, s. 40-50; Chytil, V. Pojmy ve vědě právní. Všeohrd, 1931, r. XII, č. 8, s. 215-224, resp. Chytil, V. Pojmy ve vědě právní. In Weinberger, O., Kubeš, V. (editoři), Kosek, J. (uspořadatel). Brněnská škola právní teorie (normativní teorie). Praha: Univerzita Karlova v Praze, Nakladatelství Karolinum, 2003, s. 185-194; Kubeš, V. Obecné pojmy nauky o nemožnosti plnění (K problematice právních pojmů systematických). In Sborník prací k počtě šedesátých narozenin Františka Weyra. Praha: Orbis, 1939, s. 160-161.

⁵⁷ Z českých zákonů lze vyvodit pouze to, že platná právní norma je norma publikovaná a účinná právní norma je platná právní norma po uplynutí určité, nebo neuplynutí žádné doby od jejího vyhlášení.

⁵⁸ V publikaci „Petrlík, D. Retroaktivita právních předpisů v komunitárním právu s přihlédnutím k právu českému, německému a francouzskému. Praha: Linde, 2005“ (s. 30-31) je tento problém řešen následovně: „Na tomto místě považujeme za nezbytné učinit malou odbočku a vyjasnit terminologický rozpor mezi českým a komunitárním právem, pokud jde o pojmy nabytí platnosti a nabytí účinnosti. České znění komunitárních předpisů totiž posledně uvedený termín zpravidla neuzívá. Článek 254 Smlouvy stanovuje, že právní předpisy ‘[v]stupují v platnost dnem, který je v nich stanoven, jinak dvacátým dnem po vyhlášení’. Pojem nabytí platnosti je zde spojen s okamžikem, od kterého jsou adresáti právních norem Společenství povinni se jimi řídit a vznikají jim z nich práva a povinnosti. Naopak české právo takový okamžik spojuje s pojmem nabytí účinnosti. Termín nabytí platnosti přitom označuje okamžik, kdy byl právní předpis náležitě vyhlášen. Vzhledem k tomu, že označení okamžiku, od kterého jsou adresáti právních norem Společenství povinni se jimi řídit, pojmem nabytí platnosti je pro českého právníka nezvyklé, užíváme v tomto pojednání pro tento případ pojem české právní nauky nabytí účinnosti.“

⁵⁹ Jak již uvedeno výše, „nepravou retroaktivitu“ za retroaktivitu nepovažujeme, protože tímto výrazem se označuje to, když nová právní norma pro dobu před svou účinností jinak kvalifikuje minulé právní skutečnosti

Za správné označení⁶⁰ pokládáme výraz zpětná platnost právních norem⁶¹ čili „retrovalidita“⁶².

Správný název otevírá správný pojem: Retroaktivní (správně: retrovalidní) je taková právní norma, která zakládá právní následky (práva a povinnosti) v minulosti.

Co se týče vymezení minulosti přikláníme se k většině recentních českých autorů a za rozhodující okamžik považujeme okamžik, kdy právní norma nabývá účinnosti ve smyslu českých zákonů a platnosti ve smyslu Smlouvy o zřízení Evropského společenství; vyjádřeno podle našeho soudu správným teoretickým termínem – kdy právní norma nabývá platnosti.

Co se týče charakteristiky našeho pojetí retroaktivity ohledně způsobu zásahu právní normy do minulosti, naše pojetí spadá do koncepcí nespočívajících v zásahu do právních skutečností ani právních následků. Zpětně platný zákon totiž podle nás neznamena per definitionem, že chování zpětně jím učiněné povinným bylo již před jeho vznikem regulováno jiným zákonem (ani že skutečnosti zpětně jím kvalifikované jako právní byly před jeho vznikem skutečnostmi právními podle jiného zákona)⁶³.

Naše pojetí retroaktivity právních norem se tedy velice blíží pojetí Holländerovu, Fialovu, Hanušovu, Steinerovu a Petrlíkovu.

Již jsme zmínili, že problematika tradičně nazývaná jako retroaktivita a časová působnost právních norem, tkví v determinaci skutkových podstat. Jde o to, zda definičním znakem zpětně platné normy je do minulosti zasazená konkrétní podmiňující skutková podstata (právní skutečnost) nebo konkrétní podmíněná skutková podstata (plnění, výkon práv a povinností).

Fiala, Hanuš⁶⁴ i Steiner se domnívají, že právní norma je retroaktivní, pokud zakládá právní následky na minulých skutečnostech; oproti nim zastáváme názor, že právní norma je

(problematika ochrany minulých právních skutečností) nebo mění nastalé právní následky (problematika ochrany nabytých práv). K tomu viz např. Procházka, A. Retroaktivita. In Slovník veřejného práva československého. Sv. III. Brno: R. M. Rohrer, 1934, s. 800-801.

⁶⁰ Nesprávnost označení „pravá retroaktivita“ postřehl i druhý senát německého Spolkového ústavního soudu a nahradil ho proto výrazem „zpětné působení právních následků“ (Rückbewirkung von Rechtsfolgen). K tomu viz např. Petrlík, D. Retroaktivita právních předpisů v komunitárním právu s přihlédnutím k právu českému, německému a francouzskému. Praha: Linde, 2005, s. 44.

⁶¹ Procházka, A. Retroaktivita. In Slovník veřejného práva československého. Sv. III. Brno: R. M. Rohrer, 1934, s. 799.

⁶² Jedná se o náš pokus vytvořit slovo podobné zaužívanému slovu „retroaktivita“; výraz agere nahrazuje se tu výrazem valere znamenajícím v latině mj. i platit (viz např. Kábrt, J. a kol. Latinsko-český slovník. Praha: LEDA, 2003, s. 550).

⁶³ Oproti tomu pojem „nepravé retroaktivity“ obsahuje přímo ve své definici znak tkvící v tom, že předchozí zákon kvalifikoval nějakou skutečnost nebo vyvolal právní následky.

⁶⁴ Fiala i Hanuš zde zřejmě vycházejí z Procházkovy definice retroaktivity pocházející z jeho rané práce, habilitačního spisu [Procházka, A. Základy práva intertemporálního se zvláštním zřetelem k § 5 obč. zák. (studie.). Brno: Nakladatelství Barvič § Novotný, 1928]. Tato skvělá práce je ale v tomto ohledu nepřesná, k čemuž dospěl i sám autor; pod vlivem Jaromíra Sedláčka [viz zejm. Sedláček, J. JUDr. Adolf Procházka: Základy práva intertemporálního se zvláštním zřetelem k § 5 obč. zák. (Studie.). Sběrka spisů právnických a národohospodářských, Sv. XXXVI. Brno 1928, Barvič § Novotný. Str. XXVI + 201. Kč 30-. Časopis pro právní a státní vědu, 1929, r. XII, s. 188-198] revidoval své pojetí tak, že pod pojem skutkové podstaty podřadil nejen

retroaktivní, pokud zakládá právní následky v minulosti, a to bez ohledu na to, zda na skutečnostech minulých (což je většinový případ), na skutečnostech nastalých až po účinnosti právní normy nebo je nezakládá na žádných skutečnostech (tzv. imperfektní nepodmíněná norma).⁶⁵

Neboť ale pojmu právní normy v duchu normativní teorie⁶⁶ nepřičítáme znak obecnosti, pojem retroaktivity právních norem nezachycuje nám jen např. zákony zpětně platící do minulosti, nýbrž i např. procesní úkony státního orgánu⁶⁷ a právní úkony vyvolávající právní následky v minulosti⁶⁸.

Literatura:

- Bergel, J.L. *Théorie générale du droit*. 4. Vydání. Paříž: Dalloz, 2003, 374 s., ISBN 2 247 05185 5.
- Boguszak, J. a kol. *Teorie státu a práva I*. Praha: Orbis, 1967, s. 275, 475 s.
- Boguszak, J., Čapek, J. *Teorie práva*. Praha: Codex Bohemia, 1997, 257 s., ISBN 80-85963-38-8.
- Ďurovčík, J. *Retroaktivita*. Bulletin slovenskej advokacie, 2005, č. 2, 28-29.
- Fiala, J. *Iura quaesita a jejich uplatnění v judikatuře Ústavního soudu*. Právník, 1999, č. 3, s. 250-260.
- Filip, J. *Ústavní právo České republiky. I. díl. Základní pojmy a instituty. Ústavní základy ČR*. Brno: Masarykova univerzita v Brně a Doplněk, 1999, 536 s., ISBN 80-7239-036-8.

skutečnosti podmiňující vznik normy, ale i skutečnosti mající být, a že pro pojem retroaktivity stanovil jako rozhodující determinace skutkové podstaty podmíněné.

⁶⁵ Plně tedy souhlasíme s touto Procházkovou definicí: „Při retroaktivním zákonu je podmíněná skutková podstata (a zpravidla též podmiňující) časově zasazena do doby před vznikem zákona, takže zákon zavazuje již v minulosti ten či onen subjekt k určitému úkonu.“ Procházka, A. *Retroaktivita*. In *Slovník veřejného práva československého*. Sv. III. Brno: R. M. Rohrer, 1934, s. 799.

Stejně tak uznáváme (až časové vymezení retroaktivity) pojetí druhého senátu německého Spolkového ústavního soudu označující (pravou) retroaktivitu za zpětné působení právních následků a definující ji tak, že: „Považuje určitou právní normu za retroaktivní tehdy, jestliže její právní následky mají nastat v době, která předchází okamžiku vyhlášení (zpětné působení právních následků). O zpětnou účinnost se naopak nejedná tehdy, jestliže právní norma ve své hypotéze váže právní následky na skutečnosti z doby před vyhlášením právního předpisu, ale vyvozuje z nich tyto následky do budoucna (zpětné navázání na skutečnosti). Jinými slovy je rozhodující, zda právní předpis obsahuje pravidla, která směřují k tomu, aby způsobila právní následky pro dobu před vyhlášením.“ (Petrlík, D. *Retroaktivita právních předpisů v komunitárním právu s přihlédnutím k právu českému, německému a francouzskému*. Praha: Linde, 2005, s. 45)

⁶⁶ Viz např. Weyr, F. *Teorie práva*. Brno-Praha: Orbis, 1936, s. 43-44.

⁶⁷ Viz např. zpětné přiznání dávky sociální péče správním rozhodnutím dle ust. §94 odst. 3 zákona č. 100/1988 Sb., o sociálním zabezpečení, ve znění pozdějších předpisů (k tomu viz např. Hendrych, D. a kol. *Správní právo*. Obecná část. 6. vydání. Praha: C.H. Beck, 2006, s. 226); zrušení nezákonného správního rozhodnutí ex tunc dle ust. §99 odst. 1, 2 zákona č. 500/2004 Sb., správního řádu, ve znění pozdějších předpisů; vklad věcného práva do katastru nemovitostí ke dni podání návrhu na vklad dle ust. §2 odst. 3 zákona č. 265/1992 Sb., o zápisech vlastnických a jiných věcných práv k nemovitostem, ve znění pozdějších předpisů.

⁶⁸ Viz např. odstoupení od smlouvy s právními následky ex tunc dle ust. §48 odst. 2 zákona č. 40/1964 Sb., občanského zákoníku, ve znění pozdějších předpisů; dovolání se relativní neplatnosti dle ust. §40a zákona č. 40/1964 Sb., občanského zákoníku, ve znění pozdějších předpisů.

- Gerloch, A. Teorie práva. 2. rozšířené vydání. Dobrá Voda: Aleš Čeněk, 2001, 299 s., ISBN 80-86473-04-X.
- Glatzová, V. Krátká obhajoba přípustnosti zpětné účinnosti smluv. Právní rozhledy, 2006, č. 14, s. 518-519.
- Hanuš, L. Důvěra v právo z pohledu nepřipustnosti retroaktivní interpretace právních předpisů. Právní rozhledy, 2005, č. 14, s. 519-523.
- Hanuš, L. Několik glos k ochraně nabytých práv (s přihlédnutím k judikatuře Ústavního soudu ČR). Právník, 2003, č. 6, s. 564-594.
- Hanuš, L. Právní argumentace nebo svévole. Úvahy o právu, spravedlnosti a etice. Praha: C.H. Beck, 2008, 221 s., ISBN 978-80-7400-035-5.
- Harvánek, J. a kol. Teorie práva. Plzeň: Aleš Čeněk, 2008, 501 s., ISBN 978-80-7380-104-5.
- Hendrych, D. a kol. Správní právo. Obecná část. 6. vydání. Praha: C.H. Beck, 2006, 861 s., ISBN 80-7179-442-2.
- Holländer, P. Filosofie práva. Dobrá Voda: Aleš Čeněk, 2006, 303 s., ISBN 80-86898-96-2.
- Hurdík, J. Zásady soukromého práva. Brno: Masarykova univerzita, 1998, 168 s., ISBN 80-210-2001-6.
- Chytil, V. Pojmy ve vědě právní. Všehrd, 1931, r. XII, č. 8, s. 215-224.
- Jemelka, L. Problematika retroaktivity právních předpisů. Veřejná správa, 2007, č. 39, s. 12 a 21.
- Júda, V. Princip právej istoty versus retroaktivita v práve. Právny obzor, 2003, č. 4, s. 403-407.
- Kábrt, J. a kol. Latinsko-český slovník. Praha: LEDA, 2003, 575 s., ISBN 80-7239-036-8.
- Kincl, J., Urfus, V., Skřejpek, M. Římské právo. 2. vydání, Praha: C.H.Beck, 1995, 386 s., ISBN 80-7179-031-1.
- Knapp, V. Teorie práva. Praha: C.H.Beck, 1995, 247 s., ISBN 80-7179-028-1.
- Knapp, V. Velké právní systémy (Úvod do srovnávací právní vědy). Praha: C.H.Beck, 1996, 248 s., ISBN 80-7179-089-3.
- Knapp, V. a kol. Občanské právo hmotné. Svazek I. Praha: CODEX, 1997, 349 s., ISBN 80-901683-1-0.
- Knapp, V. a kol. Tvorba práva a její současné problémy. Praha: Linde, 1998, 462 s., ISBN 80-7201-140-5.

- Kratochvíl, V. a kol. Trestní právo hmotné. Obecná část. Brno: Masarykova univerzita, 2002, 571 s., ISBN 80-210-2985-4.
- Krecht, J. Retroaktivita právních aktů. Právník, 2003, č. 11, s. 1136-1145.
- Krejčí, J. Zpětná působnost zákonů z hlediska práva ústavního. Praha: Moderní stát, 1933, 157 s.
- Kubeš, V. Obecné pojmy nauky o nemožnosti plnění (K problematice právních pojmů systematických). In Sborník prací k počtě šedesátých narozenin Františka Weyra. Praha: Orbis, 1939, s. 157-167.
- Kubů, L., Hungr, P., Osina, P. Teorie práva. Praha: Linde, 2007, 335 s., ISBN 978-80-7201-637-2.
- Kysela, J. Na okraj platnosti, účinnosti a retroaktivity zákonů. Právní rozhledy, 2005, č. 22, s. 812-816.
- Mattila, H.E.S., Goddard, Ch. Comparative Legal Linguistics. Aldershot: Ashgate Publishing, 2006, s. 376, ISBN 0-7546-4874-5.
- Merryman, J. H. The civil law tradition. An introduction to the Legal Systems of Western Europe and Latin America. Stanford: Stanford University Press, 1969, 172 s.
- Petrlík, D. Retroaktivita právních předpisů v komunitárním právu s přihlédnutím k právu českému, německému a francouzskému. Praha: Linde, 2005, 131 s., ISBN 80-7201-558-3.
- Pražák, J.M., Novotný, F., Sedláček, J. Latinsko-český slovník. Praha: KLP, 1999, 1425 s., ISBN 80-85917-51-3.
- Procházka, A. Retroaktivita. In Slovník veřejného práva československého. Sv. III. Brno: R. M. Rohrer, 1934, s. 799-803.
- Procházka, A. Tvorba práva a jeho nalézání. Brno-Praha: Orbis, 1937, 154 s.
- Procházka, A. Základy práva intertemporálního se zvláštním zřetelem k § 5 obč. zák. (studie.). Brno: Nakladatelství Barvič & Novotný, 1928, 201 s.
- Procházka, A. Quo vadis...? Právní rozhledy, 1996, č. 5, s. 212-213.
- Púry, F., Šámal, P. Ještě k problematice promlčení trestnosti činů ve vztahu k zákazu retroaktivity nepříznivějšího zákona v neprospěch pachatel. Právní rozhledy, 1996, č. 11, s. 504-508.
- Rebro, K. Římské právo súkromné. Bratislava: Obzor, 1980, 278 s.
- Savigny, K. System des heutigen römischen Rechts. Svazek VIII., Berlin: Deit und Comp., 1849.
- Sedláček, J. JUDr. Adolf Procházka: Základy práva intertemporálního se zvláštním zřetelem k § 5 obč. zák. (Studie.). Sbíрка spisů právnických a národohospodářských, Sv.

XXXVI. Brno 1928, Barvič § Novotný. Str. XXVI + 201. Kč 30-. Časopis pro právní a státní vědu, 1929, r. XII, s. 188-198.

- Sedláček, J. Občanské právo československé. Všeobecné nauky. Brno: Nákladem československého akademického spolku „Právnick“ v Brně, 1931, 288 s.
- Skřejpek, M. Retroaktivita a římské právo. Právnick, 2001, č. 6, s. 616-632.
- Steiner, V. K problematice nepřípustnosti retroaktivity právních norem. Právnick, 1994, č. 1, s. 1-6.
- Šimáčková, K. Retroaktivita z pohledu ústavního práva. In Dny veřejného práva, sborník z mezinárodní konference. Brno: Masarykova univerzita, 2007, s. 151-167.
- Tichý, L. K časové působnosti novely občanského zákoníku. Právnick, 1984, č. 12, s. 1104.
- Tilsch, E. Občanské právo. Obecná část. Praha: Všeohrd, 1925, 205 s.
- Vážný, J. Teorie římského práva a moderní právní věda. Časopis pro právní a státní vědu, 1935, r. XVIII, s. 344-349.
- Večeřa, M., Urbanová, M. Základy sociologie práva. DOPLNĚK: Brno, 1996, 207 s., ISBN 80-85765-69-1.
- Vojtíš, P. Právní skutečnosti a právní vztahy z pohledu současné právní vědy a z pohledu normativní teorie. Rigorózní práce. Brno, 2006, 199 s.
- Weinberger, O., Kubeš, V. (editoři), Kosek, J. (uspořadatel). Brněnská škola právní teorie (normativní teorie). Praha: Univerzita Karlova v Praze, Nakladatelství Karolinum, 2003, 440 s., ISBN 80-246-0689-5.
- Weyr, F. K problému tz v. automatické normotvorby (Poznámky ke spisu Ad. Procházky: Tvorba práva a jeho nalézání). Časopis pro právní a státní vědu, 1938, r. XXI, s. 92-101.
- Weyr, F. Teorie práva. Brno-Praha: Orbis, 1936, 375 s.
- Wojtczak, S. Lex retro non agit. Obsah zásady – teoretická analýza. Právny obzor, 2004, č. 5, s. 395.

Kontaktní údaje na autora – email:

43629@mail.muni.cz

Sekce VII.

Správní věda a správní právo

Správní právo a veřejná správa

Section VII.

Administrative Science and

Administrative Law

Administrative Law and Public Administration

NĚKOLIK POZNÁMEK K ORGANIZACI VEŘEJNÉ SPRÁVY NA ÚSEKU OCHRANY ŽIVOTNÍHO PROSTŘEDÍ

JÁN BAHÝL

Právnická fakulta Masarykovy univerzity, Česká republika

Abstrakt v rodném jazyce

Hlavním cílem tohoto příspěvku je posouzení stávajícího systému veřejné správy při ochraně životního prostředí, poukázání na klady a nedostatky, jež tento systém zejména s ohledem na svoji efektivitu vykazuje a nabídnout možná řešení de lege ferenda. Východiskem hodnocení tohoto mechanismu bude zákonné zakotvení organizace a předestření současného fungování systému veřejné správy ve vztahu k ochraně životního prostředí.

Klíčová slova v rodném jazyce

Systém veřejné správy, ochrana životního prostředí.

Abstract

The main aim of this article is to examine existing public administration system functioning in the environmental protection, to highlight positive and negative aspects of this system, especially with regard to efficiency, and to offer possible solutions de lege ferenda. The starting point for examination of the system subsists in legal regulation of the system organization and presentation of functioning public administration system in relation to environmental protection.

Key words

Public administration system, environmental protection.

1. ÚVOD

Jak stanoví Ústava České republiky v čl. 7, „stát dbá o šetrné využívání přírodních zdrojů a ochranu přírodního bohatství“. Za účelem plnění této povinnosti byly vytvořeny příslušné orgány a mechanismy jejich fungování. Hlavním cílem tohoto příspěvku bude posouzení nastaveného systému veřejné správy při ochraně životního prostředí, poukázání na klady a nedostatky, jež tento systém zejména s ohledem na svoji efektivitu z pohledu autora vykazuje a nabídnout možná řešení de lege ferenda. Východiskem hodnocení tohoto mechanismu bude zákonné zakotvení organizace a předestření současného fungování systému veřejné správy ve vztahu k ochraně životního prostředí. Na veřejnou správu v této oblasti přitom bude nahlíženo nejen jako na ochránce veřejného zájmu, ale také jako na arbitra v mnohdy složitých vztazích mezi investorem¹ a různými aktéry působícími v roli ochránců životního prostředí².

¹ Investorem zde míníme obecně každého, kdo se rozhodl vytvořit novou hodnotu v území, přičemž jeho počínání by mohlo mít dopad na zájmy chráněné právem životního prostředí.

² Těmito aktéry mohou být sousedé hájící pouze své osobní zájmy na zachování stávajícího status quo v jejich okolí (mnohdy řídíce se známým heslem „Never in my backyard“ – „Nikdy na mém dvorku“), rovněž však i občanská sdružení s různým stupněm profesionalizace hájící různé alternativní zájmy.

2. ORGANIZACE VEŘEJNÉ SPRÁVY PŘI OCHRANĚ ŽIVOTNÍHO PROSTŘEDÍ

Základní organizační normu, zakotvující působnost orgánů státní správy i na úseku ochrany životního prostředí, představuje zákon č. 2/1969 Sb., o zřízení ministerstev a jiných ústředních orgánů státní správy České republiky, ve znění pozdějších předpisů. Vrchní státní dozor, řízení a koordinace ve věcech životního prostředí, státní ekologická politika a zabezpečení jednotného informačního systému patří do kompetence Ministerstva životního prostředí (dále jen „MŽP“). MŽP nicméně není jediným ústředním orgánem státní správy, který vykonává působnost v této oblasti; na úseku vod, myslivosti, rybářství a lesního hospodářství mimo národní parky působí jako ústřední orgán státní správy Ministerstvo zemědělství, v oblasti ochrany veřejného zdraví Ministerstvo zdravotnictví, v oblasti územního plánování a stavebního řádu Ministerstvo pro místní rozvoj, pro území vojenských újezdů Ministerstvo obrany, v oblasti ionizujícího záření Státní úřad pro jadernou bezpečnost a v oblasti báňské správy Český báňský úřad.

Roztříštěnost ochrany životního prostředí na úrovni ústřední státní správy se plně promítá do nižších struktur státní správy a je dále umocňována přenosem výkonu státní správy na územní samosprávné celky. Zároveň je na organizačně nižších stupních ochrany životního prostředí oddělen výkon povolovací činnosti od výkonu kontrolní činnosti, pro kterou jsou vytvořeny zvláštní inspekční orgány. Při přezkumu rozhodnutí těchto inspekčních orgánů však působí opět povolovací orgány vyšších stupňů řízení, typicky MŽP jako nadřízený orgán České inspekce životního prostředí. Pro státní správu na úseku životního prostředí je specifické i její zvláštní územní rozdělení, které ji činí ještě více nepřehlednou. Právě nepřehlednost a složitost systému organizace veřejné správy na tomto úseku je nutné podrobit kritice. „Velký počet orgánů, jejichž rozhodnutí, souhlas, vyjádření či jiné formy součinnosti při povolování realizace záměrů investorů zákony požadují, je důsledkem skutečnosti, že není jiné takové oblasti, v níž by výkon právní ochrany byl svěřen tolika resortům, jako je tomu v případě životního prostředí. Dokonce jedna a táž složka životního prostředí je svěřena hned několika resortům. Odstrašujícím příkladem je ochrana vodních zdrojů, na níž se podílí hned pět resortů.“³

Výkon státní správy na úseku ochrany životního prostředí vykonávají dále v přenesené působnosti rovněž orgány obcí a krajů jakožto územních samosprávných celků. Pouze zákon může stanovit, které územní celky budou přenesenou působnost vykonávat a v jakém rozsahu⁴, přičemž v případě výkonu státní správy při ochraně životního prostředí se jedná o značné (a stále narůstající) množství právních předpisů, což je možné označit za další nepříznivý trend (ve velké míře způsobený přizpůsobováním českého právního řádu evropskému právu) v oblasti práva životního prostředí, byť nesouvisející s organizací výkonu státní správy na tomto úseku. Tím spíše by však právě organizace měla být přehlednější a výkon činnosti státní správy předvídatelnější.

3. KONTROLNÍ MECHANISMY

V oblasti ochrany životního prostředí neexistuje jednotný model kontrolního mechanismu, ať již by se jednalo o zpětnou kontrolu vždy orgánem povolujícím nebo o kontrolu pouze orgánem kontrolním. Většinou se v českých poměrech jedná o kontrolu zdvojenou, tj. jak

³ Cit. PEKÁREK, M. K některým právním aspektům vztahu investor – životní prostředí. In HRABCOVÁ D. *Moderní veřejná správa a ombudsman*. 1. vyd. Brno: Masarykova univerzita, 2005. s. 133.

⁴ Viz čl. 105 Ústavy České republiky.

orgánem povolujícím, tak orgánem kontrolním. V případě uložení sankce dokonce často nastupuje orgán třetí, a to vymáhající orgán v podobě bezpečnostního sboru – Celní správy ČR nebo Policie ČR. Právní úprava kontroly⁵ je poněkud roztržštěná, vždy po jednotlivých složkách, a horizontálně i vertikálně rozštěpená mezi několik kontrolních orgánů. Příkladem kontrolních orgánů jsou Česká inspekce životního prostředí (resortně spadá pod Ministerstvo životního prostředí), Krajské hygienické stanice (resortně spadají pod Ministerstvo zdravotnictví), Státní úřad pro jadernou bezpečnost (nespadá resortně nikam, je samostatným ústředním správním úřadem), nebo orgány obcí jako orgány ochrany zemědělského půdního fondu (resortně tato ochrana spadá pod Ministerstvo zemědělství). Kontrolu samozřejmě provádějí v mezích zákonem svěřené působnosti i orgány územních samosprávních celků, které lze považovat za orgány „v první linii“ co se týká ochrany a péče o životní prostředí na svěřeném území, územního rozvoje a řešení případných střetů mezi zájmy jednotlivých aktérů.

Zmínit je nutné rovněž soudnictví (jakožto jednu z hlavních složek státní moci), jelikož se jedná o stále důležitější prvek kontroly veřejné správy. Soudní kontrola výkonu veřejné správy se na úseku ochrany životního prostředí aplikuje prostřednictvím správního soudnictví, které je pouze jednoinstanční, zejména proto, že ve správním řízení se před správními orgány uplatňuje dvouinstančnost a k dispozici je i řada autoremeduračních prostředků. Správní soudnictví jako vysoce specializované soudnictví provádějí krajské soudy. Proti jejich rozhodnutí ve správních řízeních neexistuje žádný řádný opravný prostředek, tudíž jsou nabytím právní moci vykonatelná. Proti rozhodnutí krajských soudů ve správním řízení existuje možnost dovolání k Nejvyššímu správnímu soudu, který jednotlivé kauzy posuzuje v mimořádném řízení. U rozhodnutí správních úřadů, proti kterým se účastníci nebo osoby prokazující právní zájem na věci nestihli odvolat (uplynula lhůta k podání řádného nebo i mimořádného – přezkumného opravného prostředku u správního úřadu) je poslední možností podání žaloby nejvyšším státním zástupcem (dnes zástupkyní) ve veřejném zájmu. Tento druh opravného prostředku je ovšem používán zcela výjimečně, protože ne vždy, když dochází k porušení procesního postupu u správního orgánu nebo k porušení hmotněprávního ustanovení, dochází k rozhodnutí, které by bylo v rozporu s veřejným zájmem.⁶

4. ORGÁNY VEŘEJNÉ SPRÁVY V ROLI ADMINISTRÁTORA A ARBITRA

Při střetu zájmů investora s ochranou životního prostředí, eventuálně s veřejností, hrají orgány veřejné správy (správní úřady) významnou roli administrátora a arbitra. Před správním úřadem jsou vedena správní řízení o žádostech investora, ve kterých hájí zájmy ochrany přírody dotčené orgány státní správy⁷ pomocí stanovisek, souhlasů, nebo jinak nazvaných

⁵ Ministerstvo vnitra připravuje nový zákon o kontrole, který má nahradit stávající zákon o státní kontrole a obecná ustanovení o kontrole ve speciálních zákonech.

⁶ Příkladem z poslední doby, kdy rozhodnutí nebylo vydáno v souladu se zákonem, uplynula u něj možnost opravných prostředků ve správním řízení a jedinou možností by byla žaloba nejvyšší státní zástupkyně, která by pravděpodobně nebyla ve veřejném zájmu, lze uvést např. „kauzu“ společnosti Severočeské doly, a.s., která provádí hornickou činnost v jednom ze svých dolů, aniž by měla potřebné posouzení vlivů na životní prostředí, což je jedna z podmínek k vydání povolení k hornické činnosti. Obvodní báňský úřad, který o vydání povolení rozhoduje, tuto vadu nezjistil a povolení k hornické činnosti společnosti Severočeské doly, a. s. vydal.

⁷ „Jde o nepřesné označení těch státních orgánů, jimž zvláštní zákony svěřují ochranu určitých veřejných zájmů, mezi nimi i zájmy na ochraně životního prostředí. Ve skutečnosti tedy případným povolením, respektive jeho realizací v podobě uskutečněného investičního záměru nejsou dotčeny tyto orgány, ale jimi chráněné veřejné zájmy.“ Cit. PEKÁREK, M. K některým právním aspektům vztahu investor – životní prostředí. In HRABCOVÁ D. *Moderní veřejná správa a ombudsman*. 1. vyd. Brno : Masarykova univerzita, 2005, s.131.

individuálních správních aktů, a do kterých se mohou zapojit i jiné subjekty hájící různé zájmy, jimiž jsou územní samosprávné celky, vlastníci sousedních nemovitostí nebo sdružení občanů⁸.

Typickým prvkem české právní úpravy na úseku ochrany životního prostředí je velmi široce uplatňovaný „povolovací princip“, tj. že k činnosti je nezbytné povolení příslušného orgánu za současné aplikace subsidiarity v rozhodování o této ochraně. Subsidiarita jako princip přenesení rozhodování na úroveň co možná nejbližší k osobám, o jejichž právech a povinnostech je rozhodováno, je zajisté principem zvyšujícím důvěru v organizaci veřejné správy, nicméně v českém modelu přenesení kompetencí ze státní správy na místní samosprávu v rámci přenesené působnosti přináší zásadní negativa v podobě silného vlivu místní volené samosprávy na výkon státní správy⁹. Subsidiarita však nemá znamenat, že se v dané obci může apriori dělat jen to, co se líbí starostovi či místním občanům. Řídit se přístupem NIMB - Never in my backyard! (Nikdy na mém dvorku!) by rozhodně nemělo být důsledkem přesunu výkonu státní správy na samosprávu¹⁰. V této souvislosti hraje důležitou úlohu předvídatelnost základní a komplexní princip fungování správního rozhodování měl být ctěn a dodržován¹¹.

5. VÝHODY A NEVÝHODY STÁVAJÍCÍHO SYSTÉMU

Z pohledu autora této práce je poněkud nekonceptní záležitostí již zmiňovaná roztříštěnost, nutnost meziresortního domlouvání při koordinování kontrolních akcí dramaticky zvyšuje nákladnost ochrany životního prostředí a zejména snižuje její přehlednost a efektivní výkon. S každým dalším vyžadovaným stanoviskem potenciálně narůstá pravděpodobnost, že investiční záměr bude zmařen a to mnohdy nejenom z důvodu možného negativního vlivu na životní prostředí, ale často z důvodu neúměrného prodlužování správního řízení jako celku za nejistoty jeho závěru donutí investory jako ekonomické subjekty nalézt alternativní využití kapitálu. Nejistota, ve které se každý investor ocitá, pramení přímo z rozsahu diskrečních pravomocí jednotlivých úřadů. Za předpokladu, že by byly právní předpisy vykládány na celém území republiky jednotně, investorům by se nevyplatilo „manévrovat“ s umístěním záměru a zatěžovat veřejnou správu duplicitními řízeními o týchž stavbách v různých oblastech s přesvědčením, že tak zvýší pravděpodobnost úspěchu ve správním řízení.

⁸ V souvislosti s občanskými sdruženími hájícími zájmy ochrany přírody je otázkou, zda mají takováto občanská sdružení ve světle judikátu Ústavního soudu sp. zn. I. ÚS 282/97 ze dne 6. ledna 1998 legitimaci ke své činnosti, protože v řízení vystupují svým jménem a na vlastní odpovědnost jako právnické osoby. Srov. rozsudek Nejvyššího správního soudu ze dne 9. 10. 2007, č. j. 2 As 13/2006-110 a nálezy Ústavního soudu ze dne 10. 7. 1997, sp. zn. III. ÚS 70/97, ve kterých bylo právo na příznivé životní prostředí přiznáno občanským i sdružením.

⁹ *K problému blíže viz. FRANC, P. Několik poznámek nejen k výkonu veřejné správy a KADEČKA, S. K výkonu samostatné a přenesené působnosti obcí a podjatosti, zároveň srov. ZIKMUNDOVÁ, S. Několik slov ke smíšenému modelu. In HRABCOVÁ D. Moderní veřejná správa a ombudsman. 1. vyd. Brno: Masarykova univerzita, 2005.*

¹⁰ Podle reakce redaktorky Anneke Hudalla na rozhořčené reakce k jejímu článku v Respektu, dostupné z [www: http://krasnalipa.stranazelenych.net/zeme_urednich_vetru.html](http://krasnalipa.stranazelenych.net/zeme_urednich_vetru.html)

¹¹ Správní řád obsahuje princip předvídatelnosti ve správním rozhodování již ve svých základních zásadách obsažen v § 2 odst. 4, kde se praví: „Správní orgán dbá, aby přijaté řešení bylo v souladu s veřejným zájmem a aby odpovídalo okolnostem daného případu, jakož i na to, aby při rozhodování skutkově shodných nebo podobných případů nevznikaly nedůvodné rozdíly.“ Více k předvídatelnosti např. ŠIMÍČEK, V. Předvídatelnost rozhodování jako základní princip dobré správy. In HRABCOVÁ D. *Moderní veřejná správa a ombudsman*. 1. vyd. Brno: Masarykova univerzita, 2005. s. 42.

Alternativou tohoto postupu je samozřejmě vytvoření soustředěného tlaku investora na to, aby jeho záměr zdárně prošel správním řízením v jemu nejvíce vyhovující lokalitě.

I vzhledem ke složitosti systému je však více než vhodné a potřebné zavedení systému integrovaného povolování, který je pro určité druhy zařízení právně zakotven zákonem č. 76/2002 Sb., o integrované prevenci a omezení znečištění, o integrovaném registru znečišťování a o změně některých zákonů (zákon o integrované prevenci). Integrované environmentální povolení zajišťuje složkovou provázanost, koordinaci a komunikaci mezi jednotlivými správními úřady a tím i komplexní a systémový přístup k ochraně životního prostředí. Přitom nezasahuje do práv a oprávněných zájmů investora při přípravě investice, zajišťuje její realizaci v přiměřené době a nezvyšuje neopodstatněně investiční náklady. Tento způsob povolování by bylo vhodné aplikovat při všech povolovacích správních řízeních, která vyžadují souhlas vícero dotčených orgánů ochrany životního prostředí, nikoliv pouze v případě zařízení v rámci vybraných průmyslových činností.¹²

Další systematický nedostatek výkonu státní správy na tomto úseku je nedostatečné a nevyhovující zakotvení právní odpovědnosti orgánů veřejné správy. Významným problémem spojeným s ochranou životního prostředí je odpovědnost za náklady způsobené nezákonným správním rozhodnutím, případně nesprávným úředním postupem, ať už je konstatován správním orgánem samotným v autoremeduře¹³, nadřízeným správním orgánem v odvolacím nebo přezkumném řízení anebo správním soudem. Jedním z nejhorších „nešvarů“ správních orgánů, je vracení řízení k novému projednání orgánu, který v něm rozhodoval na počátku, případně, proti jehož rozhodnutí bylo vedeno řízení. V takovýchto případech dochází k enormní časové prodlevě proti původnímu záměru investora a není-li investor proti takovéto situaci dostatečně zajištěn, dochází k finančním ztrátám zejména na jeho straně. Částky, o které se podnikatelské subjekty v následných občanskoprávních řízeních soudí s orgány veřejné správy, nejsou nikterak nízké, jen pro představu, společnosti žádají po České republice v žalobách proti MŽP pro zmaření investice částku převyšující několik miliard českých korun¹⁴.

Poněkud nešťastně vyznívá postesk investorů, že zapojením občanských sdružení a veřejnosti se prodlužuje povolovací řízení a případné procesně právní obstrukce nejsou nijak postihovány. Pro futuro by možná bylo vhodné, kromě nekompromisní aplikace principu koncentrace řízení, zavést rovněž princip vratné finanční kauce¹⁵ pro zahájení odvolacího řízení. Ten, kdo se cítí být v právu, si svého práva zajisté cení a měl by být ochoten vratnou kaucí složit, zejména když téměř s jistotou předpokládá, že v odvolacím řízení uspěje. V opačném případě se jedná pouze o úmyslné poškozování práv a oprávněných zájmů jiných

¹² Viz příloha č. 1 k zákonu o integrované prevenci.

¹³ Autoremedura je zajisté vynikající nástroj, jehož účelem je zhojit vlastní omyly orgánu veřejné správy, bohužel nelze předpokládat a ani se tak neděje, že by orgány veřejné správy své rozhodnutí samy změnily, neboť by vystavily sebe a své pracovníky bezprostřednímu ohrožení sankčním postihem za předchozí závadné rozhodnutí. V tomto ohledu bohužel zásadně převažují kolegiální vztahy nad jakoukoliv odborností, která je po pracovnících orgánů státní správy žádána.

¹⁴ Na obranu správních úřadů je v této souvislosti potřebné poznamenat, že většina občanskoprávních žalob nemá šanci na úspěch, protože na vydání povolení podle zákonů z oblasti práva životního prostředí není právní nárok.

¹⁵ Výše finanční kauce, její návratnost a další diskuze s tímto institutem spojována by měla zejména přihlížet k tomu, že u správního orgánu se presumuje správnost jeho rozhodování již v prvním stupni a investor může u investičních projektů prodlužováním správních řízení utrpět značné finanční ztráty.

osob, zastřené jakkoliv líbivými slogany o ochraně životního prostředí. Na druhou stranu se lze ztotožnit s názorem, že problém není v účasti občanských sdružení a veřejnosti ve správních řízeních, ale v tom, že na rozdíl od správních orgánů tato sdružení důsledně využívají všech právních prostředků, které jim zákon poskytuje, a mnohdy disponují lepšími právními službami, než jakými disponují správní orgány. Navíc, neúměrné prodlužování řízení může být způsobené i nedostatečnou součinností investorů – žadatelů¹⁶.

Velkým problémem, který se z pohledu autora zdá být v diskuzi odsunut ze zorného pole pozornosti, je nesení nákladů za nezákonná správní rozhodnutí konkrétními úředníky veřejné správy. Pokud je někomu svěřována moc rozhodnout autoritativně o něčích právech a povinnostech, a je zde kladen velký důraz na odbornost jednotlivců v pozicích úředníků, není možné zbavovat jednotlivce odpovědnosti za rozhodnutí vydávaná z pozice veřejné moci. Stávající zákon¹⁷ řešící tuto problematiku se jeví jako značně bezzubá alternativa, spíše temným rouchem zakrývajícím stávající žalostný stav české veřejné správy. Praktický dosah v podobě odpovědnosti akcentované zejména u vedoucích činitelů jednotlivých úřadů podle názoru autora nepostačuje a odpovědnost by měla být v na bedrech úředníků připravujících jednotlivá rozhodnutí. Zejména v právu životního prostředí není možné si představit vedoucí správního úřadu, kteří by po odborné stránce zvládli všechny složky životního prostředí. Nakonec je potřeba poznamenat, že pohrůžka trestní odpovědnosti spojována s nedbalostním trestným činem maření úkolu veřejného činitele není ve svém rozsahu dostačující¹⁸.

6. ZÁVĚR

Výkon veřejné správy na úseku životního prostředí trpí značnou roztržičností ve věcné i místní příslušnosti a nejednotnost v rozhodování správních úřadů. Složitost celého systému přímo evokuje úvahy o možnostech zlepšení výkonu různými způsoby - spojováním jednotlivých správních řízení počínaje a slučováním správních úřadů konče. Značným problémem, který lze v rámci správního řízení, dotýkajícího se ochrany životního prostředí, spatřovat, je princip povolování a nenárokovosti, za současné aplikace subsidiarity v rozhodování. V této souvislosti se zdá být jistým posunem zavedení systému integrovaného povolování, dalším pak je regulační plánování. Regulační plány se ze své podstaty mohou stát velice užitečnou alternativou vytyčení územního rozvoje, a to jak ve smyslu informovanosti investorů o předpokládané kapacitě specifického území, tak i z hlediska zásahů do stávajícího stavu životního prostředí. Posledním zmiňovaným aspektem je odpovědnost úředníků veřejné správy za výkon úřední moci, kde by odpovědnosti vedoucích činitelů správních úřadů měla sekundovat spoluodpovědnost úředních osob připravujících rozhodnutí.

Literatura:

- Franc, P.: Několik poznámek nejen k výkonu veřejné správy. In Hrabcová, D. Moderní veřejná správa a ombudsman. 1. vyd. Brno: Masarykova univerzita, 2005, 174 s., ISBN 802103792X

¹⁶ Více viz. PEKÁREK, M. K některým právním aspektům vztahu investor – životní prostředí. In HRABCOVÁ D. *Moderní veřejná správa a ombudsman*. 1. vyd. Brno : Masarykova univerzita, 2005. s. 134.

¹⁷ Zákon č. 82/1998 Sb., o odpovědnosti státu za způsobenou při výkonu veřejné moci rozhodnutím nebo nesprávným úředním postupem a o změně zákona České národní rady č. 358/1992 Sb., o notářích a jejich činnosti (notářský řád), ve znění pozdějších předpisů.

¹⁸ Stávající trestní zákon ustanovuje trestný čin jak nedbalostního - maření úkolu veřejného činitele z nedbalosti (§ 159) tak úmyslný trestný čin zneužívání pravomoci veřejného činitele (§ 158), kde podle dikce odst. 9 § 89 je veřejným činitelem i odpovědný pracovník orgánu státní správy a samosprávy.

- Hendrych, D. a kol.: Správní právo. Obecná část. 6. vydání, Praha: C. H. Beck, 2006, 861 s., ISBN 8071794422
- Kadečka, S.: K výkonu samostatné a přenesené působnosti obcí a podjatosti, In Hrabcová, D. Moderní veřejná správa a ombudsman. 1. vyd. Brno: Masarykova univerzita, 2005, 174 s., ISBN 802103792X
- Pekárek, M.: K některým právním aspektům vztahu investor – životní prostředí. In Hrabcová, D. Moderní veřejná správa a ombudsman. 1. vyd. Brno: Masarykova univerzita, 2005, 174 s., ISBN 802103792X
- Šimíček, V.: Předvídatelnost rozhodování jako základní princip dobré správy. In Hrabcová, D. Moderní veřejná správa a ombudsman. 1. vyd. Brno: Masarykova univerzita, 2005, 174 s., ISBN 802103792X
- Jelínek, J. a kol.: Trestní právo hmotné. 2. vyd. Praha: Linde Praha, 2006, 830 s., ISBN 807201630X

Kontaktní údaje na autora – email:

jan.bahyl@centrum.cz

ETHICAL RESPONSIBILITY OF OFFICIALS OF THE EUROPEAN UNION AND TYPE OF SANCTIONS IMPOSED FOR UNETHICAL CONDUCT

PAWLA ANNA BOROWSKA, ROBERT SUWAJ, STANISLAV STASZIC

School of Public Administration, Poland

Abstract

The official acts as a 'link' in the public administration between the EU citizens and politicians, that is why the official is perceived by society as an example of ethical conduct, and acting against ethical norms may cause the decline of the level of values. Participation of the functionaries in the making of law to which society conforms is also important. That is why a person who makes decisions regarding behaviour of other persons ought to prove that his/her own conduct is above suspicion.

Key words

Responsibility, answerability, accountability, ethical responsibility, penalties, disciplinary sanctions.

Officials are important 'components' of the whole mechanism of public administration. Each official ought to realise that decisions made by him/her impact on specific matters and on a number of related legal situations. It is obvious that the official bears responsibility for not fulfilling his duties, and the type of such responsibility depends on the level and kind of misconduct. One may distinguish among i.a. disciplinary, penal or financial responsibility, but is there anything like ethical responsibility, and is it as significant equally significant to aforementioned and does it have the same consequences as disciplinary responsibility or responsibility in respect of order ?

Considering this article focuses on responsibility of the official of the European Union, at first it should begin with indicating the specific character of that function, which was created in the 1960s, along with first steps taken towards the integrity of Europe¹. According to the legal definition of a EU official, it is a person who has been appointed to an established post on the staff of one of the EU institutions by an instrument issued by that institution².

The notion of a EU functionary indicates the simultaneous representation of the European Union and a home country. One should not stick to a straightforward theory that a EU official is a French, Polish or Spanish official who has been employed in the European structures, because the mere definition of 'the European Union' is not of secondary meaning, but, on the contrary, it is the EU official who at the same time is a French, Polish or Spanish official. In this way the EU official is characterised by the multinational and multicultural aspect which determines the significant part of his/her actions³.

¹ G. Vilella, *Le Fonctionnaire européen. Un essai d'introduction*, Les Editions du Boulevard, 2007, p. 16

² *Le statut des fonctionnaires des Communautés européennes et le régime applicable aux autres agents de ces Communautés, Titre I : Dispositions Generales*, Journal officiel des Communautés européennes, no L 56 du 4 mars 1968, http://ec.europa.eu/civil_service/docs/toc100_fr.pdf

³ G. Vilella, *Le Fonctionnaire européen...* pp. 17-19

The legal basis for the functioning of the EU officials is formed by a set of regulations included in the Council Regulation No. 259/68 of 29 February 1968, which is the only document that is not included in the primary law, contrary to regulations and tasks of the EU institutions regulated by the primary law⁴. That regulation does not introduce any new rules to *acquis communautaire*, and in accordance with some opinions expressed in the administration jurisprudence it is not a normative act⁵, but in the hierarchy of the sources of the EU law it is an act of internal secondary law⁶. That set of regulations was replaced in 1990 by a new name –the Staff Regulations of Officials of the European Communities⁷.

The official is responsible for deliberate violation or non-fulfilment of his/her official duties. According to a dictionary definition responsibility is ‘a moral or legal accountability for one’s actions and facing the consequences; being responsible before someone for someone else or something’⁸. Responsibility is a fundamental element of representative democracy, and the democratic system functions in the way that politicians as representatives of their electors in the government ought to be sensitive towards the social needs and responsible for implementation of politics, whereas the officials are responsible both before citizens and the government for administering public services, and the citizens – the society – responsible for keeping the social agreement, that is, accepting the social and economic order⁹.

The complexity of the notion of responsibility has been presented by A. Pawłowska in her speech. She differentiates among three types of responsibility: responsibility – in legal sense, answerability – as a reaction to social needs, and accountability – as a relation between two parties where one of them, a person or an organisation, is responsible for providing services by the other party¹⁰.

P. Giusta has divided the responsibility of the EU functionaries into three disciplines: law, ethics and deontology. Each of them has a source in a different factor of a distinct range and sanctions adequate to the source. Thanks to those three disciplines everyone who holds an office in the EU institutions faces the sanctions provided for by law, which include sanctions for non-fulfilment of moral obligations (disciplinary sanctions) as well as a requirement of subordination.

In view of the complex meaning of responsibility it seems appropriate to present the notion of administrative sanction, defined by M. Wincenciak as ‘negative (unfavourable) effects for those legal entities that do not comply with obligations arising from legal norms or law application acts, resulting from administrative law relation, imposed through application of

⁴ C. Mik, *Europejskie prawo wspólnotowe. Zagadnienia teorii i praktyki*, vol. 1, Warszawa 2000, pp. 524-525.

⁵ J. Galster, C. Mik, *Podstawy Europejskiego prawa wspólnotowego*, Toruń 1998, p. 150.

⁶ *Ibidem*, p. 145.

⁷ Council Regulation No. 259/68 dd. 29 February 1968 with further amendments., *Journal officiel des Communautés européennes*, no L 56 du 4 mars 1968.

⁸ *Słownik języka polskiego PWN*, Wydawnictwo Naukowe PWN SA 2004.

⁹ A. Pawłowska, *Odpowiedzialność administracji w społeczeństwie informacyjnym*, IX Annual Conference SEAP "Odpowiedzialność w administracji", 25- 27 May 2008, quoted after: J. M. Moncrieffe, *Reconceptualizing Political Accountability*, "International Political Science Review" 1998, no. 4, p. 393.

¹⁰ A. Pawłowska, *Odpowiedzialność administracji ...* quoted after: B.S. Romzek, M.J. Dubnick, *Accountability* [in:] J.M. Shafritz (ed.), *International Encyclopedia of Public Policy and Administration*, Westview Press, Boulder 1998, pp. 6-11,

law by a public administration body'¹¹. It means that the official who fails to fulfil his/her duties will be penalised.

The Staff Regulations of Officials of the European Communities is the first and primary source of ethical and deontological principles. It includes certain values which present proper ways of conduct of the officials, not only towards the clients of administration.

Title II of the Staff Regulations entitled "Rights and obligations of officials" includes and defines the expected types of conduct of the EU functionaries. From the ethical point of view - respect, confidentiality, honesty, co-operation and independence may be considered as values constituting legally sanctioned obligations. The profession of an official and performance of a public function are characterised with the need to comply with such ethical standards which other members of society are not obliged to comply with¹². J. Dobkowski states that professional ethics should in this context become normative ethics. The Staff Regulations determine obligations of the officials. Firstly, the official ought to be neutral and without prejudice, he/she should evaluate the reality in a realistic way, regardless of his/her own personal likes and dislikes, in other words, 'balance the rational and emotional elements'¹³.

The EU official should also act according to the interest of the European Communities and the decisions made by him/her must not be influenced by any other organisation, government or institution. The EU official has to honourably represent the institution in which he/she is employed, and in the event of electing him/her to public office his/her duties of a EU official are suspended for the time of performing his/her function in Parliament¹⁴. If dealing with a matter is directly or indirectly influenced by personal, family or financial interest, which could impair the official's independence, he/she ought to notify the Appointing Authority which may find that functionary inappropriate to settle the case¹⁵. Second part of Article 11, according to which the EU official shall not without the permission of the Appointing Authority accept from any outer source any honour, decoration, favour or payment of any kind¹⁶, is significant for ethical reasons. The general rule is 'no gift without the permission of the Appointing Authority'. That rule, although it exists in law, does not allow to be precisely interpreted – it is not clear if the ban on accepting any gifts is dependent on the importance of a specific gift or on the circumstances of giving it. Here law has given way to ethics. Each institution of the European Union has introduced its own code of conduct in specific situations, e.g. the European Commission has decided that the Appointing Authority shall accept all gifts whose value shall not exceed the amount of €50, provided that the total value of gifts shall not exceed the amount of €50 annually. Despite the solutions accepted by the EU institutions the problem still exists, because it is not known which feelings it arouses in persons from outside the EU institutions: may the acceptance of a gift, which should not

¹¹ M. Wincenciak, Sankcje w prawie administracyjnym i procedura ich wymierzania, Warszawa 2008, p. 73.

¹² J. Dobkowski, Charakter prawny kodeksów etycznych oraz kodeksów postępowania urzędników publicznych i wybieralnych przedstawicieli do organów administracyjnych, p. 164, [in:] Bąk D. (ed.), Etos urzędnika, Warszawa 2007.

¹³ P.J. Suwaj, Gwarancje bezstronności organów administracji publicznej w postępowaniu administracyjnym, Kolonia Limited 2004, p. 111.

¹⁴ *Le statut des fonctionnaires...(Titre II : Droits et obligations du fonctionnaire, art 11 and next).*

¹⁵ *Le statut des fonctionnaires...(Titre II : Droits et obligations du fonctionnaire, art 11 bis).*

¹⁶ *Le statut des fonctionnaires...(Titre II : Droits et obligations du fonctionnaire, art 11).*

theoretically have impact on the undertaken decision, in practice influence the objective judgement made by the official¹⁷.

Responsibility of the official for his/her actions is included in Article 21 of the Staff Regulations, according to which the official is responsible before the immediate superior for carrying out the duties assigned to him/her. In case of any failure, incorrect performance or negligence of the duties the official may be liable to a disciplinary action (Article 86 § 1 of the Staff Regulations). The officials are also obliged to inform of corruption, malpractices, breach of the EU interest, as well as of situations of the breach of duties. The official who possesses such information notifies his/her immediate superior or Director-General, or Secretary-General, and may also notify the European Anti-Fraud Office (OLAF)¹⁸. The Appointing Authority (or OLAF) initiates the disciplinary proceedings against the EU official or a former official against whom penal proceedings may be initiated¹⁹. The following penalties may be imposed on the official:

- a written warning;
- a reprimand;
- deferment of advancement to a higher step for a period of between 1 and 23 months;
- relegation in step;
- temporary downgrading for a period of between 15 days and one year;
- downgrading in the same function group;
- classification in a lower function group with or without downgrading;
- removal from post²⁰.

Disciplinary sanctions are proportional to the misconduct committed. In order to determine the seriousness of the misconduct and the kind of sanctions one should take into account the following factors:

- the nature of the misconduct and the circumstances in which it occurred;

¹⁷ P. Giusta, *Des valeurs ...* p. 89.

¹⁸ In March 2007 a 3-year investigation conducted by the European Anti-Fraud Office was closed. 3 EU functionaries were arrested. For 10 years the officials had been accepting financial benefits and had been involved in numerous frauds regarding public procurement, i.a. related to the search for offices for the European Commission agencies abroad (the Indies, Albania) and equipping them with alarm systems. The embezzlements cost the EU a few dozen million Euros. It is worth noticing that the investigation that lasted for quite a long time and was considered by sceptics as unlikely to end with success, was defended by Max Strotmann, the spokesman for Siim Kallas, Vice-President and EU Commissioner for administration, audit and anti-fraud. He stated that the arrests showed 'a zero tolerance approach of the EU to fraud' (webservice: http://www.lefigaro.fr/international/20070329.FIG000000255_scandale_financier_a_la_commission_europeenne.html).

¹⁹ M. Małecki, K. Tomaszewski, *Status Urzędnika Unii Europejskiej*, Warszawa 2005, p.70.

²⁰ *Le statut des fonctionnaires...*(Annexe IX, Section 3 : Sanctions disciplinaires, art. 9).

- the extent to which the misconduct adversely affects the integrity, reputation or interests of the Communities;
- the extent to which the misconduct involves intentional actions or negligence;
- the motives for the official's misconduct;
- the official's grade and seniority;
- the level of the official's duties and responsibilities;
- whether the misconduct involves repeated action or behaviour;
- the conduct of the official throughout the course of his career²¹.

One may determine those spheres of public life which are related to the rights and obligations of the officials included in the Staff Regulations and in the Code of Good Administrative Behaviour. The Staff Regulations regard spheres which include the actions of the official lying in the range of his function (instructions in Title II of the Staff Regulations). Four spheres in which the official deals with ethical choice in the decision-making process may be distinguished: 1) the official as an individual, 2) group of employees, 3) organisation, 4) entities involved in the decision-making process, here: clients of the administration.

According to R. Kidder, the founder and president of the Institute for Global Ethics, ethics is 'subordination that is not subject to legal enforcement'²², and thus, is it possible to speak of sanctions for unethical conduct of the EU officials?

Ethical conduct is a challenge not only for the EU officials, but it is ethics thanks to which they serve the general interest, and every kind of their behaviour is determined with a need of equal treatment of the citizens²³. The EU officials ought to act not only according to the rules established by law, but they should also act in compliance with the rules of ethics and professional conduct²⁴. For that purpose the N. Kinnock's Commission working on the reform of the Staff Regulations has created the Code of Good Administrative Behaviour²⁵.

The ethical code fills the gaps in regulations regarding relations between the official and the client of the administration, and that sphere is extensive contrary to the norms included in the Staff Regulations. The second broadest sphere is the one concerning a functionary as an individual and participant in the decision-making process.

Ethical code includes a group of standards of desirable conduct of functionaries, which to a great extent contributes to better understanding of the principles of political neutrality, impartiality, reliability or honesty, by officials and their superiors. Breach of ethical principles

²¹ Ibidem, art. 10.

²² P. Giusta, *Des valeurs...*, p. 42, quoted after Kidder R. M., *Ethics Newline, Business Ethics: Should We Give It Up?*, 2002.

²³ D. Bossaert, Ch. Demmke, K. Nomden, R. Polet, *Civil Services in the Europe Of Fifteen. Trends and New Developments*, Maastricht 2001, p.233.

²⁴ *Le statut des fonctionnaires...(Titre II : Droits et obligations du fonctionnaire*, art. 11 and next).

²⁵ M. Małecki, K. Tomaszewski, *Status Urzędnika Unii Europejskiej*, Warszawa 2005, pp.35-36.

involves not only responsibility inside the organisation, but also penal responsibility²⁶. To illustrate it with an example, an investigation conducted by OLAF may reveal personal participation in fraud or offence where penal sanctions shall be imposed by courts of the home country of the official. The contents of Article 22 Staff Regulations provide for financial responsibility: the functionary may be obliged to partial or total repairing of the damage inflicted by the Communities as a result of personal mistake made by the official while performing his/her functions.

Why does the responsibility of the officials for unethical conduct is so significant? The official acts as a 'link' in the public administration between the EU citizens and politicians, that is why the official is perceived by society as an example of ethical conduct, and acting against ethical norms may cause the decline of the level of values. Participation of the functionaries in the making of law to which society conforms is also important. That is why a person who makes decisions regarding behaviour of other persons ought to prove that his/her own conduct is above suspicion. In fact, society treats the EU officials as public sector workers, and, consequently, citizens look at them as at national officials making careers and receiving remuneration from taxpayers' money, and so it is natural that appropriate, ethical conduct is expected from them²⁷.

J. Dobkowski claims that ethical codes of the officials, similarly to the codes of conduct of the officials, are 'the pillars of a new system of public human resources management'²⁸.

The American scientists state that responsibility of the officials increases with their advancement to higher step, because the scope and effects of administrative duties as well as the expectations of the clients of the administration become increased²⁹. The increased level of responsibility is followed by the increased degree of difficulty of ethical dilemmas³⁰. In spite of the fact that ethical responsibility interweaves with other kinds of responsibility and often involves severe sanctions, is it possible to avoid it at all? According to R. Goodin, we naturally accept ethical responsibility and moral claims in family relations³¹. If that happens, then accepting them in public life and affairs, that is, accepting subjection and subordination in the administrative structure, shall probably enable avoiding sanctions for unethical conduct.

In case of the Staff Regulations of Officials of the European Communities we do not deal with, nor we even have an impression of, 'the artificiality of regulations which, despite their binding force, are not executed', as B. Kudrycka wrote about bans, limitations and duties of

²⁶ B. Kudrycka, *Neutralność polityczna urzędników*, Warszawa 1998, pp. 106-109.

²⁷ Ch. Demmke, *Working towards common elements in the field of ethics and integrity, Study for the 43rd meeting of the Directors-General of the public services of the member states of the European Union*, Maastricht 2004, pp. 14-15.

²⁸ J. Dobkowski, *Charakter prawny ...* p. 163.

²⁹ B. Kudrycka, *Dylematy urzędników administracji publicznej*, Białystok 1995, p. 90, quoted after: Y. Willbern, *Types and Levels of Public morality*, [in:] *Ethical Insight, Ethical Action; Perspectives for the Local Government Manager*, (ed.) E.K. Kellar, ICMA 1988, p. 15.

³⁰ B. Kudrycka, *Dylematy urzędników...* p. 90.

³¹ B. Kudrycka, *Dylematy urzędników...* p. 89, quoted after: R.E. Goodin, *Vulnerabilities: An Ethical Defense of the Welfare State*, [in:] *American Political Science Review*, no. 79, 1985, pp. 775-787.

ethical nature included in the national legislation³². Society imposes high expectations on the EU functionaries, and the warranties of substantive, legal and ethical nature (which jointly ensure the efficient system of protection against partiality and the conflict of interests)³³ enable the officials to act in compliance with the law and moral principles through the application of sanctions provided for in the Staff Regulations.

Literatura:

- Bossaert D., Demmke Ch., Nomden K., Polet R., *Civil Services in the Europe Of Fifteen. Trends and New Developments*, Maastricht 2001
- Demmke Ch., *Working towards common elements in the field of ethics and integrity*, Study for the 43rd meeting of the Directors-General of the public services of the member states of the european union, Maastricht 2004
- Demmke Ch., *Are Civil Servants Different Because They Are Civil Servants ? Who Are the Civil Servants – And How ?*, Maastricht 2005
- Demmke Ch., *European Civil Services between Tradition and Reform.*, Maastricht 2004
- Dobkowski J., *Charakter prawny kodeksów etycznych oraz kodeksów postępowania urzędników publicznych i wybieralnych przedstawicieli do organów administracyjnych*, [in:] Bąk D. (red), *Etos urzędnika*, Warszawa 2007
- Galster J., Mik C., *Podstawy Europejskiego prawa wspólnotowego*, Toruń 1998
- Giusta P., *Des valeurs et des choix : guide d'éthique pratique à l'intention des fonctionnaire de l'Union européenne*, Luxembourg 2007
- Kudrycka B., *Neutralność polityczna urzędników*, Warszawa 1998
- Kudrycka B., *Dylematy urzędników administracji publicznej*, Białystok 1995
- Kudrycka B., Dębicki M., *Etyczne administrowanie. Wyzwanie dla samorządu terytorialnego*, Warszawa 2000
- Małeckie M., Tomaszewski K., *Status Urzędnika Unii Europejskiej*, Warszawa 2005
- Mik C., *Europejskie prawo wspólnotowe. Zagadnienia teorii i praktyki*, vol. 1, Warszawa 2000
- Pawłowska A., *Odpowiedzialność administracji w społeczeństwie informacyjnym*, IX Doroczna Konferencja SEAP "Odpowiedzialność w administracji", 25- 27 May 2008
- Pope J., *Rzetelność życia publicznego. Metody zapobiegania korupcji*, Warszawa 1999
- Romzek B.S., Dubnick M.J., *Accountbility* [in:] J.M. Shafritz (ed.), *International Encyclopedia of Public Policy and Administration*, Westview Press, Boulder 1998

³² B. Kudrycka, M. Dębicki, *Etyczne administrowanie. Wyzwanie dla samorządu terytorialnego*, Warszawa 2000, p.73.

³³ P.J. Suwaj, *Gwarancje bezstronności ...*, p. 117.

- Suwaj P.J., Gwarancje bezstronności organów administracji publicznej w postępowaniu administracyjnym, Kolonia Limited 2004
- Vilella G., Le Fonctionnaire européen. Un essai d'introduction, Les Editions du Boulevard, Bruxelles 2007
- Wincenciak M., Sankcje w prawie administracyjnym i procedura ich wymierzania, Warszawa 2008

Selected documents:

- Le statut des fonctionnaires des Communautés européennes et le régime applicable aux autres agents de ces Communautés, Titre I : Dispositions Generales, « Journal officiel des Communautés européennes» no L 56 du 4 mars 1968, (website : http://ec.europa.eu/civil_service/docs/toc100_fr.pdf)
- Rozporządzenie Rady nr 259/68 z dnia 29 lutego 1968 r. z późn. zm., Journal officiel des Communautés européennes, no L 56 du 4 mars 1968

Kontakní údaje na autora – email:

pborowska@wsap.edu.pl

CITIZENS INFLUENCING LOCAL PUBLIC ADMINISTRATION

AGNIESZKA BRZOSTEK, AGNIESZKA CZARKOWSKA, PAWLA STANISLAV STASZIC

School of Public Administration, Poland

Abstract

The right to associate and participate in the execution of power is one of the fundamental rights of an individual in local government. The local level is the level where this right may be executed in the most direct way. There are two ways of local communities' participation in the execution of power distinguished by the Polish legislator. The residents in each local authority reach decisions in a general voting (during elections and referenda) or through elected bodies.

Key words

Local elections, referendum, direct democracy, consultations with residents.

The right to associate and participate in the execution of power is one of the fundamental rights of an individual in local government. The European Charter of Local Self-Government underlines the fact that citizens' right to regulate and administer public affairs is one of democratic rules common to all member states of the Council of Europe. The local level is the level where this right may be executed in the most direct way. "Local self-government denotes the right and the ability of local authorities, within the limits of the law, to regulate and manage a substantial share of public affairs under their own responsibility and in the interests of the local population"¹. This right is executed by councils and associations that consist of elected members, as well as citizens' associations, referenda and any other form of citizens' direct participation, provided that an act of law allows such resolution.

There are two ways of local communities' participation in the execution of power distinguished by the Polish legislator. The residents in each local authority reach decisions in a general voting (during elections and referenda) or through elected bodies².

Local elections play an important role in the life of the community. They legitimize authorities, simultaneously becoming a tool for execution of political responsibility. Local authorities are the core of constitutional, local government guarantees. Participation in local government elections is the most common form of citizens' participation in exercising power, although the scope of this participation depends on adopted, institutional solutions³. In Poland, according to the Constitution⁴, elections for local government constitutive organs are universal, equal, direct and shall be conducted by a secret ballot. The rules and the running of elections are precisely regulated through the Electoral Law on Commune Councils, Powiat

¹ European Charter of Local Self-Government, adopted in Strasbourg on 15 October 1985 (Dz. U. 1994 No 124, item 607, Art.3)

² The Act on Local Government of 8 March 1990 Dz.U. 2001, No 142, item 1591 with subsequent alterations, Art. 11

³ J. Lemańska, *Ordynacja wyborcza do rad gmin- realizacja prawa jednostki do udziału w sprawowaniu władzy [w:] Funkcjonowanie samorządu terytorialnego-doświadczenia i perspektywy.*, (edit.) S. Dolata, p. 132

⁴ The Constitution of the Republic of Poland, Art. 169 (2)

Councils and Voivodeship Regional Assemblies and in the Act on Direct Elections of Village –Mayor, Mayor and the President of a City.

Suffrage, that is the civil right to vote, is vested in the hands of every Polish citizen, who has attained the age of 18 years on the day of the elections at the latest, and permanently resides in the area covered by the Council. A right to vote in local elections is also obtained by citizens of the European Union who are not Polish citizens. The admittance of the European Union's citizens to participate in local government elections was connected with the introduction of the citizenship concept in The Maastricht Treaty. Accordingly, each person that is a citizen of a member state who lives in a different member state has a right to vote and is eligible, subject to the same conditions as the citizens of that country.

Persons that were deprived of public rights by a judgement in force, deprived of election rights by a judgement of the Tribunal of State, or incapacitated by a judgement in force, do not possess the right to vote.

The eligibility right (the right of being eligible) is vested in the hands of a person having a right to vote, except for persons sentenced for an indictable offence, as well as persons who were subject to a judgement in force that conditionally suspends criminal proceedings in a case of an indictable offence. A citizen of the European Union deprived of the right to vote in a member state which he/she is a citizen of, is deprived of that right [in Poland] too.

The important stage, at which execution of residents' rights to participate in establishing powers takes place, is standing in local elections. Citizens, if at least five in number, possessing a right to vote, may form an election committee; after they have collected at least twenty eligible voters' signatures supporting the committee formation, they may submit their candidates and launch an electoral campaign.

The participation in local government elections, despite continuing low turnout, is definitely the most common way in which a member of a particular community may influence the management of public affairs. It is the elected politicians and leaders who are to resolve problems of the community, take care of raising residents' standard of living and influence the development of the local area or the region.

Residents may, however, decide on many important local issues by direct means too. The Act on Local Government stipulates the following institutions of direct democracy:

- referendum⁵
- consultations with residents
- village gatherings, and in the cities, if the residential district statute provides so, general meetings of residents of a local constituency.

⁵ Also in Art. 170 of The Constitution of the Republic of Poland - Members of a self-governing community may decide, by means of a referendum, matters concerning their community, including the dismissal of an organ of local government established by direct election.

The Constitution of the Republic of Poland of 2 April 1997 in Art. 170 stipulated that “members of a self-governing community may decide, by means of a referendum, matters concerning their community, including the dismissal of an organ of local government established by direct election”. The Constitution does not regulate a subject of local referendum. The rules and the conduct of a referendum are specified in the Local Referendum Act of 15 September 2000 (Dz. U. 2007 No. 112 item 766). The act distinguishes two kinds of referenda: facultative and obligatory. The obligatory character of a referendum concerns local taxation of residents (local referendum) for public purposes – which fall within the domain of tasks and competence of local community councils⁶, and dismissal of a local government unit’s legislative body before a term of office is served (these are decided on only in a referendum conducted by a residents’ motion). Moreover, the dismissal of a local executive body, by referendum, is allowed by the Act on Direct Elections of Village -Mayor, Mayor and the President of a City of 22 May 2002.⁷

Facultative referendum is a referendum, in which the issues (which fall within the domain of tasks and competence of the unit’s bodies) concerning local governance within the community are decided on. The Constitutional Tribunal, in its judgment of 26 February 2003, stated unambiguously that residents should have the possibility to decide, in a referendum, on all important issues facing a community, not just those issues which fall within the competence of the unit’s authorities⁸.

A referendum may take place on the initiative of a legislative body (local community councils, poviats councils and voivodeship regional assemblies) or on a motion by 10% of a community’s or poviat’s eligible voters or 5% of voivodeship’s eligible voters. A referendum concerning the dismissal of a legislative organ is conducted by a residents’ motion. 15 citizens may initiate poviat and voivodeship referenda and five citizens may initiate a community referendum as well as the local structures of political parties and social organizations. In the case when a referendum takes place on an initiator’s motion, this motion is examined by a legislative body, but in the case of referendum over a legislative body’s dismissal, the motion is examined by the voivodeship election commissioner⁹.

The community council itself or community residents make take an initiative to conduct referendum. Such a motion can be submitted by at least 1/10 of eligible voters, i.e. the residents of the community vested with the right to vote. A referendum is considered binding if 30% of legal voters have participated¹⁰.

year	1992	1993	1994	1995	1996	1997	1999	2000	2001	2002
not binding	23	22	5	33	26	30	10	94	63	3

⁶ Art. 7 of The Act on Local Referendum of 15 September 2000

⁷ Art. 26 (1) of the Act on Direct Elections of Village - Mayor, Mayor and the President of a City of 22 May 2002, Dz. U. 2002 No. 113, item 984 with subsequent alterations

⁸ J. Kroner, Szerzej niż się wydawało, „Rzeczpospolita” of 27 February 2003, No. 49.

⁹ Z. Leoński, Ustrój i zadania samorządu terytorialnego w: Samorząd w Polsce. Istota, Formy, Zadania, edit. S. Wykrętowicz,

¹⁰ Art. 55 of The Act on Local Referendum of 15 September 2000

binding	-	3	-	1	5	3	4	14	7	-
total	23	25	5	34	31	33	14	108	70	3
turnout (%)	13,8	14,9	17,8	14,2	17,2	20,7	25,9	18,9	17,8	12,1

A. Piasecki, Referenda w III RP, Warszawa 2005, p. 89.

A referendum on community council's dismissal is most often applied. From 1992 to 2005, 400 referenda were conducted, 90% of which concerned the dismissal of bodies (council, and since 2002 also village-mayor, mayor and the president of city).

TERM OF OFFICE	REFERENDA	EFFECTIVE REFERENDA
1990 – 1994	48	3
1994 – 1998	104	9
1998 – 2002	193	25
2002 – 2006	93	12

M. Łapuć A. Czarkowska, Doświadczenia w stosowaniu demokracji bezpośredniej ze szczególnym uwzględnieniem referendum na przykładzie samorządów terytorialnych w Szwajcarii i w Polsce w: Sprawność działania administracji samorządowej, Rzeszów 2006, p. 76.

Referenda on local taxes were popular in the early 90s, but these gradually disappeared and nowadays only occasionally take place.

Facultative referenda rarely take place due to imprecise statutory regulations and sometimes due to their contradictory interpretation¹¹.

The notion of 'consultations' should be understood as an opinion of a sovereign collective body on a given matter expressed by voting. Unlike referenda, the results of consultations are not binding; they have merely political meaning.

Consultations may be obligatory or facultative. According to the Act on Local Government¹², facultative consultations with community residents are arranged in the cases defined by law and in other important community issues. The rules and course of consultations are defined in community council's resolutions. The statute does not stipulate which matters are of "essential importance", the community itself is to decide. Obligatory consultations concern:

-formation, conjunction, division and liquidation of a local council as well as determination of their borders,

-granting a community or a locality with city rights and determination of its borders,

¹¹ A. K. Piasecki, Demokracja bezpośrednia w Polsce po 1989, „Przegląd Sejmowy” 2006 r., No 1, pp. 19-20.

¹² The Local Government Act of 8 March 1990 Dz.U. 2001, No 142, item 1591 with subsequent alterations.

-determination and change of community names as well as change of their authorities' official residence.

Before the Council of Ministers issues a regulation in this matter, a minister competent in public administration matters is obliged to consult concerned community councils, provided the councils have conducted consultations with the residents.

The community council may form auxiliary units such as sołectwa, districts, residential districts and others. However, the community council's resolution on the formation or the determination of organization and operational scope of such an auxiliary unit, should also be preceded by consultation with the residents. Consultations may also be conducted on the residents' own initiative. Obligatory local consultations are also required by other acts, e.g. The Act on Official Names of Localities and Physiographic Objects of 29 August 2003¹³.

The Act on Local Government does not regulate the rules and conducting of consultations. These issues are determined in the council's resolution, which means that solutions adopted in particular communities are not uniform. Most often it is one legal act in which the community council comprehensively stipulates the rules and the conduct of consultations with residents. However, it may happen that these rules are specified every time consultations are arranged. The council also decides on the form in which they are conducted, i.e. whether they take the form of a question asked by residents, a survey, or by means of mass media. The analysis of councils' resolutions proved that in most of the community councils, obligatory consultations are arranged by the village-mayor, mayor, or president of a city, whereas facultative consultations are administered by a council. The council may pass such a resolution on its own initiative. An initiative may also be taken by other entities: local authority support services, non-governmental organizations operating in the community's area, and in some cities even by the residents themselves, which is another accepted solution.¹⁴

The transfer of responsibility to community councils for the carrying-out of resident consultations should be regarded as a positive step, as it enables those solutions that take local circumstances into consideration. Nevertheless, many commentators have pointed out the need to regulate statutory rules for consultation. As M. Rachwał remarks, these issues are crucial for the functioning of the local government community, and the addition of at least elementary rules (e.g. to the Act on Local Referendum¹⁵) should be considered.

The effects that referendum and consultations bring constitute the main difference between these two institutions. The council is obliged, by referendum, to undertake activities to solve a case, whereas consultations are just an opinion. It is confirmed by the Supreme Administrative Court's Judgment in Warsaw of 1 January 2001 (II SA 2817/00) "in order to perform the solution (with binding effect) taken in a case by residents by means of a community referendum, the case must fall within the domain of the community council's tasks and competence. Making a contrary assumption would have led to the infringement of local authorities' competence resulting in the invalidation of an act itself and invalidation of a referendum's results. As for consultations, an opinion (wishes, expectations) of the residents,

¹³ Dz. U. 2003 No. 166, item 1612;

¹⁴ M. Rachwał, *Konsultacje z mieszkańcami gminy jako instytucja demokracji bezpośredniej* [w:] *Przywódcztwo lokalne a kształtowanie demokracji partycypacyjnej*, edit. S. Michałowski, K. Kuć-Czajkowska, Lublin 2008, p. 333,

¹⁵ *Ibid.*

on how the case (which falls within other authority's competence) should be solved, is manifested in consultations”.

The essence of every local government is the fact that its residents themselves possess the greatest power therein.¹⁶ The fact that direct forms of decision making by residents are mentioned in the first instance by the Local Government Act (in contrast to the European Charter of Local Self-Government) and representative democracy is put in second place is worth mentioning. This could be treated as the Polish legislator's willingness to underline the particular importance of citizens' participation in the functioning of a basic unit of local government.¹⁷

Literatura:

- M. Rachwał, Konsultacje z mieszkańcami gminy jako instytucja demokracji bezpośredniej [w:] Przywództwo lokalne a kształtowanie demokracji partycypacyjnej, red. S. Michałowski, K. Kuć-Czajkowska, Lublin 2008, Wydawnictwo, p. 552, ISBN 97-8832-272-80-62
- S. Sagan, Prawo konstytucyjne Rzeczypospolitej Polskiej, Warszawa 2003, Lexis Nexis, p. 230, ISBN 83-7334-164-1
- Z. Leoński, Ustrój i zadania samorządu terytorialnego w: Samorząd w Polsce. Istota, Formy, Zadania, pod red. S. Wykrętowicza, Poznań 2008, Wydawnictwo Wyższej Szkoły Bankowej, p. 408, ISBN 978-83-7205-260-5
- J. Lemańska, Ordynacja wyborcza do rad gmin- realizacja prawa jednostki do udziału w sprawowaniu władzy [w:] Funkcjonowanie samorządu terytorialnego-doświadczenia i perspektywy, (red.) S. Dolata Wydawnictwo Uniwersytetu Opolskiego, Opole 1998, p. 1240, ISBN: 83-87635-15-4
- A. K. Piasecki, Demokracja bezpośrednia w Polsce po 1989, „Przegląd Sejmowy” 2006 r., No 1, pp. 19-20

Selected documents:

- European Charter of Local Self-Government, adopted in Strasbourg on 15 October 1985 (Dz. U. 1994 No 124, item 607, Art.3
- The Act on Local Government of 8 March 1990 Dz.U. 2001, No 142, item 1591 with subsequent alterations
- The Constitution of the Republic of Poland
- The Act on Local Referendum of 15 September 2000

¹⁶ S. Sagan, *Prawo konstytucyjne Rzeczypospolitej Polskiej*, Warszawa 2003, p.179

¹⁷ M. Rachwał, *Konsultacje z mieszkańcami gminy...*, op. cit., p.328

Kontaktní údaje na autora – email:
a.czarkowska@yahoo.pl

OSOBITOSTI KONANIA A ROZHODOVANIA NA ÚSEKU OCHRANY PRÍRODY A KRAJINY VO VZŤAHU K SPRÁVNEMU PORIADKU

BRANISLAV CEPEK

Právnická fakulta, Univerzita Komenského v Bratislave, Slovenská republika

Abstrakt v rodném jazyce

V príspevku autor analyzuje osobitné procesné inštitúty upravené v zákone č. 543/2002 Z. z. o ochrane prírody a krajiny v znení neskorších predpisov, vo vzťahu k správne poriadku, ktorý predstavuje všeobecnú právnu úpravu procesného postupu pri rozhodovaní. Pozornosť venuje najmä procesným inštitútom a ich osobitostiam vecnej príslušnosti, účastníkom konania, zastaveniu konania a náležitostiam rozhodnutia.

Klíčová slova v rodném jazyce

Špeciálne procesné pravidlá, pôsobnosť správneho poriadku, zásada informovanosti verejnosti, zastavenie konania, náležitosti rozhodnutia.

Abstract

Author analyses special procedural institutes which are ruled in the Law number 543/2002 Z. z. about the protection of nature and land in amendments and their relationship to Administrative order. Administrative order represents general legal regulation which is concerned to decision movements. Author attends to procedural institutes and their individualities, material competence, participants in administrative law relations in administrative proceedings, discontinuance of proceedings and essentials of the decision.

Key words

Special procedural regulations, competence of Administrative order, principle to inform public, discontinuance of proceedings, essentials of decision.

Postup správnych orgánov pri rozhodovaní o práve alebo povinnosti konkrétnej osoby na úseku ochrany prírody a krajiny, je upravený normami procesného charakteru. Tieto procesnoprávne normy ustanovujú, akým spôsobom sa majú osoby správať (t.j. aké majú procesné práva a povinnosti) v rámci formalizovaného procesného postupu nazývaného správne konanie. Procesnoprávne normy sú zvyčajne kodifikované v samostatných zákonoch, ktoré sa nazývajú poriadkami. Správne konanie je upravené v zákone č. 71/1967 Z. z. v znení neskorších noviel o správnom konaní (správny poriadok). Popri vymedzení okruhu správnych orgánov tento zákon vymedzuje svoju pôsobnosť aj vo vzťahu k iným právnym predpisom. Formulačne to zákonodarca vyjadril slovami „ak osobitný zákon neustanovuje inak“. Obsahovo táto formulácia vyjadruje dve skutočnosti:

- subsidiaritu správneho poriadku,
- negatívne vymedzenie pôsobnosti.

Princíp subsidiarity je výrazom mnohostrannosti spoločenských vzťahov vznikajúcich

v procese rozhodovania o individuálnych právach a povinnostiach účastníkov, ktoré nemožno upraviť v jedinom procesnom predpise. Preto existuje jeden procesný predpis s univerzálnou

pôsobnosťou – správny poriadok a osobitné právne predpisy, v ktorých sa premietajú príslušné odchýlky. Inými slovami, správny poriadok platí len vtedy, ak osobitné právne predpisy neustanovujú inak.

Osobitné predpisy možno rozdeliť na dve skupiny:

- osobitné predpisy, pri ktorých je vzťah k správneému poriadku založený na princípe subsidiarity,
- osobitné predpisy, pri ktorých sa princíp subsidiarity neuplatňuje, pretože ide o autonómnu právnu úpravu.

Do prvej skupiny patrí aj zákon č. 543/2002 Z. z. o ochrane prírody a krajiny v znení neskorších predpisov, ktorý ustanovuje osobitné procesné inštitúty vo veciach ochrany prírody a krajiny.

Vo svojom príspevku sa zameriam na analýzu vybraných procesných inštitútov, ktoré sú v zákone č. 543/2002 Z. z. upravené odlišne od všeobecnej úpravy obsiahnutej v správnom poriadku.

Základné zásady konania. Správne konanie je vybudované na určitých právnych postulátoch, ktoré sú označované ako procesné zásady. Uvedenými procesnými zásadami sa spravuje celé správne konanie, vo všetkých jeho štádiách. Procesné zásady nie sú len kategóriou právnej teórie, ale ich premietnutie do zákona z nich vytvorilo záväzné pravidlá správania. Základné pravidlá konania plnia v podstate dve funkcie:

sú záväzným právnym nástrojom pre postup správnych orgánov a ich nerešpektovanie alebo opomenutie predstavuje vadu konania, ktorá podľa svojej závažnosti môže viesť k zrušeniu rozhodnutia,

sú interpretačným pravidlom pre jednotlivé ustanovenia správneho poriadku, resp. procesných ustanovení osobitných právnych predpisov.

Základné pravidlá konania svojím významom presahujú rámec správneho poriadku, pretože sa vzťahujú aj na vydávanie niektorých dokumentov mimo rámca pôsobnosti správneho konania (potvrdenia, osvedčenia a pod.)

Po poslednej novele správny poriadok zakotvuje aj zásadu materiálnej rovnosti, podľa ktorej správne orgány dbajú o to, aby v rozhodovaní o skutkovo zhodných alebo podobných prípadoch nevznikali neodôvodnené rozdiely. Jej dôsledné uplatňovanie v právnej praxi má napomáhať prehĺbovaniu právnej istoty adresátov rozhodnutí tým, že prikazuje správnym orgánom rešpektovať kontinuitu ich rozhodovania tak, aby v konečnom dôsledku neboli hmotnoprávne diskriminovaní účastníci konania a zistenie porušenia tejto procesnej zásady v rozhodovaní správneho orgánu, resp. správnych orgánov, ktoré sú povinné jednotne vykladať a aplikovať zákon, môže v právnej praxi – či už účastníkovi konania alebo nadriadenému správneému orgánu signalizovať existenciu nezákonnosti rozhodovania vo veci samej¹.

¹ Košičiarová, S.: In: Acta Facultatis Iuridicae XXIV, Universitatis Cmeniana, Bratislava, 2006, s. 239.

V zmysle čl. 26 Ústavy Slovenskej republiky sa zaručuje právo na informácie. Orgány verejnej moci sú povinné primeraným spôsobom poskytovať informácie o svojej činnosti v štátnom jazyku. Sprístupňovanie informácií vo všeobecnej rovine upravuje zákon č. 211/2000 Z. z. o slobodnom prístupe k informáciám. V správnom poriadku je upravený postup súvisiaci so správnym konaním za predpokladu, že ide o konanie, ktoré je predmetom záujmu verejnosti, alebo ak tak ustanovuje osobitný zákon. Rozsah poskytovaných informácií sa týka začatia, priebehu a skončenia správneho konania a formu poskytovania informácií zákon upravuje len exemplifikatívne. Za vec, ktorá je predmetom záujmu verejnosti, treba z právneho hľadiska považovať aj takú záležitosť verejného záujmu (najmä na úseku ochrany prírody a krajiny), na ovplyvňovanie ktorej verejnosť aktívne využije napr. petičné právo ako zákonný prostriedok.

V zmysle zákona č. 543/2002 Z. z., zásadu informovanosti treba uplatniť aj na konanie o vydanie súhlasu alebo povolenia s výnimkou konaní uvedených v § 82 ods. 8, nakoľko v § 82 ods. 3 zákona o ochrane prírody a krajiny účastníkom konania o vydanie súhlasu, alebo povolenie výnimky je len žiadateľ a účastníkom konania o vydanie súhlasu na zriadenie zoológickej je aj obec, v ktorej katastrálnom území má byť zoológická záhrada umiestnená. Ďalej predmetné ustanovenie upravuje, že združenie s právnou subjektivitou, ktorého predmetom činnosti je ochrana prírody a krajiny aspoň jeden rok, aby tieto subjekty nevznikali účelovo a ktoré oznámi svoju účasť v konaní najneskôr do siedmich dní je zúčastnenou osobou, čo znamená že zásadu informovanosti verejnosti treba uplatniť aj na konanie o vydanie takéhoto súhlasu, alebo povolenia.

Účastník konania. Účastník konania je definovaný kombináciou troch všeobecných kritérií a jedného špeciálneho kritéria. Vo všetkých prípadoch je znakom účastníka konania hmotnoprávny pomer fyzickej osoby alebo právnickej osoby k veci, ktorá je predmetom konania. Inými slovami správny poriadok síce vymedzuje, kto je účastníkom konania, no odpoveď na to, na koho sa táto definícia vzťahuje, dávajú predpisy hmotného práva. Až z týchto predpisov vyplýva okruh osôb, ktoré sú alebo ktoré sa môžu stať nositeľmi práv a povinností, o ktorých správny orgán rozhoduje. Správny orgán priznáva postavenie účastníka každému, kto spĺňa procesné predpoklady, bez ohľadu na to, či v skutočnosti spĺňa aj materiálne predpoklady. Špeciálne kritériá obsahujú osobitné predpisy, ktoré môžu upravovať pojem účastníka konania odchyľne. Okruh subjektov, ktorým toto postavenie priznávajú, môže byť formulovaný širšie. Postavenie účastníka môžu dokonca priznať aj tomu, na koho sa vymedzenie § 14 ods. 1 vôbec nevzťahuje. Tieto osobitné predpisy majú v aplikačnom procese prednosť pred všeobecnou úpravou obsiahnutou v správnom poriadku.

Správny poriadok popri pozitívnom vymedzení účastníka neustanovuje, kto sa nepovažuje za účastníka. Vychádzajúc z interpretácie jednotlivých ustanovení správneho poriadku, postavenie účastníka konania nemá:

- správny orgán, ktorý uskutočňuje konanie, a to ani v prípade keď ide o preskúmavanie jeho rozhodnutia nadriadeným orgánom alebo výkon rozhodnutia,
- osoby zúčastnené na konaní ako svedok, znalec, tlmočník, alebo osoby zaviazané na predloženie listiny, prípadne veci dôležitej pre správne konanie,
- prokurátor v konaní o proteste prokurátora.

Postavenie účastníka konania nemajú ani tzv. dotknuté orgány. Ich podstata v správnom konaní spočíva v tom, že sa buď vyjadrujú k predmetu konania alebo sa musí od týchto

orgánov vyžiadať súhlas, resp. sa s ním musí dosiahnuť dohoda s navrhovaným riešením. Takýto postup upravuje stavebný zákon, zákon o vodách a pod².

Zákon č. 543/2002 Z. z. o ochrane prírody a krajiny obsahuje špeciálne ustanovenie vo vzťahu k § 14 správneho poriadku. Toto ustanovenie vymedzuje účastníka konania v porovnaní so správnym poriadkom užšie (účastníkom konania na orgáne ochrany prírody je len žiadateľ, t.j. osoba, ktorá dala návrh na začatie konania a v konaní sa má konať o jeho právach právom chránených záujmoch a povinnostiach). Predmetné ustanovenie však vylučuje možnosť procesného vplyvu vlastníka, správcu, prípadne nájomcu (ak mu takéto postavenie vyplýva z nájomnej zmluvy) pozemku v konaniach o vydanie súhlasu alebo povolenia výnimky činností, ktoré sa majú v budúcnosti vykonať na jeho pozemku. Ako jedinú formu participácie na konaní zákon ustanovuje vlastníkov súhlas, ktorý je povinnou náležitosťou žiadosti o vydanie rozhodnutia. Z tohto hľadiska by bolo treba v zmysle platnej právnej úpravy posúdiť napríklad odvolanie podané takouto osobou ako podanie neprípustné, pritom podanie opravného prostriedku vlastníkom nemožno de facto v právnej praxi vylúčiť, lebo vlastníkovi nemusí byť ľahostajné napríklad to, akým spôsobom orgán ochrany prírody v rozhodnutí určí podrobnejšie podmienky vykonávania činnosti zabezpečujúcej ochranu prírody a krajiny³.

V ostatnom období na úseku životného prostredia boli prijaté niektoré zákony, ktoré priznávajú postavenie účastníka aj ďalším subjektom nad rámec § 14 správneho poriadku. Ide o subjekty, ktoré v danom konaní reprezentujú určitý verejný záujem. Sú to najmä niektoré občianske združenia a perspektívne možno predpokladať, že počet týchto subjektov bude mať v právnom konaní narastajúcu tendenciu. Na túto skutočnosť reagovala aj posledná novela správneho poriadku, ktorá tieto subjekty označila termínom „zúčastnená osoba“. Možno konštatovať, že tieto subjekty, aj keď sú v osobitných zákonoch označené ako účastník, resp. účastník na účely tohto zákona, nemajú postavenie účastníka v zmysle procesnej strany. Jej právne postavenie vyplýva vždy z osobitného zákona (napr. zo zákona č. 245/2002 Z. z. o integrovanej prevencii a kontrole znečisťovania životného prostredia a o zmene a doplnení niektorých zákonov v znení neskorších predpisov), ktorý môže rozsah jej procesných práv ustanoviť aj širšie, než ho zakotvuje správny poriadok, nikdy však vzhľadom na účel, ktorý táto osoba má plniť v správnom konaní, nebude mať zúčastnená osoba všetky procesné práva, ktoré z právnej úpravy vyplývajú účastníkovi konania. V danom konaní sa totiž nerozhoduje o ich právach, resp. povinnostiach. Z toho dôvodu aj rozsah ich procesných práv nemôže byť analogicky právom účastníka, ale musí zodpovedať iba účelu, ktoré v konaní tieto subjekty reprezentujú.

Zúčastnené osoba nemôže vystupovať v akomkoľvek konaní, ale len v konaní, ktoré upravuje osobitný zákon. Tento zákon súčasne ustanoví, ktoré subjekty budú mať postavenie zúčastnených osôb a aký verejný záujem budú obhajovať. Postavenie zúčastnených osôb v konaní zákon koncipuje ako právo, nie ako povinnosť. Preto neúčast' osoby v konaní nie je prekážkou pre ďalší postup v konaní a jej účasť na konaní nemožno vynučiť napr. podľa § 42 alebo § 43 zákona o správnom konaní.

Správny poriadok ustanovuje základné procesné práva zúčastnených osôb (právo byť informovaný o podaniach účastníkov, zúčastniť sa na ústnom pojednávaní, navrhovať dôkazy

² SOBIHARD, J.: Správny poriadok – komentár. Bratislava: IURA EDITION, 2005, s. 58.

³ KOŠIČIAROVÁ, S.: In: Acta Facultatis Iuridicae, XXIV, Universitatis Comeniana, Bratislava, s. 241.

a pod.). Osobitný zákon v súlade so subsidiárnou pôsobnosťou správneho poriadku môže so zreteľom na špecifiká konania priznať zúčastneným osobám aj ďalšie práva. Neprináleží im však napríklad právo podávať opravné prostriedky. Tieto subjekty sa však vo vymedzenom rozsahu môžu zúčastniť aj na druhostupňovom konaní.

Zastavenie konania. Zastavenie konania je jednou z foriem, ktorou sa správne konanie uzatvára konečným spôsobom. Dochádza k nemu v prípadoch ustanovených v správnom poriadku alebo v osobitných zákonoch z dôvodov, ktoré bránia pokračovať v konaní. Pri zastavení konania je správne konanie skončené skôr, než sa dospeje k meritórnemu rozhodnutiu vo veci samej. Keďže dôvody na zastavenie konania sú vymedzené taxatívne, ak sú slnené zákonné podmienky, správny orgán nemá inú možnosť. Voľná úvaha je v podstate vylúčená. Až do prijatia ostatnej novely správneho poriadku zákon poznal iba dva dôvody na zastavenie konania, a to ak účastník návrh na začatie konania vzal späť, alebo ak odpadol dôvod konania začatého na podnet správneho orgánu. Absencia ďalších dôvodov sa v rokoch predchádzajúcich novele riešila parciálnymi úpravami v osobitných zákonoch, čo do istej miery spôsobovalo neprehľadnosť. Výpočet dôvodov na zastavenie konania uvádzaných v správnom poriadku je taxatívny a nemožno ho rozširovať. Zastavenie konania sa uskutočňuje formou procesného rozhodnutia. Toto rozhodnutie sa doručuje účastníkom konania. K neformálnemu zastaveniu konania, ktoré sa vyznačuje iba v spise, dochádza len v týchto prípadoch:

- ak účastník konania vzal svoj návrh na začatie konania späť a konanie sa netýka iného účastníka konania alebo ostatní účastníci konania súhlasia so späťvzatím návrhu a nejde o konanie, ktoré môže začať správny orgán,
- účastník konania zomrel, bol vyhlásený za mŕtveho alebo zanikol bez právneho nástupcu a konanie sa týkalo len tohto účastníka konania.

V prvom prípade sa nevyžaduje rozhodnutie, pretože zastaveniu konania predchádza kvalifikované podanie účastníka konania. V druhom prípade už rozhodnutie nemožno doručiť, pretože fyzická osoba zomrela alebo právnická osoba zanikla bez právneho nástupcu.

Dôvody na zastavenie konania podľa zákona č. 543/2002 Z. z. sú formulované pomerne široko, pretože v čase jeho prijatia sa subsidiárne podľa správneho poriadku dali použiť len zmienené dva dôvody na zastavenie konania. Nakoľko sa pri postupe v súvislosti so zastavením konania vo veciach ochrany prírody a krajiny aplikuje zásada *lex specialis derogat legi generali*, je potrebné spomenúť len tie, ktoré upravuje predmetný zákon. Zákon č. 543/2002 Z. z. v § 82 ods. 9 písm. h/ ustanovuje, že orgán ochrany prírody je povinný zastaviť konanie, ak účastník konania vzal späť svoje odvolanie (rozklad) alebo návrh na obnovu konania. Procesné právo účastníka konania vziať späť svoj právny úkon je výrazom tzv. dispozičnej zásady, kedy účastník konania prejavom svojej vôle spôsobí, že začaté správne konanie sa neukončuje vydaným rozhodnutím vo veci samej, teda rozhodnutie, ktoré upravuje jeho hmotnoprávne postavenie, ale vydá sa procesné rozhodnutie. I v konaní pred orgánmi ochrany prírody platí, že rozhodnutím o zastavení konania nemožno nahrádzať rozhodovanie vo veci samej, teda vo veci, kvôli ktorej konanie začalo. Odvolací orgán preto v praxi nebude preskúmavať len to, či boli splnené podmienky na vydanie procesného rozhodnutia, ale vždy v súlade s § 59 ods. 1 správneho poriadku preskúma celý doterajší postup prvostupňového orgánu, teda aj z hmotnoprávneho hľadiska.

Zákon č. 543/2002 Z. z. vo svojom ustanovení § 82 ods. 10 vhodne vylučuje možnosť podať opravný prostriedok voči tu uvedeným rozhodnutiam o zastavení konania. Na druhej strane

nerieši príslušnosť orgánu ochrany prírody na preskúmanie odvolania proti rozhodnutiu o zastavení konania vydaného druhostupňovým orgánom a v takom prípade treba určiť jeho príslušnosť podľa znenia § 58 ods. 3 správneho poriadku⁴.

Kontaktní údaje na autora – email:

branislav.cepek@flaw.uniba.sk

⁴ KOŠIČIAROVÁ, S.: In: Acta Facultatis Iuridicae, Universitas Comeniana, Bratislava. 2006. s. 243.

INVESTOR A ÚZEMNÍ PLÁNOVÁNÍ

KATEŘINA ČERVENÁ

Právnická fakulta Masarykovy univerzity, Česká republika

Abstrakt v rodném jazyce

Příspěvek je zaměřen na roli investora během územního plánování. Podrobně je popsán průběh tvorby územního plánu a postavení investora při jeho tvorbě. Závěr je věnován vztahu investora a veřejnosti, která se podílí na procesech územního plánování.

Klíčová slova v rodném jazyce

Investor, územní plánování, obec.

Abstract

The contribution focuses the role of the developer during the town planning. Creation of the town planning and the status of the developer during the creation is described in detail. The end is dedicated to the relationship between the developer and the public, which is participating on the processes of town planning.

Key words

Developer, town planning, town.

1. ÚZEMNÍ PLÁNOVÁNÍ¹

Význam územního plánování² v dnešní době nelze podceňovat. Jedná se o klíčový prvek rozvoje území. Jeho význam je dán tím, že podoba územního plánování v konečném důsledku ovlivní vzhled okolního prostředí a promítne se tak i do fungování složek životního prostředí. Z toho samozřejmě vyplývá, že ovlivňuje život každého, kdo v daném území žije. Svým zaměřením je tedy územní plánování určeno pro tvorbu udržitelného rozvoje a s určitými zkušenostmi je možno přímo z nich „vyčíst (anebo spíše vycítit) trendy budoucího umrtvování či rozvoje obcí nebo jejich částí“³. Územní plánování má totiž nejen svou technickou a administrativní stránku, ale může mít i některé sociálně nepříznivé dopady na širší nebo užší okruh společnosti. Navíc, i když je možno územní plány měnit, jejich působení má dlouhodobé následky.⁴ Vyjádřil se k tomu mimo jiné i Veřejný ochránce práv v jedné ze svých závěrečných zpráv⁵: „Následky pochybení a nezvládnutí procesu územního plánování

¹ Červená, K. Investor a životní prostředí: diplomová práce. Brno. Masarykova univerzita v Brně, právnická fakulta, 2008, 80.

² Platnou právní úpravu územního plánování nalezneme v zákoně č. 183/2006 Sb., o územním plánování a stavebním řádu. S územním plánováním mají také úzkou souvislost zákon č. 184/2006 Sb., o odnětní nebo omezení vlastnického práva k pozemku nebo ke stavbě (zákon o vyvlastnění) a zákon č. 186/2006 Sb. o změně některých zákonů souvisejících s přijetím stavebního zákona a zákona o vyvlastnění

³ Kubiš, K. Co je to dobrý územní plán [citováno 20. ledna 2008]. Dostupný z: <http://209.85.135.104/search?q=cache:8nUQSGE7IFUJ:www.uur.cz/images/publikace/uur/2002/2002-03/07.pdf+co+je+to+dobr%C3%BD+%C3%BAzemn%C3%AD+pl%C3%A1n%3F&hl=cs&ct=clnk&cd=1&gl=cz&client=firefox-a>.

⁴ Andrlé, A. Územní plánování na počátku 21. století. Urbanismus a územní rozvoj, ročník III., číslo 4/2000.

⁵ Veřejný ochránce práv, Souhrnná zpráva o činnosti veřejného ochránce práv za rok 2005. Brno: Masarykova univerzita, 2006, s. 34.

se projeví s časovým zpožděním, po velmi dlouhou dobu však negativním způsobem determinují území...“

2. INVESTOR A ÚZEMNÍ PLÁNOVÁNÍ

Nyní bych zaměřila svou pozornost na souvislost územního plánování a působení investorů. Investoři se zaměřují zejména na ovlivňování územní plánu. Dagmar Saktorová, referentka pro územní plánování z Moravskoslezského kraje, tvrdí: „Krajský úřad pořizuje ... zásady územního rozvoje. Požadavky developerů se však zaměřují na změny územních plánů obcí...“⁶ To ale neznamená, že svůj vliv investoři neuplatňují i na jiné nástroje územního plánování jako jsou např. zásady územního rozvoje, kterými mohou být „hájeny např. významné plochy průmyslových zón“⁷. Protože však investoři působí nejvíce v oblasti obcí, zaměřím se dále pouze na problematiku územního plánu.

2.1 INVESTOR A ÚZEMNÍ PLÁN

Investor při pořizování územního plánu hraje největší roli v úvodní fázi celého procesu. O zahájení procesu pořizení územního plánu rozhoduje zastupitelstvo obce. Může tak učinit vlastního podnětu, zákon však umožňuje rozhodnout o pořizení územního plánu na návrh buď orgánu veřejné správy, občana obce, nebo osoby, která na území obce vlastní pozemky⁸. Investory je možno zahrnout nejčastěji právě do posledně zmiňované skupiny osob⁹.

Rozlišení, zda je územní plán pořizován z vlastního podnětu případně na návrh jiných subjektů, je podstatné pro otázku úhrady nákladů na pořizení územního plánu. Ustanovení §45 stavebního zákona, které stanovuje pravidla pro úhradu nákladů, řeší zejména případy, kdy územní plán pořizuje na žádost obce úřad územního plánování¹⁰¹¹. Náklady spojené s projednáním plánu hradí pořizovatel¹², náklady na pořizení mapových podkladů hradí obec, která o pořizení rozhodla¹³. Náklady na zpracování územního plánu projektantem taktéž hradí tato obec.

Pro postavení investora je důležité ustanovení §45 odst. 4., které obci umožňuje v případě změny územního plánu vyvolané pouze pro potřebu investora podmínit jeho pořizení úhradou nákladů na jeho zpracování a na zpracování mapových podkladů. V této souvislosti je třeba zdůraznit, že ač je investor (zákon jej nazývá navrhovatelem) povinen zaplatit náklady na pořizení územního plánu, neznamená to, že bude územní plán vypadat podle jeho požadavků.

⁶ Ziková, L. Územní plánování očima odborníků. [citováno 23. ledna 2008] http://bydleni.lidovky.cz/home-legislativa.asp?c=A070313_151542_home-legislativa_byt

⁷ Tamtéž

⁸ Případně disponuje jinými obdobnými právy k pozemkům nebo stavbám.

⁹ Není však vyloučeno, aby na území obce prováděla investiční činnost i samotná obec případně občan obce.

¹⁰ § 45 řeší také situaci, kdy je územní plán vyvolán potřebou vyplývající ze zásad územního rozvoje. V tomto případě hradí náklady kraj.

¹¹ Doležal, J. a kol. Nový stavební zákon v teorii a praxi. Praha: Linde Praha, a.s., 2006, s. 111.

¹² § 2 odst. 2 písm. a) stavebního zákona: Pořizovatelem se rozumí „příslušný obecní úřad, krajský úřad, Ministerstvo pro místní rozvoj (dále jen „ministerstvo“) nebo Ministerstvo obrany, který pořizuje územně plánovací podklady, územně plánovací dokumentaci, vymezení zastavěného území nebo politiku územního rozvoje“.

¹³ § 45 odst. 3 stavebního zákona však umožňuje dohodnout se jinak.

Pořizování územního plánu je totiž výsledkem dlouhého procesu, během kterého dochází k dohodám¹⁴ a kompromisům, a který obec může ovlivnit pouze částečně.¹⁵

Ustanovení §46 upravuje náležitosti návrhu na pořízení územního plánu a postup po podání návrhu. Návrh musí obsahovat identifikační údaje navrhovatele a uvedení jeho práv k pozemkům nebo stavbám na území obce. Jeho součástí jsou údaje jak o současném využití ploch, tak údaje o navrhovaných změnách a důvody pro tyto změny. Navrhovatel musí již v návrhu sám navrhnout, jak budou hrazeny náklady na pořízení územního plánu.

Ač tato povinnost nevyplývá přímo ze zákona přikládá navrhovatel k návrhu vedle důvodů pro pořízení změny územního plánu alespoň vypracované studie, aby bylo zřejmé, jaká změna v území je navrhována.

Návrh je podáván u obce, pro kterou se plán pořizuje. Po převzetí návrhu pořizovatelem jej tento posoudí z hlediska úplnosti a souladu s právními předpisy¹⁶. Pro případné nedostatky návrhu je stanovena lhůta pro jejich odstranění. Pokud ve lhůtě navrhovatel nedostatky neodstraní, návrh bude odmítnut. Jestliže však návrh všechny náležitosti obsahuje, pořizovatel posoudí, zda - li jsou v souladu s právními předpisy. Pokud návrh obsahuje „vymezení nových zastavitelných ploch, musí být posouzení zaměřeno i na prokázání nemožnosti využít již vymezené zastavitelné plochy v porovnání s reálnou potřebou vymezených nových zastavitelných ploch“¹⁷.

Po posouzení návrhu jej předloží pořizovatel i se svým stanoviskem k rozhodnutí zastupitelstvu obce, které rozhodne o tom, zda bude územní plán pořizován nebo ne. Zde je opět nutné zdůraznit, že investor nemá i přes splnění veškerých náležitostí návrhu na pořízení územního plánu právní nárok. Je vždy na zastupitelstvu obce, „aby návrh komplexně posoudilo a rozhodlo o jeho vhodnosti.“

2.2 DALŠÍ POSTUP PŘI POŘIZOVÁNÍ ÚZEMNÍHO PLÁNU

Během procesu pořizování územního plánu, který následuje po souhlasném rozhodnutí zastupitelstva, má investor možnost ovlivnit podobu územního plánu v rámci konaných veřejných projednávání, a v situacích, kdy má jako každý možnost uplatnit své připomínky, případně kdy jako vlastník pozemků může vznášet námítky.

Pořizovatel ve spolupráci s určeným zastupitelem zpracovává návrh **zadání územního plánu**. Návrh zadání je po zpracování zveřejněn, je do něj umožněno nahlížení a je rozeslán dotčeným orgánům, sousedním obcím a krajskému úřadu. Každý má poté možnost uplatnit k zadání připomínky a dotčené orgány a krajský úřad uplatňují své požadavky na obsah. Dotčené orgány mohou také vznést požadavek na vyhodnocení vlivů územního plánu na životní prostředí. Pokud jej vnesou, případně nevyloučí významný vliv na evropsky významnou lokalitu či ptačí oblast, pořizovatel uvede v návrhu zadání požadavek na

¹⁴ Např. k „dohodám s dotčenými orgány o konkretizaci ochrany veřejných zájmů“. Doležal, J. a kol. Nový stavební zákon v teorii a praxi. Praha: Linde Praha, a.s., 2006, s. 108.

¹⁵ Doležal, J. a kol. Nový stavební zákon v teorii a praxi. Praha: Linde Praha, a.s., 2006, s. 111.

¹⁶ § 46 odst. 2 stavebního zákona.

¹⁷ Doležal, J. a kol. Nový stavební zákon v teorii a praxi. Praha: Linde Praha, a.s., 2006, s. 112.

vyhodnocení vlivů na udržitelný rozvoj území¹⁸. Na základě uvedených požadavků a podnětů je návrh zadání upraven a předložen ke schválení zastupitelstvu obce, pro kterou je územní plán pořizován.

Zastupitelstvo může v zadání schválit zpracování **konceptu územního plánu** ověřujícího variantní řešení územního plánu. Pokud je tak stanoven v zadání územního plánu, je zpracováno vyhodnocení vlivů na udržitelný rozvoj území, jehož součástí je také posouzení vlivů územního plánu na životní prostředí. Jedná se o tzv. proces SEA¹⁹ podle zákona o posuzování vlivů na životní prostředí²⁰. Proces posuzování územního plánu však probíhá specificky. Zákon o posuzování vlivů na životní prostředí stanovuje, že pro posuzování územních plánů se použije právní úprava ve stavebním zákoně a ze zákona o posuzování vlivů se použije jen ustanovení § 10i. V praxi to znamená, že veškeré lhůty a postupy se řídí stavebním zákonem.

Součástí vyhodnocení vlivů na udržitelný rozvoj území může také být posouzení vlivů na evropsky významnou lokalitu nebo ptačí. Jestliže toto stanovisko vlivů na životní prostředí stanoví, že územní plán má negativní vliv na území evropsky významné lokality nebo ptačí oblasti²¹ a neexistuje alternativní řešení s menším negativním vlivem nebo bez něj, lze územní plán přijmout jen z naléhavých důvodů převažujícího veřejného zájmu. Zároveň musí být přijata kompenzační opatření.

O konceptu územní plánu se koná veřejné projednání. Po veřejném projednání má každý možnost uplatnit své připomínky, vlastníci pozemků a staveb dotčených návrhem veřejně prospěšných staveb, veřejně prospěšných opatření a zastavitelných ploch a zástupce veřejnosti mohou uplatnit své námítky, dotčené orgány uplatňují svá stanoviska, sousední obce mohou uplatnit své připomínky z hlediska využití navazujícího území a krajský úřad sdělí své stanovisko s podmínkami pro zajištění koordinace využívání území²². Na základě výsledku projednání konceptu územního plánu je zpracováván **návrh pokynů pro zpracování návrhu územního plánu**, včetně návrhu rozhodnutí o výběru výsledné varianty řešení.²³ V odůvodnění návrhu pokynů je uvedeno zejména odůvodnění zvolené varianty řešení, vyhodnocení vlivů na udržitelný rozvoj, vyhodnocení souladu s uplatněnými stanovisky a zohlednění uplatněných námitek a připomínek.

Na základě schváleného zadání územního plánu nebo schválených pokynů pro zpracování návrhu územního plánu je zpracován **návrh územní plánu**. Pokud zadání obsahuje

¹⁸ Dle § 19 odst. 2 stavebního zákona se vyhodnocením vlivů na udržitelný rozvoj myslí, vyhodnocení vlivů „na vyvážený vztah územních podmínek pro příznivé životní prostředí, pro hospodářský rozvoj a pro soudržnost společenství obyvatel území“. Jeho součástí je posouzení vlivů na životní prostředí posouzení vlivu na evropsky významnou lokalitu nebo ptačí oblast, pokud orgán ochrany přírody svým stanoviskem takovýto vliv nevyloučil.

¹⁹ Proces SEA je procesem posuzování vlivů koncepce na životní prostředí podle § 10a a násl. zákona o posuzování vlivů na životní prostředí.

²⁰ Zákon č. 100/2000 Sb., o posuzování vlivů na životní prostředí a o změně některých souvisejících zákonů (zákon o posuzování vlivů na životní prostředí), ve znění pozdějších předpisů.

²¹ Které nebyly předmětem posouzení vydaných zásad územního rozvoje.

²² Krajský úřad může taktéž ve svém stanovisku k vyhodnocení vlivů na životní prostředí stanovit, že územní plán má negativní vliv na území evropsky významné lokality nebo ptačí oblasti, který nebyl předmětem posouzení vydaných zásad územního rozvoje z hlediska těchto vlivů. V tomto případě se postupuje podle § 37 odst. 5 obdobně.

²³ § 49 stavebního zákona.

požadavek na jeho zpracování a zároveň nebyl již součástí konceptu územního plánu, obsahuje návrh územního plánu vyhodnocení vlivů na udržitelný rozvoj území. Pro obsah a zpracování vyhodnocení vlivů na udržitelný rozvoj území v této fázi platí totéž jako pro toto vyhodnocení, jež je součástí konceptu (viz výš). Je-li tedy vyžadováno posouzení vlivů územního plánu na životní prostředí, zákona o posuzování vlivů na životní prostředí se použije pouze omezeně. Nepoužijí se např. ustanovení o zveřejňování a veřejném jednání před vydáním stanoviska k posouzení vlivů územního plánu na životní prostředí. Veřejné jednání se tak nekoná. Veřejnost se tak o průběhu a výsledku posuzování vlivů dozví až během zveřejnění návrhu územního plánu.

O návrhu územního plánu se koná společně jednání, po kterém mohou dotčené orgány uplatnit svá stanoviska a sousední obce uplatnit své připomínky²⁴. Návrhu územního plánu posuzuje po jeho projednání i krajský úřad²⁵. Pokud však ve stanovené lhůtě své stanovisko nesdělí, platí, že s návrhem souhlasí.

Dále v procesu pořizování územního plánu následuje „řízení o územním plánu“²⁶. Jedná se o „modifikované řízení o vydání opatření obecné povahy podle ustanovení § 172 a násl. správního řádu“²⁷. O návrhu územního plánu se koná veřejné projednání. Nejpozději při tomto projednání může kdokoliv vznést své připomínky a „vlastníci pozemků a staveb dotčených návrhem veřejně prospěšných staveb, veřejně prospěšných opatření a zastavitelných ploch a zástupce veřejnosti“²⁸ mohou vznést své námitky. Dotčené orgány na závěr veřejného projednání uplatní k těmto připomínkám a námitkám svá stanoviska. Výsledky ústního jednání jsou následně vyhodnoceny a je zpracován návrh rozhodnutí o uplatněných námitkách. Může také dojít k úpravě návrhu územního plánu.²⁹ Pořizovatel zpracovává odůvodnění územního plánu, ve kterém musí být zahrnut výsledek přezkoumání územního plánu³⁰, vyhodnocení vlivů na udržitelný rozvoj území, stanovisko krajského úřadu, vyhodnocení účelného využití zastavěného území a vyhodnocení potřeby vymezení zastavitelných ploch.

Návrh územního plánu spolu s jeho odůvodněním je předložen zastupitelstvu obce. To může návrh schválit, pokud s ním nesouhlasí, může jej zamítnout nebo vrátit k novému projednání. Po schválení vydání formou opatření obecné povahy a po nabytí účinnosti tohoto opatření obecné povahy, se stává závazným pro rozhodování v území.

²⁴ „Pokud krajský úřad ve svém stanovisku k vyhodnocení vlivů na životní prostředí stanoví, že územní plán má negativní vliv na území evropsky významné lokality nebo ptačí oblasti, který nebyl předmětem posouzení vydaných zásad územního rozvoje z hlediska těchto vlivů, postupuje se podle § 37 odst. 5 obdobně, jestliže tak nebylo učiněno u konceptu územního plánu.“ § 50 odst. 4 stavebního zákona.

²⁵ § 51 stavebního zákona.

²⁶ § 52 stavebního zákona.

²⁷ Doležal, J. a kol. Nový stavební zákon v teorii a praxi. Praha: Linde Praha, a.s., 2006, s. 123.

²⁸ § 52 odst. 2 stavebního zákona.

²⁹ Zákon upravuje také situaci, kdy došlo k podstatné úpravě návrhu (§ 53 odst. 2 stavebního zákona), a kdy je nutné přepracování návrhu územního plánu (§ 53 odst. 3 stavebního zákona).

³⁰ Ten musí být podle § 53 odst. 4 stavebního zákona v souladu s politikou územního rozvoje a územně plánovací dokumentací vydanou krajem, s cíli a úkoly územního plánování, s dalšími požadavky právních předpisů a se stanovisky dotčených orgánů.

3. ZÁVĚREM

Ve všech procesech a řízeních, které se dotýkají životního prostředí existuje tendence v souladu s Aarhuskou úmluvou zapojovat do řízení ve větší míře veřejnost. Dochází tak k demokratizaci těchto procesů, což je považováno za jeden z prostředků, který vede k trvale udržitelnému rozvoji. Zapojování veřejnosti, zvláště pak občanských sdružení se zaměřením na ochranu přírody, je investory hodnoceno velmi negativně. Předpokládají, že tato sdružení mají pouze snahu zkomplikovat či zdržet investici. V tomto směru je velmi zajímavý názor, že účast veřejnosti jako taková není problémem. Veřejnost však dokáže využívat všech právních prostředků, které jim právo poskytuje³¹. Energie, kterou investor věnuje přípravě jednání s veřejností namísto stížnosti a snah o znemožnění její účasti, může být z dlouhodobého hlediska energií vynaloženou účelně. Ukazuje se, že investoři, kteří se snaží zapojit veřejnost do procesů sami a včas, jsou prozíraví³². Výhodou pro investora je například to, že se může včas připravit na případné námitky, jejichž řešení by mohlo v pozdějších fázích vést ke komplikovanějšímu a delšímu průběhu celého procesu.

Za jeden z předpokladů pro výkon kvalitní veřejné správy (nejen) na poli strategického plánování, do kterého můžeme zahrnout i přípravu územních plánů, je považována právě „dostatečná“ účast veřejnosti. Právní úprava obsažená ve stavebním zákoně zapojování veřejnosti umožňuje. V procesu tvorby územního plánu je možné se zapojit pomocí připomínek a námitek k zadání³³, konceptu i návrhu územního plánu, koná se povinné veřejné jednání. Stále je však namítáno, že by veřejnost měla být zapojována „kvalitnější formou“. Jsou navrhovány např. neformální schůzky obyvatel obce s veřejností, informování pomocí brožur, regionálního tisku, místního rozhlasu. Důležité se jeví, aby veřejné jednání bylo konáno ve vhodné dobu, aby se ho mohla zúčastnit veřejnost v co největší počtu. S podobnými návrhy nelze než souhlasit. Otázkou, kterou je však nutno si položit je, zda takové způsoby komunikace s veřejností zakotvovat v právní úpravě např. pomocí zákona. Je to vůbec možné? Nebo se jedná o prostředky, kterými by byly naplněny principy dobré správy, ale které kvůli své specifické povaze není možné právně ošetřit?

Další problematikou bodem územního plánování je změna územních plánů na návrh investorů. I veřejný ochránce práv se v jedné ze svých závěrečných zpráv vyjádřil, že dochází k účelovým a nekoordinovaným změnám územních plánů na objednávku investorů, které mohou negativním způsobem ovlivnit nejen vzhled prostředí a fungování jeho složek³⁴. S tímto je zřejmě nutné souhlasit. Zároveň je však potřeba dodat, že vydání územních plánů je plně v rukou obce. Rozhoduje o něm zastupitelstvo. To tedy má prostředky, jak ovlivnit podobu územního plánu. Jak však zajistit, aby zastupitelé nepodléhali tlakům developerů? Je to možné pomocí zákona? Nebo lze odpovědné rozhodování zastupitelstva ovlivnit opět pouze jen tlakem veřejnosti a nesouhlas s jeho rozhodování vyjádřit ve volbách?

³¹ Pekárek, M. K některým právním aspektům vztahu investor – životní prostředí. In Sborník z konference „Moderní veřejná správa a ombudsman“, Brno: Masarykova univerzita v Brně, 2005, s. 128.

³² Rimmel, V. Veřejnost v procesu EIA. EIA Posuzování vlivů na životní prostředí, 2002, č. 1, s. 8.

³³ K zadání územního plánu je možno uplatňovat pouze připomínky.

³⁴ Veřejný ochránce práv, Souhrnná zpráva o činnosti veřejného ochránce práv za rok 2005. Brno: Masarykova univerzita, 2006, s. 34.

Literatura:

- Kubiš, K. Co je to dobrý územní plán [citováno 20. ledna 2008]. Dostupný z:
<http://209.85.135.104/search?q=cache:8nUQSgE7IFUJ:www.uur.cz/images/publikace/uur/2002/2002-03/07.pdf+co+je+to+dobr%C3%BD+%C3%BAzemn%C3%AD+pl%C3%A1n%3F&hl=cs&ct=clnk&cd=1&gl=cz&client=firefox-a>.
- Andrlé, A. Územní plánování na počátku 21. století. Urbanismus a územní rozvoj, ročník III., číslo 4/2000.
- Veřejný ochránce práv, Souhrnná zpráva o činnosti veřejného ochránce práv za rok 2005. Brno: Masarykova univerzita, 2006.
- Žiková, L. Územní plánování očima odborníků. [citováno 23. ledna 2008]
http://bydlení.lidovky.cz/home-legislativa.asp?c=A070313_151542_home-legislativa_byt
- Doležal, J. a kol. Nový stavební zákon v teorii a praxi. Praha: Linde Praha, a.s., 2006, 703 s., ISBN 8072016261, .
- Pekárek, M. K některým právním aspektům vztahu investor – životní prostředí. In Sborník z konference „Moderní veřejná správa a ombudsman“, Brno: Masarykova univerzita v Brně, 2005.
- Rimmel, V. Veřejnost v procesu EIA. EIA Posuzování vlivů na životní prostředí, 2002, č. 1, s. 8.
- Červená, K. Investor a životní prostředí: diplomová práce. Brno. Masarykova univerzita v Brně, právnická fakulta, 2008, 80.

Kontaktní údaje na autora – email:

katerina.cervena@centrum.cz

TZV. NEPŘIJATELNOST KASAČNÍ STÍŽNOSTI O MEZINÁRODNÍ OCHRANĚ PODLE § 104A S. Ř. S.

JANA FILIPOVÁ

Právnická fakulta Masarykovy univerzity, Česká republika

Abstrakt v rodném jazyce

Příspěvek se zabývá relativně novým institutem soudního řízení správního i azylového práva. Po jeho zakotvení v právním řádu se objevily obavy o možné omezení žadatelů o mezinárodní ochranu v přístupu k Nejvyššímu správnímu soudu. Článek je věnován argumentům pro a proti tomuto institutu a vyhodnocuje jeho promítnutí v aplikační praxi. Jsou v něm rozebírána východiska pro zavedení tohoto institutu a navrženy změny de lege ferenda týkající se ustanovení § 104a s. ř. s.

Klíčová slova v rodném jazyce

Nepřijatelnost, mezinárodní ochrana, azyl, doplňková ochrana, soudní přezkum, kasační stížnost, Nejvyšší správní soud.

Abstract

The article deals with a relatively new institute of the judicial review of administrative decisions in matters of international protection in the Czech Republic. The inacceptability can be treated as limitation of access of asylum seekers to the Supreme Administrative Court. The article analyses and compares main arguments for and against this important procedural amendment on the field of administrative procedural and asylum law and proposes possible de lege ferenda changes.

Key words

Inacceptability, international protection, asylum, subsidiary protection, judicial review, cassation complaint, Supreme Administrative Court.

1. ÚVOD

Tento příspěvek je věnován problematice institutu nepřijatelnosti kasačních stížností dle ustanovení § 104a zákona č. 150/2002 Sb., soudního řádu správního (dále též „s. ř. s.“), otázky jeho důvodnosti, výhodám i problémům, které mohou nastat při jeho aplikaci Nejvyšším správním soudem.

Je otázkou, spíše právně filozofickou, jakým způsobem by měl zákonodárce postupovat při tvorbě právních norem. Měl by vycházet z azylové praxe, kdy většina žádostí je motivována legalizací pobytu bez důvodnosti udělení jakékoliv z forem mezinárodní ochrany? Anebo by měl ke všem právním subjektům přistupovat bez jakýchkoliv předchozích soudů stejným způsobem a bez ohledu na nápad u soudu a nezávisle na pravděpodobně zamítavém výsledku řízení nařídit soudu, aby se všemi případy zabýval ve stejném rozsahu?

Institut nepřijatelnosti kasační stížnosti o mezinárodní ochraně je poměrně novým, ale zároveň významným jevem azylového práva, představující jednu z nejvýraznějších

procesních změn ve správním soudnictví¹. Do českého právního řádu byl vnesen před třemi lety zákonem č. 350/2005 Sb., kterým byl novelizován jednak zákon o azylu, ale taktéž i soudní řád správní, do něhož bylo nově² přidáno právě i ustanovení § 104a. Zákonodárce přistoupil k zavedení institutu nepřijatelnosti poté, co bylo novelou zákona o azylu č. 2/2002 Sb. zavedeno jednoinstanční správní řízení, které zapříčinilo vysoký nápad azylových věcí u Vrchního soudu v Praze a následně u Nejvyššího správního soudu, přičemž předmětné žaloby byly v drtivé většině zamítány³. Inspirací pro institut nepřijatelnosti kasačních stížností byl § 75 odst. 2 písm. a) zákona č. 182/1993 Sb., o Ústavním soudu, ve znění pozdějších předpisů. Zde nalezneme specifikaci situace, kdy Ústavní soud neodmítne přijetí ústavní stížnosti, i když nejsou splněny procesní podmínky k jejímu podání, avšak stížnost svým významem podstatně přesahuje vlastní zájmy stěžovatele.⁴

2. DŮVODY PRO ZAVEDENÍ NEPŘIJATELNOSTI A JEJÍ VYMEZENÍ V SOUDNÍM ŘÁDU SPRÁVNÍM

Nepřijatelnost dle § 104a s.ř.s. představuje kompromis mezi požadavkem nepřípustnosti kasačních stížností ve věcech mezinárodní ochrany a jejich „úplným“ přezkumem. Po jejím zakotvení do právního řádu se začala okamžitě objevovat silná kritika (převážně ze strany nevládních neziskových organizací zabývajících se žadateli o mezinárodní ochranu, ale i Veřejného ochránce práv) zpochybňující legitimitu tohoto ustanovení, spojená s požadavkem na jeho zrušení z důvodu obavy o snížení rozsahu procesní ochrany poskytované cizinci - žadateli o mezinárodní ochranu.

Soudní přezkum rozhodnutí o mezinárodní ochraně spadá pod Část třetí, Hlavu II, Díl 1 s. ř. s., tedy pod ustanovení upravující řízení o žalobě proti rozhodnutí správního orgánu. Jeho projednání soudem prvního stupně se nikterak neliší od přezkumu jiných případů z dalších oblastí správního práva. K velkému rozdílu však dochází po podání opravného prostředku proti rozhodnutí krajského soudu; tzv. institut nepřijatelnosti se může uplatnit pouze v případě azylové agendy. Přístup kasačního soudu k žadatelům o mezinárodní ochranu je tedy značně

¹ Obdobný názor zastává i Šimíček, V. Přijatelnost kasační stížnosti ve věcech azylu – jedna z cest k efektivitě práva. Soudní rozhledy, 2006, č. 6, s. 201-205; nebo Molek P. Pojem „nepřijatelnosti“ v českém azylovém právu in Jílek, D. a kol. Společný evropský azylový systém: procedurální směrnice. Masarykova univerzita v Brně, 2006, s. 214.

² Tato novela nabyla účinnosti dne 13. října 2005. Za dobu jeho existence bylo ustanovení § 104a s. ř. s. novelizováno jednou, kdy byla rozšířena ochrana poskytovaná cizincům o tzv. doplňkovou ochranu a která byla společně s azylem díky tzv. kvalifikační směrnici začleněna pod zastřešující pojem mezinárodní ochrany. Pojem „azyly“ byl proto s účinností k 1. 9. 2006 nahrazen pojmem „mezinárodní ochrana“.

³ Stěžovatelem je v převážné většině případů žadatel o mezinárodní ochranu. Kasační stížnost ve věci mezinárodní ochrany samozřejmě může podat i správní orgán, tedy Ministerstvo vnitra České republiky. K přijatelnosti kasačních stížností podaných rozhodujícím správním orgánem zaujal Nejvyšší správní soud stanovisko vyjádřené v rozsudku ze dne 31. 1. 2007, čj. 2 Azs 21/2006, podle kterého „i v případě, kdy je stěžovatelem Ministerstvo vnitra, lze považovat kasační stížnost za přijatelnou, pokud by bylo shledáno zásadní pochybení krajského soudu při výkladu hmotného nebo procesního práva, případně pokud by krajský soud nerespektoval ustálenou a jasnou soudní judikaturu. Přijatelnost by byla konstatována bez ohledu na to, že by takovým pochybením krajský soud zásadně nemohl zasáhnout do hmotně-právního postavení stěžovatele (Ministerstva vnitra). V zájmu zajištění zákonného spravedlivého a předvídatelného rozhodování soudů je tedy potřeba v případě, že krajský soud nerespektoval ustálenou soudní judikaturu nebo pokud hrubě pochybil při výkladu hmotného a procesního práva, považovat kasační stížnost podanou Ministerstvem vnitra za přijatelnou“.

⁴ K tomu dále Nedvědický, K. Nepřijatelnost kasačních stížností, Identifikační číslo v ASPI:LIT29015CZ.

odlišný od přístupu k jiným stěžovatelům a v oblasti správního soudnictví představuje výjimku.

Nejčastějším případem předmětné agendy je kasační stížnost brojící proti rozhodnutí správního úseku krajského soudu, jímž byla zamítnuta nebo odmítnuta žaloba proti rozhodnutí Ministerstva vnitra České republiky, kterým nebyla udělena žádná z forem mezinárodní ochrany dle zákona o azylu.

Soudní řád správní ustanovuje v § 104a nepřijatelnost negativním způsobem; určuje, kdy je kasační stížnost nepřijatelná.

1. Jestliže kasační stížnost ve věcech mezinárodní ochrany svým významem podstatně nepřesahuje vlastní zájmy stěžovatele, odmítne ji Nejvyšší správní soud pro nepřijatelnost.
2. K přijetí usnesení podle odstavce 1 je třeba souhlasu všech členů senátu.
3. Usnesení podle odstavce 1 nemusí být odůvodněno.

Nejvyšší správní soud vymezuje institut přijatelnosti kasační stížnosti jako „snahu o rovnováhu mezi dvěma zájmy: zájmem na spravedlnosti v každém jednotlivém případě a zájmem na efektivitě působení objektivního práva.“⁵

Podstata nepřijatelnosti tkví v selekci kasačních stížností o mezinárodní ochraně podle jejich závažnosti na ty, které je třeba přezkoumávat meritorně a na ty, které lze usnesením odmítnout pro nesplnění podmínek ustanovení § 104a anebo pro vady podání. Je to jakýsi mezistupeň mezi rozhodnutími kasačním soudem plně přezkoumávanými a rozhodnutími, která jsou buď ze soudního přezkumu soudním řádem správním či jiným zákonem zcela vyloučena anebo rozhodnutími, které nelze přezkoumávat z důvodu formálních vad podané kasační stížnosti. Nepřijatelnost lze skrze své právní vymezení přirovnat k institutu přípustnosti dovolání u Nejvyššího soudu dle § 237⁶ občanského soudního řádu, k možnosti odmítnutí ústavní stížnosti pro její zjevnou nedůvodnost dle § 43 odst. 2 písm. a)⁷ zákona o Ústavním soudu nebo k nepřijatelnosti stížností podávaných k Evropskému soudu pro lidská práva. Úkolem všech těchto institutů je odlišení příchozích návrhů podle závažnosti či podobných kritérií na neopodstatněné, zjevně nedůvodné či nepřípustné, čemuž dále odpovídá i způsob, jakým se s nimi následně vypořádá rozhodující soud.

Nepřijatelnost spočívá v situaci, při níž rozhodující senát Nejvyššího správního soudu dospěje k závěru, že podaná kasační stížnost ve věci mezinárodní ochrany svým významem podstatně

⁵ Srov. usnesení Nejvyššího správního soudu ze dne 26. dubna 2006, čj. 1 Azs 13/2006 – 39, dostupné na www.nssoud.cz

⁶ Přípustnost dovolání k Nejvyššímu soudu je vázána podmínkou, že dovolací soud dospěje k závěru, že napadené rozhodnutí má ve věci samé po právní stránce zásadní význam.

⁷ I zákon o Ústavním soudu operuje s pojmem „přípustnosti“ návrhu. Ústavní soud odmítne usnesením s odkazem na § 43 odst. 1 písm. e) citovaného zákona podaný návrh, je-li nepřípustný a nestanoví-li tento zákon jinak. V dikci tohoto zákona jsou podstatou nepřípustnosti návrhu např. obecné procesní zásady (res iudicata, litispendence) nebo nepřípustnost odvolání proti předchozímu rozhodnutí Ústavnímu soudu (ne bis in idem). Ústavní stížnost je podle § 75 nepřípustná také pro nevyčerpání všech možných procesních prostředků. K tomu také Filip, J., Holländer, P., Šimíček, V. Zákon o Ústavním soudu. Komentář. 2., přepracované a rozšířené vydání. Praha: C. H. Beck, 2007, 929 s.

nepřesahuje vlastní zájmy stěžovatele. O „nepřijatelných“ kasačních stížnostech je rozhodováno ve formě odmítavého usnesení a nikoliv rozsudkem, jako v případě zbylých kasačních stížností o mezinárodní ochraně, které projdou selekčním sítím, na základě čehož jsou posléze podrobeny meritornímu přezkumu.

Obecně řečeno, podání kasační stížnosti ve věcech mezinárodní ochrany je přípustné na základě čl. 36 Listiny a § 102 věty druhé s. ř. s. Aby byl stěžovatel ve své věci úspěšný, je třeba, aby jeho kasační stížnost byla přípustná, přijatelná a důvodná. Projednání tohoto mimořádného opravného prostředku a zjišťování, zda podání splňuje tři výše uvedené podmínky, probíhá následujícím způsobem: Prvním krokem je posouzení kasační stížnosti po formální stránce. Podání kasační stížnosti je právním úkonem, pro který soudní řád správní vymezuje splnění nejenom obecných náležitostí podání dle § 37, ale taktéž i náležitostí stanovených § 106 odst. 1 s. ř. s. Lze se jí zabývat tehdy, byla-li podána v zákonem stanovené lhůtě, u soudu, který napadané rozhodnutí vydal nebo u Nejvyššího správního soudu a dále je-li stěžovatel zastoupen advokátem (nebo má-li vysokoškolské právnické vzdělání, které je podle zvláštních zákonů vyžadováno pro výkon advokacie). Poté, co pětičlenný senát⁸ dospěje k závěru, že jsou splněny uvedené požadavky a kasační stížnost proto usnesením neodmítne pro nepřípustnost, může být přistoupeno k posouzení, zda lze, či naopak nelze aplikovat § 104a s. ř. s. Poslední, v aplikační praxi ne tolik častou, fází je věcné projednání návrhu, o němž soud rozhodne rozsudkem, a nikoliv pouze usnesením jako v prvních dvou případech. I za situace, kdy je shledána přijatelnost kasační stížnosti, stěžovatel nemůže mít jistotu, že jeho podání bude vyhověno a následně rozhodnuto v jeho prospěch; přijatelnost totiž není možné zaměňovat s důvodností kasační stížnosti. Cizinec není v průběhu řízení informován, zda je jeho stížnost nepřijatelná nebo zda bude posouzena meritorně, tedy důkladněji. V řízení před kasačním soudem je vydáno pouze jedno konečné rozhodnutí, proti kterému se nelze bránit opravným prostředkem.

Poslední procesní vnitrostátní obranou neúspěšného žadatele o mezinárodní ochranu je podání stížnosti k Ústavnímu soudu. Tento soud, stojící mimo soustavu obecných soudů, posuzoval ústavnost usnesení Nejvyššího správního soudu, jimiž byla kasační stížnost odmítnuta právě pro nepřijatelnost, pouze v několika málo případech, přičemž v jednom případě byla ústavní stížnost s odkazem na § 75 zákona o Ústavním soudu odmítnuta pro nepřípustnost a ve zbylých případech byla odmítnuta z důvodu zjevné neopodstatněnosti. Ani v jednom případě se tak nezabýval nepřijatelností po věcné stránce. Jako typický případ odůvodňující postup podle § 43 odst. 2 písm. a) může sloužit usnesení ze dne 19. prosince 2007, sp. zn. III. ÚS 2937/07, podle kterého „Ústavní soud není oprávněn přezkoumávat uvážení Nejvyššího správního soudu nejen proto, že k němu je povolán výlučně Nejvyšší správní soud, ale především z toho důvodu, že jím z povahy věci žádné ústavně chráněné právo zasaženo být nemůže. Pouze zcela výjimečně by mohlo představovat zásah do práva na spravedlivý proces zneužití soudního uvážení; nic takového však Ústavní soud nezjistil. V této souvislosti Ústavní soud dále připomíná, že při soudním přezkumu správních rozhodnutí je ústavně konformní i to, že v některých případech je definitivně rozhodováno bez připuštění opravného prostředku. Ke stejnému závěru dospěl z hlediska Úmluvy o ochraně lidských práv a základních svobod i Evropský soud pro lidská práva, když ve věci Delcourt proti Belgii potvrdil, že čl. 6 odst. 1 a čl. 13 Úmluvy o ochraně lidských práv a základních svobod nenutí

⁸ V souladu s ustanovením § 16 odst. 2 písm. b) s. ř. s. rozhoduje o kasačních stížnostech ve věcech mezinárodní ochrany proti rozhodnutí krajského soudu vydaným ode dne nabytí účinnosti zákona č. 350/2005 Sb. devět pětičlenných senátů skládajících se z předsedy a čtyř soudců. Příslušnost soudců v těchto senátech není vázána na „klasické“ tříčlenné senáty nebo na začlenění do některého z kolegií.

smluvní státy, aby vytvářely odvolací nebo kasační soudy⁹. Z pravomoci soudu však nesmí být vyloučeno přezkoumání rozhodnutí týkajících se základních práv a svobod podle článku 36 odst. 2 Listiny. Ústavní soud dále dodává, že právo azylu nelze považovat za právo nárokové.“

3. (NE)POTŘEBNOST ZACHOVÁNÍ § 104A S.Ř.S.

V neprospěch tohoto institutu by mohl hovořit fakt, že neúspěšný žadatel o mezinárodní ochranu je ve fázi řízení před Nejvyšším správním soudem limitován již jiným – hmotněprávním - způsobem. Zamítavým rozhodnutím správního soudu prvního stupně totiž cizinec ztrácí postavení žadatele o mezinárodní ochranu a přechází do statusu tzv. „strpitele“. Daný pojem je odvozen od víza k pobytu nad 90 dní za účelem strpění pobytu na území, které je mu udělováno na základě § 78b zákona o azylu. Právní postavení neúspěšného žadatele pobývajícího na našem území na základě tohoto typu víza se řídí převážně zákonem o pobytu cizinců na území České republiky, který je v mnohém přísnější než zákon o azylu. I tímto způsobem se zákonodárce snažil odradit neúspěšné žadatele od pokračování v řízení o mezinárodní ochraně u Nejvyššího správního soudu. Proto se mohou objevovat námitky, že další institut sloužící k omezení obdobného chování žadatelů je vůči nim zbytečně přísný.

Další skutečností, která odlišuje tento typ řízení od soudního přezkumu jiných správních rozhodnutí a ve výsledku se může jevit jako zúžení procesních práv cizince, je fakt, že řízení o mezinárodní ochraně před správním orgánem je pouze jednoinstanční. Do 31. 1. 2002 zákon o azylu, konkrétně § 29 - § 31, umožňoval podat proti rozhodnutí o neudělení azylu rozklad k ministrovi vnitra, jakožto orgánu, který v podstatě nahrazuje orgán hierarchicky nadřazený prvoinstančnímu Odboru azylové a migrační politiky. V současné době rozhodnutí o mezinárodní ochraně již nepodléhají správnímu přezkumu vedoucího ústředního orgánu státní správy; přezkum je z Ministerstva vnitra rovnou přesunut ke správnímu úseku krajského soudu. V případě, že Nejvyšší správní soud dospěje k závěru, že nastaly důvody pro aplikaci § 104a s. ř. s., je rozhodnutí o mezinárodní ochraně plnou měrou podrobena přezkumu právě jen u krajského soudu. U naprosté většiny jiných správních řízení je výsledné správní rozhodnutí přezkoumáváno orgány třemi – nejprve správním orgánem hierarchicky nadřazeným nebo vedoucím ústředního orgánu státní správy, poté krajským soudem a následně soudem Nejvyšším správním. Žadatelovo právo na ochranu subjektivních práv je zde výrazně limitováno oproti jiným oblastem spadajícím do agendy správních soudů. Je třeba mít na mysli účel institutu azylu a doplňkové ochrany, nezávisle na tom, že cizinci žádají o mezinárodní ochranu především ve snaze obejít přísné podmínky zákona o pobytu cizinců na území České republiky. Během řízení o mezinárodní ochraně je rozhodováno o udělení statusu azylanta, resp. osoby požívající doplňkové ochrany, tedy o ochraně cizince před různými formami nebezpečí hrozícími v zemi původu. V případě pochybení rozhodujícího orgánu a vrácení cizince do země jeho původu by mohlo dojít až k jeho ohrožení na životě.

Bylo by možné také namítat, že ačkoliv je, resp. byl v těchto věcech větší nápad a ve výsledku jsou stěžovatelé ve věcech mezinárodní ochrany převážně neúspěšní, nezakládá to důvod pro odlišný přístup oproti jiným právním subjektům. To platí zvláště v dnešní době, kdy je nápor

⁹ Toto rozhodnutí zároveň vyvrací námitky, dle kterých je institut nepřijatelnosti v rozporu s mezinárodními úmluvami na ochranu lidských práv. Požadavky Úmluvy o ochraně lidských práv a základních svobod jsou splněny zajištěním přístupu k vnitrostátnímu soudu v rámci jeho jurisdikce. Obdobné požadavky na český právní řád klade i tzv. procedurální směrnice, podle které postačí, zajistí-li členské státy, aby žadatelé o azyl měli právo na účinný opravný prostředek před soudem nebo tribunálem. Zbytek je v režii vnitrostátního práva.

kasačních stížností neúspěšných žadatelů podstatně menší než v době přijímání tohoto diskutovaného ustanovení.

Dalším úskalím institutu nepřijatelnosti je možnost poskytnutá § 104a odst. 3, a to, že usnesení o nepřijatelnosti nemusí být odůvodňována. Toto oprávnění dané kasačnímu soudu bylo od počátku předmětem kritiky¹⁰ nejenom mnoha neziskových organizací, ale i Veřejného ochránce práv s tím, že tak nejsou respektována individuální práva jedince, což je v rozporu s mezinárodními lidskoprávními úmluvami¹¹. Před promítnutím tohoto institutu do rozhodovací praxe Nejvyššího správního soudu bylo třeba spoléhat především na vysoký morální kredit soudců, že ke každému případu přistupují svědomitě a po celou dobu řízení dbají na ochranu subjektivních práv stěžovatele. V obecné rovině, neexistence povinnosti svoje rozhodnutí odůvodnit, zvláště tehdy, je-li rozhodováno podle právní normy obsahující neurčitý pojem, otevírá správnímu orgánu možnost pro libovůli, která je v podmínkách právního státu nemožná a neakceptovatelná. Ani při respektování ostatních zásad spravedlivého procesu zde nenacházíme přesvědčivou záruku, že se soud nebude případem zabývat toliko povrchně. Obavy o otevření prostotu pro libovůli Nejvyššího správního soudu a snížení právní jistoty stěžovatele se nakonec díky aplikační praxi ukázaly být nedůvodnými. Soudní řád správní sice umožňuje usnesení neodůvodňovat, avšak to nikde výslovně nepřikazuje, čehož Nejvyšší správní soud využil a všechna jeho dosavadní usnesení dle § 104a jsou, byť v některých případech stručně, odůvodněna.

Ačkoliv podstatné znaky nezávislého a nestranného soudního rozhodování nejsou dány počtem rozhodujících osob, další pojistkou ochrany práv stěžovatele je to, že pro vyslovení nepřijatelnosti je vyžadována jednomyslnost. Usnesení tak musí být schváleno všemi pěti členy rozhodujícího senátu, což lze považovat za dostatečnou záruku toho, že i těmto stížnostem je věnován dostačující prostor. Na druhou stranu je však otázkou, zda je vyšší počet rozhodujících soudců vůbec potřebný a důvodný, zvláště když většina jiné kasační agendy je projednávána pouze tříčlennými senáty rozhodujícími mnohdy o značně složitějších skutkových i právních otázkách.

4. VYMEZENÍ POJMŮ

Nepřijatelnost kasační stížnosti o mezinárodní ochraně je charakterizována dvěma neurčitými pojmy, a to „podstatným přesahem“ a „vlastními zájmy stěžovatele“. Neurčité pojmy, ač v teorii oddělované, v praxi úzce souvisejí s institutem správního uvážení. Záleží totiž pouze na úvaze soudního orgánu, zda bude považovat podanou kasační stížnost za nepřijatelnou, tzn., že logickou úvahou dospěje k závěru, že nastaly důvody aplikace ustanovení § 104a. Z logiky věci vyplývá, že oním vlastním zájmem stěžovatele je vždy získání jedné z forem mezinárodní ochrany, jejímž udělením se cizinec dostane do postavení azylanta nebo tzv. doplňkáře¹² požívajícího ochrany státu s možností legálního pobytu na území České republiky. Zákon již nedefinuje, za jakých okolností je kasační stížnost natolik významná, aby přesáhla stěžovatelovy zájmy. Pojem „svým významem podstatně přesahující vlastní zájmy stěžovatele“ zajišťuje přijatelnost kasační stížnosti spíše ve výjimečných případech.

¹⁰ Srov. Lavický, P., Šiškeová, S. Úvahy nad novou úpravou řízení o kasační stížnosti v azylových věcech. Právní rozhledy, 2005, č. 19, s. 693-703. Kučera, V. K institutu nepřijatelnosti kasační stížnosti. Právní zpravodaj, 2005, č. 11, s. 7-9.

¹¹ V původním návrhu novely soudního řádu správního byly azylové žaloby vyloučeny úplně.

¹² Osoba, které byla přiznána doplňková ochrana dle § 14a nebo § 14b zákona o azylu.

Formulace tohoto ustanovení působí poněkud rozporuplně vedle § 2 s. ř. s., podle něhož je úkolem správních soudů obou stupňů poskytovat ochranu veřejným subjektivním právům fyzických i právnických osob.

Nejvyšší správní soud již svým prvním rozhodnutím v otázce nepřijatelnosti, tj. v usnesení ze dne 26. dubna 2006, čj. 1 Azs 13/2006 – 39, rozptýlil obavy o tom, že se pětičlenné senáty nebudou kasačními stížnostmi zabývat tak důkladně jako je tomu u jiných stížností. Význam výše specifikovaného usnesení spočívá především v tom, že byly stanoveny případy, ve kterých lze považovat kasační stížnost za přijatelnou. V tomto rozhodnutí se soud pokusil definovat výše uvedené neurčité pojmy, a tím zároveň zajistit jednotnost postupů i u následujících řízeních. Kasační stížnost je přijatelná v následujících případech:

4. Kasační stížnost se dotýká právních otázek, které dosud nebyly vůbec či nebyly plně řešeny judikaturou Nejvyššího správního soudu¹³.
5. Kasační stížnost se týká právních otázek, které jsou dosavadní judikaturou řešeny rozdílně. Rozdílnost v judikatuře přitom může vyvstat na úrovni krajských soudů i v rámci Nejvyššího správního soudu.
6. Kasační stížnost bude přijatelná pro potřebu učinit tzv. judikatorní odklon. To znamená, že Nejvyšší správní soud ve výjimečných a odůvodněných případech sezná, že je namístě změnit výklad určité právní otázky, řešené dosud správními soudy jednotně.
7. Další případ přijatelnosti kasační stížnosti bude dán tehdy, pokud by bylo v napadeném rozhodnutí krajského soudu shledáno zásadní pochybení, které mohlo mít dopad do hmotně-právního postavení stěžovatele¹⁴.

O zásadní právní pochybení se v konkrétním případě může jednat především tehdy, pokud:

- a. Krajský soud ve svém rozhodnutí nerespektoval ustálenou a jasnou soudní judikaturu a nelze navíc vyloučit, že k tomuto nerespektování nebude docházet i v budoucnu.
- b. Krajský soud v jednotlivém případě hrubě pochybil při výkladu hmotného či procesního práva.

Dané vymezení zdůrazňuje a současně potvrzuje, že význam a důležitost Nejvyššího správního soudu spočívá nejenom v poskytování ochrany veřejným subjektivním právům fyzickým a právnickým osobám v individuálních případech. Jak sám tento soud v mnoha rozhodnutích deklaroval, jeho primární funkcí je dohled nad zákonností a jednotností rozhodovacích postupů i samotných rozhodnutí krajských soudů tak, aby se nelišily soud od soudu, či dokonce soudce od soudce. Z výše uvedeného je jasné, že tato definice je pouhým

¹³ Tyto dosud neřešené otázky se týkají převážně procesněprávní problematiky, méně pak výkladu podmínek získání mezinárodní ochrany podle zákona o azylu.

¹⁴ K tomu např. rozsudek Nejvyššího správního soudu ze dne 29. 3. 2007, čj. 2 Azs 137/2006-67: Institut nepřijatelnosti ve smyslu § 104a s. ř. s. nelze vykládat tak, že není důvodu považovat za přijatelnou kasační stížnost opřenou o – per se důvodné – námitky proti procesnímu pochybení krajského soudu, jestliže podle obsahu spisu lze s vysokou mírou pravděpodobnosti mít za to, že i kdyby k tomuto procesnímu pochybení nedošlo, rozhodnutí ve stěžovatelově věci by nebylo pro něho příznivější.

vodítkem, jak postupovat při posuzování nepřijatelnosti, nikoli kategorickým určením všech situací, se kterými se soud při své činnosti setká. Teprve další judikatura Nejvyššího správního soudu bude tyto podmínky rozvíjet a nadále je upřesňovat. Je třeba mít přitom na paměti, že v každém případě se musí individuálně zkoumat, zda případné procesní pochybení správního nebo soudního orgánu mohlo zasáhnout do hmotněprávního postavení cizince. Nevýrazná pochybení především procesního charakteru, často zmiňovaná jen účelově, zpravidla totiž nedosahují takové intenzity, aby byla způsobilá založit přijatelnost následné kasační stížnosti.

5. NÁMĚTY DE LEGE FERENDA

Podle mého názoru by bylo přinejmenším vhodné upravit znění § 104a. Mohl by z něj být vypuštěn odstavec třetí, podle kterého není třeba usnesení odůvodňovat. Přestože je toto problematické ustanovení překlenuto aplikační praxí Nejvyššího správního soudu a je tak v podstatě obsolentní, každý účastník řízení by měl vědět, z jakého důvodu bylo v jeho věci rozhodnuto tím či oním způsobem. Tato potřeba platí zvláště tehdy, není-li stížnosti vyhověno. Ačkoliv je institut kasační stížnosti nad rámec mezinárodně právních závazků, rozhodnutí bez sebestručnějšího odůvodnění ztrácí podstatnou měrou svůj význam. Bylo by zajímavé se dozvědět, jakým způsobem by se s otázkou ústavnosti ustanovení § 104a odst. 3 s. ř. s. vyrovnal Ústavní soud.

Druhou legislativní změnou by mohlo být doplnění, či spíše rozšíření odstavce prvního o specifikaci důvodů, pro něž lze kasační stížnost odmítnout pro nepřijatelnost. Jako podklad by mohlo sloužit výše rozebrané první usnesení Nejvyššího správního soudu v otázce nepřijatelnosti, které je všemi pětičlennými senáty respektováno. Jeho alespoň částečným právním zakotvením by došlo k posílení právní jistoty účastníků řízení, že jejich věci se bude kasační soud zabývat dostatečně svědomitě. K další změně v oblasti kasačních stížností by mohlo dojít snížením počtu rozhodujících soudců, čímž by došlo k ještě většímu urychlení vyřízení jednotlivých stížností. S ohledem na poměrně nízkou náročnost azylových věcí, v porovnání s další kasační agendou (především z oblasti ochrany hospodářské soutěže, daňového nebo stavebního práva), by mohlo být rozhodováno toliko tříčlennými senáty jako v ostatních věcech. Druhou variantou by mohla být kombinace stávajícího stavu s využitím klasických tříčlenných senátů, či dokonce samosoudce, jakéhosi soudce zpravodaje jako tomu je u Ústavního soudu. Jen v případě, že by tříčlenný senát nebo ještě lépe samosoudce dospěl k závěru, že kasační stížnost je přijatelná, byla by kauza postoupena do stávajícího pětičlenného senátu, který by se věcí zabýval meritorně.

Nepřijatelnost kasačních stížností nepovažuji za odklon z dvojinstančnosti řízení ve správním soudnictví, ale jako možný způsob vyřizování opravných prostředků, který třeba v budoucnu bude s ohledem na požadavky správní praxe rozšířen i na další kasační agendu.

6. ZÁVĚRY

Po třech letech existence institutu nepřijatelnosti je na místě otázka, zda nadále plní svůj účel. Ze statistik jednoznačně vyplývá, že počet žádostí i kasačních stížností ve věcech mezinárodní ochrany klesá a zatím nic nenasvědčuje tomu, že by došlo k jejich nárůstu. Nejvyšší správní soud jimi není zahlcen, jako tomu bývalo v době přijetí ustanovení § 104a s. ř. s. Právní předpisy jakékoliv právní síly by měly reflektovat aktuální situaci a řešit z praxe vyvstalé problémy. Nic nenaznačuje tomu, že by v budoucnu opět rapidně vzrostl počet žadatelů o mezinárodní ochranu, a proto by měl zákonodárce zvážit, zda je institut přijatelnosti nadále nutný a je třeba jej nadále zachovávat.

Na druhou stranu, pro uchování tohoto institutu hovoří nejenom praxe Nejvyššího správního soudu, ale i samotná realita na poli azylového práva, kdy většina cizinců podává žádost o udělení mezinárodní ochrany pouze z důvodu velké „přísnosti“ zákona o pobytu cizinců na území České republiky, případně snahy vyhnout se správnímu vyhoštění z důvodu nelegálního pobytu. Hmotněprávní stránka azylové problematiky se řadí mezi relativně jednoduchou materii. V případě, že nejsou kladeny takové požadavky na rozsah i obsah rozhodnutí, dochází k vydání usnesení dle § 104a s. ř. s. v podstatně rychlejší době než u rozhodování v jiných a složitějších otázkách. Nespornou výhodou je tudíž zkrácení celého řízení, které se v některých případech může protáhnout až na jeden ale i více roků; stěžovatel tedy oprávněně legálně pobývá na území republiky po značně kratší dobu než při plném přezkumu rozhodnutí o mezinárodní ochraně. Dosavadní zavedená praxe prokazuje, že poskytovaná ochrana subjektivních práv není méně efektivní než při posouzení stížnosti meritorně, současně nedochází ani ke snížení právní jistoty žadatele. Navíc je nesporné, že stěžovatel bývá mnohem častěji úspěšnější v případech procesního pochybení správního orgánu či krajského soudu, než při právním posouzení hmotněprávní stránky této problematiky, vycházející z aplikace zákona o azylu. Procesněprávní nedostatky lze odstranit novým rozhodnutím soudního či správního orgánu, nic to přitom nemění na faktu, že cizinec právní nárok na přiznání statusu azylanta či „doplňkáře“ nemá.

Nakonec je nutné připomenout, že byť by se tomu nemělo v praxi stávat, je zde možnost, že personální složení Ministerstva vnitra, jakožto ústředního orgánu státní správy, může být závislé na politické příslušnosti Ministra vnitra a rozhodovací praxe může být ovlivnitelná politickým zaměřením Vlády ČR. V případě úředních osob neexistuje obdobná garance jako je tomu u ústavně zaručené nezávislosti soudů a nestrannosti a též nezávislosti jeho soudců.

Jsem toho názoru, že institut nepřijatelnosti potvrdil během tří let důvodnost své existence. V přístupu Nejvyššího správního soudu nelze spatřovat jakýkoliv sebemenší náznak libovůle a ani jiné pochybení, které by musel napravit Ústavní soud. Z těchto důvodů není třeba měnit stávající stav a je vhodné daný institut v současné situaci na poli azylové politiky uchovat, byť s určitými změnami. Podle mého se ani nenaplnily obavy, že uzákoněním institutu nepřijatelnosti dojde k porušení závazku státu nesnižovat úroveň poskytované právní ochrany. Přezkum kasační stížnosti o mezinárodní ochraně se sice odlišuje od přezkumu jiných kasačních stížností, procesní práva stěžovatele však byla zachována.

Literatura:

- Bobek, M., Molek, P. Nepřijatelná nepřijatelnost ve věcech azylových; srovnávací pohled. Soudní rozhledy, 2006, č. 6, s. 205-215, ISSN 1211-4405
- Filip, J., Holländer, P., Šimíček, V. Zákon o Ústavním soudu. Komentář. 2., přepracované a rozšířené vydání. Praha: C. H. Beck, 2007, 929 s, ISBN 978-80-7179-599-5
- Kučera V. K zavedení institutu nepřijatelnosti kasační stížnosti. In Jílek, D. a kol. Společný evropský azylový systém: procedurální směrnice. Brno: Masarykova univerzita v Brně, 2006, s. 101-112, ISBN 80-210-4058-0
- Lavický, P., Šiškeová, S. Nad novou úpravou řízení o kasační stížnosti v azylových věcech. Právní rozhledy, 2005, č. 19, s. 693 – 703, ISSN 1210-6410

- Molek P. Pojem „nepřijatelnosti“ v českém azylovém právu. In Jílek, D. a kol. Společný evropský azylový systém: procedurální směrnice. Brno: Masarykova univerzita v Brně, 2006, s. 113-128, ISBN 80-210-4058-0
- Nedvědický, K. Nepřijatelnost kasačních stížností, ze dne 14.11.2007, Identifikační číslo v ASPI:LIT29015CZ
- Šimíček, V. Přijatelnost kasační stížnosti ve věcech azylu – jedna z cest k efektivitě práva. Soudní rozhledy, 2006, č. 6, s. 201-205, ISSN 1211-4405
- Rozhodnutí Nejvyššího správního soudu ze dne 26. dubna 2006, čj. 1 Azs 13/2006 – 39, dostupné na www.nssoud.cz
- Rozhodnutí Nejvyššího správního soudu ze dne 29. 3. 2007, čj. 2 Azs 137/2006-67, dostupné na www.nssoud.cz
- Rozhodnutí Ústavního soudu ze dne 19. prosince 2007, sp. zn. III.ÚS 2937/07, dostupné na <http://nalus.usoud.cz/>

Kontaktní údaje na autora – email:

102839@mail.muni.cz

SPRÁVNE SÚDNICTVO A KONANIE PRED ÚSTAVNÝM SÚDOM SLOVENSKEJ REPUBLIKY

EUDMILA GAJDOŠÍKOVÁ

Ústav štátu a práva Slovenskej akadémie vied, Slovenská republika

Ochrana ústavnosti vrátane ochrany základných práv a slobôd, ako aj ľudských práv a základných slobôd (ďalej len „základné práva a slobody“) je jednou zo základných úloh Ústavného súdu Slovenskej republiky (ďalej len „ústavný súd“). Táto sa napĺňa prostredníctvom jednotlivých typov konaní pred ústavným súdom. Rozhodnutia vydané v správnom súdnictve sú predmetom preskúmania ústavného súdu v zásade prostredníctvom konania prostredníctvom konania o sťažnostiach.

Spôsob, obsah a rozsah poskytovanej ochrany ústavnosti vrátane ochrany základných práv a slobôd vo vzťahu k správne súdnictvu má svoje špecifiká a limity. Popri všeobecne akceptovanému postaveniu ústavného súdu ako nezávislého súdneho orgánu ochrany ústavnosti podľa čl. 124 Ústavy Slovenskej republiky (ďalej len „ústava“) a subsidiárnej právomoci ústavného súdu rozhodovať o sťažnostiach fyzických osôb alebo právnických osôb, ktorú namietajú porušenie svojich základných práv alebo slobôd, ak o ochrane týchto práv a slobôd nerozhoduje iný súd (čl. 127 ods. 1 ústavy), vo vzťahu k správne súdnictvu je kľúčový ústavný princíp ustanovený v čl. 46 ods. 2 ústavy podľa ktorého „kto tvrdí, že bol vo svojich právach ukrátený rozhodnutím orgánu verejnej správy, môže sa obrátiť na súd, aby preskúmal zákonnosť takéhoto rozhodnutia, ak zákon neustanoví inak. Z právomoci súdu však nesmie byť vylúčené preskúmanie rozhodnutí týkajúcich sa základných práv a slobôd.“. Podľa názoru ústavného súdu ústavne súladný výklad príslušných ustanovení Občianskeho súdneho poriadku (ktoré vylučujú určité rozhodnutia z preskúmanej právomoci súdov) vyžaduje, aby súd v správne súdnictve zisťoval, či rozhodnutie orgánu verejnej správy (správneho orgánu), ktoré mu bolo príslušným spôsobom predložené na preskúmanie jeho zákonnosti, sa svojím obsahom súčasne nedotýka základných práv alebo slobôd účastníka konania, ktoré mu zaručuje ústava alebo príslušná medzinárodná zmluva o ľudských právach a základných slobodách.

Domáhať sa tohto práva možno len v medziach zákonov, ktoré tieto ustanovenia vykonávajú (čl. 51 ods. 1 ústavy). Popri preskúmaní rozhodnutí orgánov verejnej správy súdy preskúmajú aj zákonnosť rozhodnutí, opatrení alebo iných zásahov verejnej moci, ak tak ustanoví zákon (čl. 142 ods. 1 ústavy). Tým je ustanovená právomoc správneho súdnictva veľmi široko.

Z hľadiska ochrany základných práv a slobôd fyzických osôb a právnických osôb možno rozhodovacia činnosť ústavného súdu v otázkach správneho súdnictva analyzovať v dvoch časových etapách:

- a. v období r. 1993 – r. 2001,
- b. v období po roku 2001, t. j. od r. 2002,

pričom časová hranica - rok 2001 - je zvolená s ohľadom na „veľkú novelu ústavy“ vykonanú ústavným zákonom č. 90/2001 Z. z. (ďalej len „veľká novela ústavy“), ktorý nadobudol účinnosť 1. júla 2001, okrem čl. 125a, čl. 127, čl. 127a, čl. 134 ods. 1 a 3 a čl. 151a, ktoré

nadobudli účinnosť 1. januára 2002 (práve z dôvodu nadobudnutia účinnosti nového znenia čl. 127 ústavy od 1. januára 2002 je pre skúmanú problematiku relevantný dátum 1. január 2002, resp. 31. december 2001).

Do 31. decembra 2001 ústavný súd rozhodoval podľa čl. 127 ústavy o sťažnostiach len proti právoplatným rozhodnutiam ústredných orgánov štátnej správy, miestnych orgánov štátnej správy a orgánov územnej samosprávy, ktorými boli porušené základné práva a slobody občanov, ak o ochrane týchto práv a slobôd nerozhodoval iný súd.

V nadväznosti na veľkú novelu ústavy bola vykonaná aj novela zákona Národnej rady Slovenskej republiky č. 38/1993 Z. z. o organizácii Ústavného súdu Slovenskej republiky, o konaní pred ním a o postavení jeho sudcov v znení neskorších predpisov, a to zákonom č. 124/2002 Z. z., ktorá bola účinná od 20. marca 2002 (s výnimkou niektorých ustanovení, ktoré nadobudli účinnosť 1. apríla 2002).

a) obdobie r. 1993 - 2001

Sťažnosti podľa čl. 127 ústavy

Z kvantitatívneho hľadiska ide rádovo o niekoľko stoviek sťažností podľa čl. 127 ústavy platného a účinného do 31. decembra 2001, z ktorých však až na ca desať, o ktorých bolo rozhodnuté nálezom, boli všetky odmietnuté, a to najmä z dôvodu zjavnej neopodstatnenosti, nepríslušnosti, nedostatku právomoci a nesplnenia zákonom predpísaných náležitostí. Prevažujúcim dôvodom odmietania tohto typu sťažností bolo nevyužitie správneho súdnictva (nedostatok právomoci) a nesplnenie zákonom predpísaných náležitostí.

Nálezy, ktoré boli ústavným súdom vo veciach týchto sťažností prijaté, sa po obsahovej stránke týkali sťažností o porušení čl. 30 ods. 1 ústavy, a to uzneseniami mestských zastupiteľstiev, na základe ktorých sa hlasovanie obyvateľov o odčlenení mestských častí (I. ÚS 76/93, I. ÚS 46/93, II. ÚS 9/00, III. ÚS 23/00, III. ÚS 24/01) nevyhlásilo, ďalej sa týkali verejnosti zasadnutia mestského zastupiteľstva sporejnej s umožnením zhotovovania zvukových a zvukovoobrazových záznamov z tohto rokovania zastupiteľstva s následným namietaním porušenia práva na informácie, slobody vyhľadávania, prijímania a rozširovania informácií podľa čl. 26 ods. 1 ústavy (I. ÚS 57/00) pre nepovolenie zhotovovania týchto záznamov, ako aj porušovanie vlastníckeho práva orgánmi verejnej správy (I. ÚS 128/95, I. ÚS 60/96).

Podnety podľa čl. 130 ods. 3 ústavy

1. Čo sa týka porušenia namietaných základných práv a slobôd na základe podnetu podľa v tomto období platného čl. 130 ods. 3 Ústavy Slovenskej republiky vo vzťahu k rozhodnutiam vydaným v správnom konaní sa v období roku 1993 – 2001 jednalo len o niekoľko rozhodnutí, v ktorých dominovalo vyslovenie porušenia čl. 142 ods. 3 ústavy v spojení s právom zaručeným v čl. 6 ods. 1 Dohovoru o ochrane ľudských práv a základných slobôd (ďalej len „dohovor“) z dôvodu, že rozsudok nebol vyhlásený verejne (napr. II. ÚS 47/96, II. ÚS 58/97, II. ÚS 76/97, I. ÚS 51/99, II. ÚS 88/01). Ústavný súd v tejto súvislosti konštatoval, že aj keď sa nenariaďuje ústne pojednávanie a koná sa v neprítomnosti účastníkov konania (lebo to ustanovenie § 250f Občianskeho súdneho poriadku umožňuje), neznamená to podľa názoru ústavného súdu, že rozsudok sa nemusí vyhlasovať verejne a že netreba o tomto konaní upovedomiť účastníkov konania. V praxi by to mal byť taký postup, že o vyhlásení rozsudku sa upovedomia účastníci konania, je vecou súdu, akým spôsobom

o tom upovedomí účastníkov konania; záleží potom už len na účastníkoch konania, či sa tohto vyhlásenia rozhodnutia zúčastnia. Právo zúčastniť sa na vyhlásení rozsudku ale v každom prípade majú (II. ÚS 47/96).

K princípu verejnosti, ktorého súčasťou je aj vyhlasovanie rozsudku, ústavný súd uviedol, že princíp verejnosti nie je absolútny, to znamená, umožňuje už spomenuté výnimky, jednak z hľadiska stupňov konania (judikatúra Európskeho súdu pre ľudské práva vyžaduje verejnosť aspoň na jednom stupni), ako aj zo zákonných dôvodov čl. 48 ods. 2 druhá veta ústavy (a § 116 OSP). Výnimky z princípu verejnosti sa ale vzťahujú na súdne pojednávanie, nie na vyhlásenie rozsudku. Povinnosť verejného vyhlásenia rozsudku je bezvýnimočná. Vyplýva to z doslovného znenia čl. 142 ods. 3 ústavy „rozsudky sa vyhlasujú v mene Slovenskej republiky a vždy verejne“ (II. ÚS 58/07). Rozsudok musí byť vyhlásený verejne, ale tlač a verejnosť môžu byť vylúčené buď po dobu celého alebo časti procesu v záujme mravnosti, verejného poriadku alebo národnej bezpečnosti v demokratickej spoločnosti, alebo keď to vyžadujú záujmy maloletých alebo ochrana súkromného života účastníkov alebo v rozsahu považovanom súdom za úplne nevyhnutný, pokiaľ by vzhľadom na osobitné okolnosti verejnosť konania mohla byť na ujmu záujmom spravodlivosti. Účastník konania však má právo byť prítomný na vyhlásení rozsudku súdu a len on sa môže rozhodnúť, či sa tohto zasadnutia zúčastní alebo nezúčastní (II. ÚS 76/97).

2. Ďalším relevantným kritériom pre preskúvanie rozhodnutí vydaných v správnom súdnictve bolo posudzovanie príslušnosti ústavného súdu na konanie a rozhodovanie vo veciach správneho súdnictva. Účelom čl. 46 ods. 2 ústavy je zaručiť prístup k súdu každému, kto tvrdí, že bol na svojich právach ukrátený rozhodnutím orgánu verejnej správy. Prístup k súdu sa nezaručuje kedykoľvek, ale iba vtedy, ak zákon neustanoví inak. Uplatnenie práva zaručeného v čl. 46 ods. 2 ústavy sa vymedzuje podmienkami, ktoré sú ustanovené zákonom. V § 247 ods. 2 Občianskeho súdneho poriadku je zakotvené, že všeobecné súdy v správnom súdnictve podľa druhej hlavy piatej časti Občianskeho súdneho poriadku sú oprávnené preskúmať len tie rozhodnutia, ktoré nadobudli právoplatnosť, po vyčerpaní riadnych opravných prostriedkov.

Ak si žalobca túto zákonom ustanovenú povinnosť nesplnil a došlo k zastaveniu konania, zastavením konania podľa § 250d ods. 3 Občianskeho súdneho poriadku všeobecný súd (správny súd) neporušil základné právo žalobcu priznané čl. 46 ods. 2 ústavy, pretože nesplnil požiadavku, ktorou sa podmieňuje právo na prístup k súdu uplatnením práva zaručeného čl. 46 ods. 2 ústavy (II. ÚS 12/97, I. ÚS 20/97).

3. Predmetom rozhodnutí o ochrane základných práv a slobôd spojených so správnym súdnictvom v období r. 1993 – 2001 bolo porušenie/neporušenie základného práva na súdnu ochranu podľa čl. 46 ods. 1 ústavy a práva na spravodlivý proces podľa čl. 6 ods. 1 dohovoru.

Ústavný súd pri svojom rozhodovaní o týchto otázkach sformuloval ústavnoprocenčné princípy vzťahujúce sa na rozhodovanie v správnom súdnictve, ktorého rozhodnutia sú predmetom preskúvania ústavného súdu za účelom poskytnutia ochrany základného práva na súdnu ochranu navrhovateľov. Vo svojej judikatúre ústavný súd sformuloval predpoklady uplatnenia svojej právomoci pre poskytnutie ochrany základným právam upraveným v čl. 46 ods. 1 a 2 ústavy. Vyslovil názor, že z postavenia ústavného súdu ako nezávislého súdneho orgánu ochrany ústavnosti (čl. 124 ústavy) vyplýva, že môže preskúmať len také rozhodnutia všeobecných súdov, ak v konaní, ktoré mu predchádzalo alebo samotným rozhodnutím, došlo k porušeniu základného práva alebo slobody.

Pri preskúvaní zákonnosti rozhodnutia orgánu verejnej správy (správneho orgánu) všeobecným súdom, nemôže dôjsť k zastaveniu konania pred ním z dôvodu nesprávneho, či iného posúdenia svojej právomoci, ak pritom dôjde k porušeniu konkrétneho ustanovenia ústavy alebo ústavnoprocených princípov v konaní pred všeobecnými súdmi. V prípade pochybnosti o právomoci všeobecného súdu preskúmať rozhodnutie orgánu verejnej správy (244 Občianskeho súdneho poriadku) je potrebné aplikovať čl. 144 ods. 1 ústavy v spojení čl. 152 ods. 4 ústavy, podľa ktorého výklad a uplatňovanie ústavných zákonov, zákonov a iných všeobecne záväzných právnych predpisov musí byť v súlade s touto ústavou. Táto povinnosť všeobecného súdu zodpovedá ústavne garantovanému právu na súdnu ochranu podľa čl. 46 ústavy. Úlohou všeobecného súdu aj pri uplatňovaní Občianskeho súdneho poriadku a v spojení s čl. 46 ods. 2 poslednou vetou ústavy je zistiť, či rozhodnutie správneho orgánu, ktorého zákonnosť má byť predmetom súdneho preskúmania (vrátane toho, ktoré je uvedené v § 248 ods. 2 písm. d) Občianskeho súdneho poriadku), je vzhľadom na jeho obsah spôsobilé týkať sa základných práv alebo slobôd. V prípade, ak všeobecný súd zistí, že tomu tak je, takéto rozhodnutie nesmie byť vylúčené zo súdneho preskúmania. Základnému právu uvedenému v čl. 46 ods. 2 ústavy preto zodpovedá taký postup všeobecného súdu, v rámci ktorého hodnotí nielen formálne znaky rozhodnutia predloženého mu na súdne preskúmanie, ale aj to, či sa toto rozhodnutie svojím obsahom nedotýka niektorého zo základných práv alebo slobôd účastníka konania. Postup všeobecného súdu, v ktorom zanedbal niektorý z týchto prvkov, zakladá porušenie základného práva podľa čl. 46 ods. 2 ústavy. Osobitnú pozornosť pritom treba venovať obsahu rozhodnutia, najmä, či nejde o rozhodnutie, ktoré sa týka základného práva alebo slobody, ktorého porušenie navrhovateľ namieta. Z právomoci všeobecného súdu (je zrejmé, že ide v prvom rade o súd všeobecný, nakoľko právomoc ústavného súdu je formulovaná v čl. 127 ods. 1 ústavy iba subsidiárne), nesmie byť vylúčené preskúmanie týchto rozhodnutí. V opačnom prístupe všeobecného súdu k riešeniu jeho pochybností o svojej právomoci preskúmať konkrétne rozhodnutie orgánu verejnej správy by ústavný súd, ako aj v tomto prípade, vyslovil porušenie čl. 46 ods. 2 ústavy (I. ÚS 37/95, II. ÚS 50/01). Tomuto právnomu názoru ústavného súdu plne zodpovedá aj zásada správneho súdnictva vyjadrená v 244 ods. 1 Občianskeho súdneho poriadku, podľa ktorej v správnom súdnictve preskúmajú sudy na základe žalôb alebo opravných prostriedkov zákonnosť zásadne všetkých rozhodnutí a postupov orgánov verejnej správy.

Ako príklad uplatnenia právomoci ústavného súdu možno uviesť jeho rozhodnutie týkajúce sa rozhodnutia všeobecného súdu o povolení obnovy, keď vyslovil, že požiadavka zakotvená v čl. 46 ods. 2, resp. v čl. 6 ods. 1 Dohovoru o ochrane ľudských práv a základných slobôd (ďalej len „dohovor“) nemôže byť závislá od toho, v akom type (druhu) správneho konania (riadneho alebo mimoriadneho) sa rieši otázka, ktorá vzhľadom na svoju povahu nemôže byť vylúčená z právomoci súdu. Preto zo súdneho preskúmania nemôže byť vylúčené rozhodnutie o zamietnutí návrhu na obnovu konania o odstránení stavby, v ktorom sa navrhovatelia v dôsledku postupu správneho orgánu odporujúceho zákonu nemohli dovolať súdnej ochrany svojich práv k tejto stavbe. Tento prípad rozhodovania o návrhu na obnovu konania sa z hľadiska uvedených článkov ústavy a dohovoru podstatne odlišuje od prípadu rozhodovania o návrhu na obnovu konania, ktoré skončilo súdnym preskúmaním a rozhodnutím vo veci samej s poskytnutím všetkých záruk, s ktorým je právo na súdnu ochranu spojené (I. ÚS 3/01).

b) obdobie od r. 2002

Rozhodovanie ústavného súdu vo veciach správneho súdnictva bolo v tomto období ovplyvnené dvomi základnými skutočnosťami, a to

- veľkou novelou ústavy (účinnou od 1. júla 2001 s výnimkou niektorých článkov vrátane sťažností podľa čl. 127 ods. 1 ústavy, ktoré sa stali účinné od 1. januára 2002), ktorá „zjednotila“ podania fyzických osôb a právnických osôb podľa pôvodného čl. 127 a čl. 130 ods. 3 ústavy do jedného druhu podaní – sťažnosti, v súčasnosti upravenej v čl. 127 ústavy,
- novelou Občianskeho súdneho poriadku vykonanou zákonom č. 424/2001 Z. z., ktorá nadobudla účinnosť 1. septembra 2002 (ale aj ďalšími novelami), ktorá sa dotkla právnej úpravy správneho súdnictva.

Z hľadiska obsahu sťažností, ktoré smerovali v tomto období proti rozhodnutiam vydaným v správnom súdnictve všeobecnými súdmi, sa obsahová škála sťažností rozšírila. Popri rozšírení obsahovej rozmanitosti sťažností sa zvýšil aj ich počet, avšak opäť nejde v porovnaní k celkovému počtu sťažností o významný podiel na celkovom počte sťažností podľa čl. 127 ods. 1 ústavy.

1. Adekvátne k celkovému trendu narástol počet sťažností týkajúcich sa rozhodovania v správnom súdnictve, ktoré smerovali k namietaniu zbytočných prietáhov v konaní a k porušeniu základného práva sťažovateľov na prerokovanie veci bez zbytočných prietáhov a k porušeniu práva na prerokovanie veci v primeranej lehote (III. ÚS 68/03, II. ÚS 116/03, III. ÚS 329/04, III. ÚS 73/06), ktoré možno považovať za „štandardné“ prípady porušovania týchto práv a „štandardnú“ rozhodovaciu činnosť ústavného súdu bez potreby osobitného zohľadnenia špecifik správneho súdnictva.

2. Ďalšia, a to prevažujúca rozhodovacia činnosť ústavného súdu vo veciach správneho súdnictva, sa týkala ochrany základného práva upraveného v čl. 46 ods. 1 a 2 ústavy a práva upraveného v čl. 6 ods. 1 dohovoru v rozmanitých obsahových podobách.

a) Ústavný súd pri svojom rozhodovaní v tomto období uplatnil zásadu, že všetky rozhodnutia o právach, právom chránených záujmoch a povinnostiach vydaných správnym orgánom musia byť preskúmateľné v správnom súdnictve vrátane rozhodnutí predbežnej povahy. Tento svoj prístup ústavný súd zdôvodnil tým, že „zmyslom práva na súdnu ochranu je umožniť každému reálny prístup k súdu, ktorý spĺňa všetky požiadavky kladené na jeho nezávislosť a nestrannosť, a tomu zodpovedajúca povinnosť súdu o veci konať a rozhodnúť“ (I. ÚS 52/02).

Ústavný súd tiež judikoval, že žiadna skutková a právna otázka, ktorej posúdenie je bezprostredne rozhodujúce pre základné právo, nesmie byť vylúčená z právomoci súdu o nej konať, ak predmetom konania je spor o toto základné právo. Okrem toho tak ako požiadavka zakotvená v čl. 46 ods. 2 druhej vety ústavy nemôže byť závislá od toho, v akom type (druhu) správneho konania (riadneho alebo mimoriadneho) sa rieši otázka, ktorá vzhľadom na svoju povahu nemôže byť vylúčená z právomoci súdu (I. ÚS 3/01), alebo tak ako samotný druh či formálne označenie rozhodnutia správneho orgánu, nemôžu byť jediným a rozhodujúcim dôvodom pre odmietnutie jeho súdneho preskúmania (II. ÚS 50/01), tak ani povaha rozhodnutia nemôže sama osebe vylúčiť jeho dopad na niektoré zo základných práv a slobôd v zmysle čl. 46 ods. 2 poslednej vety ústavy.

Podľa názoru ústavného súdu je takouto otázkou napr. posúdenie charakteru bytu určeného v rozhodnutí orgánu verejnej správy, ak rozhodnutie správneho orgánu o určení charakteru bytu bolo vydané evidentne v súvislosti so sporom o právo spoločného nájmu bytu medzi jeho užívateľmi a takéto rozhodnutie je spôsobilé zasiahnuť tak do ich práva na ochranu súkromného a rodinného života, ako aj do ich práva na ochranu obydľia zaručených v čl. 19 ods. 2, resp. čl. 21 ods. 3 ústavy (I. ÚS 13/00). Z týchto dôvodov nemohlo byť takéto

rozhodnutie správneho orgánu o určení charakteru bytu vydané v súlade s oprávnením daným mu zákonom, vylúčené zo súdneho preskúmania (I. ÚS 52/02).

b) V súvislosti s otázkou účastníkov konania konštantná prax správneho súdnictva vychádza zo subsidiárnej pôsobnosti správneho poriadku a v súlade s ňou v zásade zotrúva na stanovisku, že účastníkom konania pred správnym orgánom, a teda aj pred správnym súdom, je osoba, ktorú ustanovuje osobitný predpis, ak osobitný predpis okruh účastníkov ustanovuje. Akceptovanie vzťahu subsidiarity pri vymedzení okruhu účastníkov vyššie uvedeného správneho konania je aj pre ústavný súd v zásade rozhodujúcim kritériom z hľadiska posúdenia možnosti byť účastníkom správneho konania a v nadväznosti na to účastníkom konania pred súdom v správnom súdnictve. Ak sťažovateľ účastníkom správneho konania nebol, v zásade nebol ani oprávnený na podanie návrhu na preskúmanie správneho rozhodnutia v správnom súdnictve, a preto odmietnutím jeho návrhu na začatie konania pred správnym súdom (t. j. podaným inou osobou, ako sú účastníci namietaného správneho konania) nemohlo dôjsť k porušeniu jeho základného práva na súdnu ochranu podľa čl. 46 ods. 1 ústavy (II. ÚS 132/02).

Ústavný súd pri poskytovaní ochrany základnému právu na súdnu ochranu podľa čl. 46 ods. 1 ústavy a právu na spravodlivé súdne konanie podľa čl. 6 ods. 1 dohovoru niekoľkokrát v tomto období posudzoval postavenie sťažovateľov ako účastníkov správneho konania, resp. nepriznanie im postavenia účastníkov v konaní a vyslovil, že „súčasťou obsahu práva podľa čl. 46 ods. 1 ústavy je nielen právo každého domáhať sa svojho práva na súde alebo na inom orgáne Slovenskej republiky, ale aj právo byť účastníkom konania, v ktorom sa rozhoduje o jeho právach, povinnostiach a právom chránených záujmoch. Z toho vyplýva, že každý má právo byť účastníkom konania, v ktorom sa rozhoduje o jeho právach, povinnostiach a právom chránených záujmoch, lebo ináč v ňom nemôže chrániť svoje práva a právom chránené záujmy. Zopakoval, že domáhať sa práva na súdnu a inú ochranu možno len v medziach príslušných zákonov, pričom však v súlade s čl. 152 ods. 4 ústavy musí byť výklad a uplatňovanie ústavných zákonov, zákonov a ostatných všeobecne záväzných predpisov v súlade s ústavou a súčasne podľa čl. 154c ods. 1 ústavy (predtým podľa čl. 11 ústavy) majú príslušné medzinárodné zmluvy o ľudských právach a základných slobodách vrátane dohovoru prednosť pred zákonom, ak zabezpečujú väčší rozsah ústavných práv a slobôd (I. ÚS 5/02).

Na tomto základe vychádzal z toho, že Občiansky súdny poriadok nezakazuje všeobecnému súdu s ohľadom na konkrétne okolnosti danej veci konať aj s osobami, ktoré, hoci nie sú účastníkmi konania, môžu byť dotknuté na svojich ústavou zaručených právach. Skutočnosť, že občiansky súdny poriadok vyslovene neoznačuje niekoho za účastníka konania, neznamená, že s ním konajúci súd nemôže v prípade potreby konať, ak účinky jeho postupu alebo rozhodnutia sa týkajú základných práv, ktoré má takáto osoba zaručené v ústave alebo v medzinárodnej zmluve (I. ÚS 219/07).

V súvislosti s domáhaním sa sťažovateľa byť vedľajším účastníkom konania v konaní a preskúmanie rozhodnutia správneho orgánu ústavný súd vyslovil (II. ÚS 197/07), že nemožno považovať za arbitrárne rozhodnutia všeobecného súdu, ktorým nevyhovel tomuto návrhu, a to vzhľadom na špecifický účel tohto druhu konania vzhľadom na jeho predmet (preskúmanie zákonnosti), ako aj vzhľadom na to, kto môže byť v takomto konaní žalobcom (každý, kto tvrdí, že jeho práva boli porušené alebo mohli byť porušené).

Pri posudzovaní ústavnosti odloženia vykonateľnosti právoplatného rozhodnutia o vydaní stavebného povolenia všeobecným súdom, na základe ktorého boli sťažovatelia oprávnení

vykonávať prístavbu a prestavbu svojho rodinného domu, ústavný súd vyslovil právny názor, že všeobecný súd sa takýmto svojím rozhodnutím nepochybne dotkol vlastníckeho práva sťažovateľov ohľadom ich rozostavanej a obývanej stavby. Ak všeobecný súd pred vydaním takéhoto rozhodnutia a ani v napadnutom rozhodnutí nereagoval na túto situáciu sťažovateľov, vôbec s nimi nekonal, hoci sa ich vydanie napadnutého rozhodnutia nepochybne dotýkalo, podľa názoru ústavného súdu tým, že pri vydaní napadnutého rozhodnutia neprihliadol na záujmy sťažovateľov, a keďže ani po tom, ako sa dozvedel z ich tvrdení, že malo dôjsť k zásahu do ich užívacieho práva, na ich informácie nereagoval, odňal im právo na súdnu ochranu vlastníckeho práva k dotknutej nehnuteľnosti (I. ÚS 23/01). Podľa zákona síce všeobecný súd mohol rozhodnúť o odložení vykonateľnosti právoplatného (stavebného) rozhodnutia, ale vzhľadom na uvedené okolnosti mal zisťovať, či sa tým nedotkne ústavou zaručených práv sťažovateľov.

c) V rozhodovacej činnosti ústavného súdu sa po roku 2001 len ojedinele vyskytli prípady absencie verejného vyhlasovania rozsudkov vydaných v správnom súdnictve. Ústavný súd sa pri svojom rozhodovaní (II. ÚS 88/01) odvolal na svoju doterajšiu judikatúru (II. ÚS 47/96, II. ÚS 76/97), a v nadväznosti na ňu opakovane uviedol, že verejné vyhlasovanie rozsudku predpokladá povinnosť všeobecného súdu upovedomiť účastníkov konania (II. ÚS 88/01).

d) Ústavný súd pri rozhodovaní o porušení čl. 46 ods. 1 ústavy, čl. 36 ods. 1 Listiny základných práv a slobôd, resp. čl. 6 ods. 1 dohovoru oproti predchádzajúcemu obdobiu posudzoval vo väčšom rozsahu kvalitatívnu stránku rozhodovania v správnom súdnictve, o čom svedčia rozhodnutia ústavného súdu, v ktorých ústavný súd vyslovil porušenie základného práva na súdnu ochranu alebo práv na spravodlivý proces z dôvodu

- absencie dostatočného odôvodnenia,
- absencie dôvodov na rozhodnutie vydané v preskúvanom konaní,
- arbitrárnosť rozhodnutí,
- formalistický prístup pri rozhodovaní,
- nepreskúmateľnosť rozhodnutí v dôsledku procesných pochybení,
- prekročenia ústavných limitov pre akceptovateľné rozdielne názory na právne posúdenie vecí.

Príslušné ustanovenia ústavy a dohovoru, ktoré sa týkajú spravodlivého procesu, treba interpretovať podľa názoru ústavného súdu v tom smere, že kvalita procesu musí zodpovedať právam a povinnostiam, o ktorých sa koná. Z ústavnoprávneho hľadiska a z požiadaviek, ktoré vyplývajú z ochrany ústavnosti, rozsahu a spôsobu súdnej kontroly správnych aktov, treba venovať (rozhodnutiam) dostatočnú a výraznú pozornosť, rovnako ako je potrebné v dostatočnej miere a presvedčivým spôsobom ich odôvodniť (I. ÚS 269/05).

Na absenciu dostatočného odôvodnenia rozhodnutia ústavný súd pri svojom rozhodovaní reagoval konštatovaním, že konanie a rozhodovanie všeobecných súdov sa uskutočňuje v predpísanom ústavnom a zákonnom rámci, ktorého rešpektovanie vylučuje svojvôľu v ich postupe, pričom vylúčenie svojvôle sa zabezpečuje viacerými prostriedkami vrátane ich povinnosti svoje rozhodnutia odôvodniť. Odôvodnenie rozhodnutí dovoľuje účastníkom konania posúdiť, ako súd v ich veci vyložil a aplikoval príslušné procesné predpisy a akými úvahami sa riadil pri svojom rozhodovaní o veci samej. Odôvodnenie rozhodnutí súdov tvorí

v tomto smere súčasť spravodlivého súdneho procesu a zodpovedá základnému právu na súdnu ochranu podľa čl. 46 ods. 1 ústavy. Požiadavka jasného a jednoznačného odôvodnenia súdnych rozhodnutí bez ohľadu na to, či ide o meritórne rozhodnutia alebo o rozhodnutia procesnej povahy, vystupuje do popredia v prípadoch, keď sa nimi rozhoduje o uplatnení alebo ochrane základných práv a slobôd upravených buď v ústave, alebo v medzinárodnej zmluve o ľudských právach (II. ÚS 6/03).

Za porušenie práva na súdnu ochranu ústavný súd považuje aj skromné a nedostatočné podklady pre rozhodnutie, napr. na základe len jedinej konštatačnej vety, bez jej zhodnotenia (III. ÚS 202/02).

Nedostatok dôvodov rozhodnutia ústavný súd posúdil ako odňatie práva obrátiť sa na všeobecný súd v prípade prijatia takého rozhodnutia všeobecného súdu vydaného v správnom súdnictve, ktorým sa pred ním konanie končí uznesením o zastavení konania, ak proti tomuto rozhodnutiu nie je prípustný žiaden opravný prostriedok a k zastaveniu konania došlo bez zákonom uznaného dôvodu na takýto výrok rozhodnutia, resp. všeobecný súd použil pre svoje rozhodnutie o zastavení konania zákonný dôvod, na aplikáciu ktorého neboli splnené skutkové a zákonné predpoklady. V takom prípade zastavenie konania je podľa názoru ústavného súdu odmietnutím spravodlivosti a porušením ústavného princípu základného práva na súdnu ochranu (IV. ÚS 62/03)

Čo sa týka arbitrárnosti rozhodnutí považuje ústavný súd za arbitrárne rozhodnutie, keď súd nezohľadnil skutočnosť, že sťažovateľ nemohol ani pri vynaložení akéhokoľvek úsilia v určenej lehote doplniť prílohy k správne konaniu a vôbec sa nezaoberal možnými dôsledkami takéhoto stavu, ktorý sťažovateľ nemohol ovplyvniť. Preto všeobecný súd, ktorý preskúmaval napadnuté rozhodnutie správneho orgánu, nepostupoval správne, ak tieto skutočnosti nepovažoval za vady správneho konania a sám svoje závery opieral o takto nedostatočne zistený skutkový stav veci (IV. ÚS 49/06).

Za arbitrárne považuje ústavný súd aj také rozhodnutie všeobecného súdu, ktorým zamietol návrh sťažovateľa v konaní proti nečinnosti orgánu verejnej správy podľa § 250 Občianskeho súdneho poriadku ako neprípustný len z toho dôvodu, že sťažovateľ nevyužil podanie podnetu prokurátorovi, a to z toho dôvodu, že v okolnostiach danej veci nemožno považovať upozornenie prokurátora za účinný prostriedok nápravy (II. ÚS 124/08).

Za prejav arbitrárnosti rozsudku súdu treba podľa názoru ústavného súdu považovať aj absenciu dôvodov v rozhodnutí, na základe ktorých vo veci rozhodol, čo znamená zároveň porušenie čl. 46 ods. 2 ústavy. Arbitrárnosť rozhodnutia je dôvodom vyslovenia porušenia čl. 46 ods. 2 ústavy, napr. aj vtedy, ak sťažovateľ predložil v správnom konaní viaceré odborné stanoviská, ktoré podľa neho dokazujú priamy zásah do jeho práv, či oprávnených záujmov, avšak súd sa s týmito stanoviskami vyčerpávajúcim spôsobom nevysporiadal. Takýto postup súdu zakladá aj porušenie čl. 46 ods. 1 ústavy. Procesnoprávne pochybenia majúce charakter arbitrárnosti znamenajú absenciu poskytujúcu ochranu základnému právu (I. ÚS 59/04).

Za formalistický prístup pri rozhodovaní ústavný súd zhodnotil situáciu, keď najvyšší súd nepreskúmal, či napadnutý rozsudok odvolacieho súdu nebol vydaný v konaní postihnutom niektorou z procesných väd ustanovených v § 237 Občianskeho súdneho poriadku, a to zvlášť preto, že sťažovateľ takúto vadu namietol (odňatie možnosti konať pred súdom) a dovolanie odmietol, resp. dovolacie konanie zastavil, pretože dovolanie v tomto prípade je neprípustné. Podľa názoru ústavného súdu sa najvyšší súd týmto postupom dopustil porušenia základného práva na spravodlivý súdny proces garantovaný čl. 46 ods. 1 ústavy, ako aj čl. 6 ods. 1

dohovoru (IV. ÚS 283/07). Ústavný súd pritom vychádzal z toho, že prípustnosť dovolania podľa § 237 Občianskeho súdneho poriadku je založená na princípe univerzality, t.j. dovolaním možno napraviť každé rozhodnutie odvolacieho súdu bez ohľadu na povahu predmetu konania. Preto ak je občianske súdne konanie postihnuté niektorou z väd vymenovaných v tomto ustanovení, možno napadnúť dovolaním aj rozhodnutia vo veciach, pri ktorých je dovolanie inak vylúčené, t.j. rozhodnutia vo veciach správneho súdnictva nevynímajúc.

Prejavom formalistického prístupu je podľa názoru ústavného súdu aj absencia skutkovej a právnej stránky rozhodnutia, najmä keď na takýto nedostatok sťažovateľ v príslušnom konaní poukázal. Takýto postup môže smerovať k vysloveniu niektorého zo základných práv sťažovateľa. Povinnosťou všeobecného súdu uviesť v rozhodnutí dostatočné a relevantné dôvody, na ktorých svoje rozhodnutie založil. Dostatočnosť a relevantnosť týchto dôvodov sa musí týkať tak skutkovej ako i právnej stránky rozhodnutia (napr. III. ÚS 328/05).

Za prekročenie ústavných limitov považuje ústavný súd chybné právne posúdenie právomoci v správnom súdnictve, keď v tejto súvislosti vyslovil, že aj toto treba považovať za odopretie ústavou upraveného práva na súdnu ochranu podľa čl. 46 ods. 2 Ústavy Slovenskej republiky (I. ÚS 37/05).

Za porušenie základného práva sťažovateľa na súdnu ochranu podľa čl. 46 ods. 1 a 2 ústavy považoval ústavný súd pri svojej rozhodovacej činnosti aj také rozhodnutie najvyššieho súdu, ktoré postrádalo také dôvody, ktoré by poskytovali dostatočnú oporu pre potvrdenie preskúmaného rozhodnutia správneho orgánu, naopak, nielenže nezohľadnilo, ale sa ani nezaoberalo dôvodným tvrdením sťažovateľa o nesprávnom právnom posúdení veci správnym orgánom, ktoré bolo pre rozhodnutie podstatné, pričom odôvodnenie rozhodnutia odporovalo samotnému výroku rozhodnutia (IV. ÚS 102/08).

Dôvodom na vyslovenie porušenia čl. 46 ods. 2 ústavy v spojení s ústavným princípom vyjadreným v čl. 2 ods. 2 ústavy je aj nedostatok obsahového preskúmania rozhodnutia, ktoré má význam pre niektoré zo základných práv sťažovateľa. Základom práva podľa čl. 46 ods. 2 ústavy totižto zodpovedá povinnosť všeobecného súdu, na ktorý sa obrátil sťažovateľ so žalobou proti rozhodnutiu správneho orgánu týkajúceho sa jeho základných práv a slobôd, aby takéto rozhodnutie preskúmal a rozhodol spor medzi sťažovateľom a správnym orgánom ohľadom týchto práv a slobôd (III. ÚS 43/01).

Nepreskúmateľnosť rozhodnutia je tiež dôvodom na vyslovenie porušenia základného práva na súdnu ochranu (III. ÚS 200/05).

Nepreskúmateľnosť uznesenia, ktorým sa rozhoduje o námietke predpojatosti sudcu , znamená v okolnostiach prípadu aj porušenie práva na zákonného sudcu podľa čl. 48 ods. 1 ústavy (III. ÚS 202/02).

K prekročeniu ústavných limitov pre akceptovanie rozdielnych názorov na právne posúdenie vecí došlo podľa názoru ústavného súdu aj v prípade, keď všeobecný súd porušil princíp predvídateľnosti súdneho rozhodnutia, čím porušil aj zásadu právnej istoty, a to tým, že rozhodol odlišným spôsobom ako už rozhodol prv v skutkovo a právne obdobnej veci bez toho, aby v odôvodnení svojho rozhodnutia uviedol argumenty, pre ktoré bola sťažovateľovi poskytnutá odlišná ochrana ako v iných skutkovo a právne obdobných konaniach. (I. ÚS 236/06).

V súvislosti s rozhodovaním všeobecných súdov v typovo identických (analogických) veciach ústavný súd už tiež vyslovil, že aj keď právne závery všeobecných súdov obsiahnuté v rozhodnutiach vo veci samej nemajú charakter precedensu, ktorý by ostatných sudcov rozhodujúcich v obdobných veciach zaväzoval rozhodnúť identicky, protichodné právne závery vyslovené v analogických prípadoch neprispievajú k naplneniu hlavného účelu princípu právnej istoty, ani k dôvere v spravodlivé súdne konanie (obdobne napr. IV. ÚS 49/06). Aj zistenie, že súd v analogickej veci iného účastníka konania rozhodol odlišným spôsobom, ovplyvňuje záver ústavného súdu o namietanom porušení označených práv sťažovateľov, pretože táto skutočnosť do istej miery spochybňuje objektivitu a elimináciu svojvôle súdneho rozhodovania (III. ÚS 300/06).

V súvislosti s poskytnutím ochrany základnému právu na prerokovanie veci bez zbytočných prieťahov podľa čl. 48 ods. 2 ústavy označenie „vec“ znamená celé konanie od podania návrhu až do jeho právoplatného skončenia, avšak nemožno toto ponímať absolútne, ale tak, že čl. 48 ods. 2 ústavy priznáva účastníkovi konania oprávnenie vyjadriť sa ku všetkým vykonaným dôkazom, nie ale byť osobne prítomný pri vykonávaní každého dôkazu (III. ÚS 4/07).

V súlade s ústavnými princípmi správneho súdnictva ústavný súd, rešpektujúc svoju judikatúru, podľa ktorej „pri uplatňovaní svojej právomoci nezávislého súdneho orgánu ochrany ústavnosti (čl. 124 ústavy) nemôže zastupovať všeobecné súdy, ktorým predovšetkým prislúcha interpretácia a aplikácia zákonov, a že jeho úloha sa obmedzuje na kontrolu zlučiteľnosti účinkov takejto interpretácie a aplikácie s ústavou alebo kvalifikovanou medzinárodnou zmluvou o ľudských práv a základných slobodách (napr. I. ÚS 19/02, I. ÚS 1/03, I. ÚS 226/03, I. ÚS 59/04).

4. Ústavný súd tiež vyslovil, že procesný postup, v ktorom o veci účastníka konania nerozhodol zákonný sudca, resp. súd zriadený v súlade so zákonom, je nezlučiteľný s garanciami vyplývajúcimi z čl. 48 ods. 1 ústavy, z čl. 38 ods. 1 listiny a napokon aj z čl. 6 ods. 1 dohovoru. Rozhodnutie vydané v takomto konaní nemôže byť podľa názoru ústavného súdu ústavne akceptovateľné. Súčasťou základného práva na zákonného sudcu, resp. na súd zriadený zákonom je preto nevyhnutne požiadavka, aby prípadné námietky účastníka súdneho konania ohľadne porušenia uvedených práv boli náležite preskúmané a aby sa súd, príslušný o týchto námietkach rozhodovať, s nimi preskúmateľným spôsobom vysporiadal (III. ÚS 116/06).

ZÁVER

Rozhodovacia právomoc ústavného súdu vo veciach správneho súdnictva posudzovaná v dvoch časových obdobiach sa vzájomne líši tak po kvantitatívnej, ako aj kvalitatívnej stránke, čo je ovplyvnené

1. ústavnou úpravou individuálnych podaní smerujúcich k ochrane základných práv a slobôd fyzických a právnických osôb v jednotlivých časových obdobiach,
2. vývojom právnej úpravy správneho súdnictva obsiahnutej v Občianskom súdnom poriadku (od roku 2001 bola časť týkajúca sa správneho súdnictva novelizovaná spolu 10-krát), pričom niektoré novely mali značný vplyv na rozsah subsidiárnej právomoci ústavného súdu ustanovenej v čl. 127 ods. 1 ústavy, vo vzťahu k prioritnej právomoci všeobecných súdov.

3. vývojom judikatúry ústavného súdu,

4. informovanosťou verejnosti o právomoci a rozhodovacej činnosti ústavného súdu.

Ústavný súd sa sústredil v ostatnom období predovšetkým na posudzovanie formálnosti, arbitrárnosti rozhodovania, nepreskúmateľností rozhodnutí, nedostatočné odôvodnenia rozhodnutí, so zreteľom na dodržiavanie a napĺňanie ústavnoprocených princípov v rozhodovacej činnosti správnych súdov s akceptovaním špecifik súdneho procesu pri preskúmaní správnych rozhodnutí v jednotlivých typoch konania pred správnym súdom smerujúcim k ochrane základných práv a slobôd účastníkov týchto konaní a k ochrane ústavnosti.

Pozn.: Tento príspevok je súčasťou plnenia úlohy riešenia programu výskumu a vývoja APVV-51-000805 „Konštitucionalizácia a zákonodarstvo v podmienkach SR ako členského štátu EÚ so zreteľom na formovanie právneho štátu a právnej praxe“

Bratislava/Brno november 2008

Kontaktní údaje na autora – email:

usapduda@savba.sk

TŘI OTAZNÍKY NAD SPRÁVOU ZPRAVODAJSKÝCH SLUŽEB

VLASTIMIL GÖTTINGER

Právnická fakulta Masarykovy univerzity, Česká republika

Abstrakt v rodném jazyce

Tento příspěvek chce navázat na bohatou a ne zcela odbornou mediální diskusi na téma zpravodajských služeb. Jedná se totiž o zcela svébytný subsystém veřejné správy, jehož specifika mohou odporovat některým základním východiskům, ke kterým se právní regulace ozbrojených bezpečnostních sborů hlásí. Cílem je nalézt odpověď na otázku, zda je výkon a úroveň správy zpravodajských služeb dostačující z legálního hlediska a zda případné nedostatky může napravit reforma, anebo drobná novelizace.

Klíčová slova v rodném jazyce

Zpravodajské služby, kontrola, Parlament, reforma.

Abstract

This report is to take up the widespread though not very doctrinal discussion on the topic of intelligence services. It is an autonomous subsystem of public administration, whose specifics can conflict the basic principles common to legal enactments of any other armed security services. The goal is to find the answer to question if the execution or level of intelligence services administration is satisfactory and whether the deficiencies can be treated by a reform or particular amendment.

Key words

Intelligence services, control, Parliament, reform.

1. ÚVODEM

Stalo se již instrumentariem každého ambiciózního politika nemilosrdně tepat nešvary zpravodajských služeb, poukazovat dílem na temné praktiky, dílem na svévolný a nikoliv apolitický výkon pravomocí a obecně vykreslovat svět zpravodajských služeb jako něco, nad čím musí řádný občan kriticky pozdvihnout obočí¹.

Cílem tohoto příspěvku sice nebude apologetický diskurs, ale přesto bych chtěl nastavit kritickou optiku zkoumání činnosti (méně již výstupů) zpravodajských služeb na úroveň problematiky jejich správy, tedy vymezení elementárního rámce fungování. Vnímáme-li působení zpravodajských služeb teleologicky, pak by jistě menší veřejná rozprava na toto téma značila větší úspěšnost a lepší naplňování cílů jednotlivých služeb. Napadají mne tři věcné okruhy, které ve svém důsledku mohou způsobit vertikálu občanova obočí, avšak to jistě nemusí být číslo definitivní. Konečně, ukončení veřejné diskuse na toto téma nemusí znamenat výhradně zlepšení činnosti zpravodajských služeb, ale dost možná převládnutí zájmu shora jmenovaného instrumentária.

¹ LN, Ruští agenti štvou Čechy proti radaru, str. 1, 26. září 2008; anebo „Jak je to s ruskými agenty?“ Dostupné z <http://blog.aktualne.centrum.cz/blogy/jeronym-tejc.php>. 7. 10.

2. KE ZPRAVODAJSKÝM SLUŽBÁM OBECNĚ

Sám pojem „služba“ je v českém legálním pojetí orgánů veřejné správy poněkud neobvyklým a naznačuje adresátům poslání organizace, tedy její služebný, podpůrný až subsidiární charakter².

V České republice oficiálně působí³ tři zpravodajské služby, které definuje zákon č. 153/1994 Sb., o zpravodajských službách České republiky, ve znění pozdějších předpisů (dále jen „ZoS“). Jejich primárním cílem je, v souladu s § 5 ZoS, zabezpečování informací, které jsou důležité pro zajištění vnitřní i vnější bezpečnosti České republiky. Už ale samotné vymezení působnosti přináší znatelnou disproporci. Zatímco Bezpečnostní informační služba a Vojenské zpravodajství mají své úkoly stanoveny alespoň dílčím způsobem, Úřad pro zahraniční styky a informace toliko „zabezpečuje informace mající původ v zahraničí, důležité pro bezpečnost a ochranu zahraničně politických a ekonomických zájmů České republiky“⁴. Obsahová hodnota citované právní normy je skutečně minimální. Reálná představa o postavení a obsahu činnosti jednotlivých zpravodajských služeb vyplyne až z širšího právního rámce úpravy zpravodajských služeb, tedy za použití dalších zákonů, tentokrát zaměřených na postavení jednotlivých služeb. Takový zákon má Bezpečnostní informační služba⁵ i Vojenské zpravodajství⁶, chybí však pro činnost Úřadu pro zahraniční styky a informace. Zákonodárce tak patrně úmyslně pojal vymezení tohoto úřadu restriktivně a jeho pravomoci ponechal na úpravě ZoS, což s ohledem na podrobnější kodifikaci druhých dvou služeb může vypadat nesystémově.

Otázku systémovosti však nelze na zpravodajské služby aplikovat apriorně. Souvisí to s jejich rozlišováním, které se obecně užívá na všechny zpravodajské služby; toto členění funguje ve dvou rovinách. První rovinou je rozdělení teritoriální. Z tohoto úhlu pohledu existují služby s působností vnitřní (tedy operující na území České republiky, byť ve vztahu k cizí moci, jako je BIS) a služby s působností vnější (působící mimo území České republiky a mající fakticky rozvědný charakter; zde typicky Úřad pro zahraniční styky a informace). Nelze přesně určit teritoriální charakter Vojenského zpravodajství, protože jeho současná podoba, jako reakce na reduktivní politické požadavky vůči ozbrojeným silám⁷, je konglomerátem vnitřní a vnější

² Obecně služba dopadá na tři různé roviny vztahů. Jednak je služba chápána jako soubor činností poskytovaných k ochraně základních hodnot, jako například služba zdravotní (např. v zákoně č. 20/1966 Sb., o péči o zdraví lidu, ve znění pozdějších předpisů), dále se jedná o službu v chápání soukromoprávním, ekonomickém (např. v zákoně č. 455/1991 Sb., o živnostenském podnikání (živnostenský zákon), ve znění pozdějších předpisů) a konečně služba jako pojem institucionální a organizační. Tato posledně jmenovaná se nejčastěji promítá do právních předpisů upravujících působnost ozbrojených bezpečnostních sborů a ozbrojených sil. Příkladem budiž členění na jednotlivé služby v rámci hierarchické stavby Policie České republiky (srov. § 3 odst. 3 zákona č. 283/1991 Sb., o Policii České republiky, ve znění pozdějších předpisů), označení Vězeňské služby dle § 1 zákona č. 555/1992 Sb., o Vězeňské službě a justiční strážní České republiky, ve znění pozdějších předpisů anebo zpravodajské služby, které jsou ohniskem tohoto zamyšlení.

³ Tj. zpravodajské služby mající oporu v právním řádu. Z hlediska pouhé fakticity zde však pravděpodobně působí i zpravodajské služby, které mají oporu v právním řádu jiného státu a na našem území vykonávají činnost rozvědnou.

⁴ § 5 odst. 2 ZoS

⁵ Zákon č. 154/1994 Sb., o Bezpečnostní informační službě, ve znění pozdějších předpisů

⁶ Zákon č. 289/2005 Sb., o Vojenském zpravodajství, ve znění pozdějších předpisů

⁷ Předcházející právní úprava zákonem č. 67/1992 Sb., o Vojenském obranném zpravodajství, se věnovala výhradně právní úpravě vojenského obranného zpravodajství, což byla tzv. defenzivní složka, odpovídající činnosti BIS v civilní oblasti. V rámci stejné organizace zastřešené Ministerstvem obrany však působilo

působnosti. Druhou rovinou je členění druhové, vztažené k účelu získávání informací. Zde se rozlišují zpravodajské služby civilní a zpravodajské služby vojenské, kterou však máme pouze jednu. Odlišovacím znakem zde je účel získávaných informací. Vojenské zpravodajské služby získávají informace související se zajišťováním obrany státu nebo vojenských operací⁸, civilní služby se soustřeďují i na obecnou bezpečnost a ekonomické zájmy. Poměrně příhodným rozlišovacím znakem je i forma právního vztahu, v rámci něhož vykonávají jednotlivé osoby činnost pro zpravodajskou službu. S ohledem na to, že Vojenské zpravodajství je součástí Ministerstva obrany, jsou i jeho příslušníci vojáky z povolání⁹, zatímco příslušníci Bezpečnostní informační služby a Úřadu pro zahraniční styky a informace podléhají režimu zákona č. 361/2003 Sb., o služebním poměru příslušníků bezpečnostních sborů, ve znění pozdějších předpisů.

3. OTAZNÍK PRVNÍ: JE DÁN DŮVOD PRO ODLIŠNOU PRÁVNÍ ÚPRAVU JEDNOTLIVÝCH ASPEKTŮ ČINNOSTI ZPRAVODAJSKÝCH SLUŽEB?

Jak bylo naznačeno výše, jednotlivé zpravodajské služby nepožívají jednotné právní úpravy, přestože ZoS vytváří zdání jednoty především ve svých prvních osmi paragrafech. Rozdíly jsou patrné v postavení jednotlivých zpravodajských služeb, které varíují od relativní nezávislosti Bezpečnostní a informační služby, která má vlastní rozpočtovou kapitolu a je současně státním orgánem i právnickou osobou (má tedy právní subjektivitu)¹⁰ až po Vojenské zpravodajství, které je organizačně, personálně i funkčně začleněno do Ministerstva obrany. Úřad pro zahraniční styky a informace je pak rozkročen na pomezí obou systémů; ačkoliv je státním orgánem (samostatnou organizační složkou státu), je jeho rozpočet součástí rozpočtové kapitoly Ministerstva vnitra a ministr vnitra rovněž jmenuje ředitele této služby, byť se souhlasem vlády. Z této situace, byť nepřiliš přehledné, plyne i diferencovaná odpovědnost ředitelů jednotlivých služeb. Ředitel Bezpečnostní informační služby je odpovědný vládě, ředitel Úřadu pro zahraniční styky a informace je odpovědný ministru vnitra a ředitel Vojenského zpravodajství je odpovědný ministru obrany¹¹. Všechny tři ředitele však spojuje zastřešující funkce vlády České republiky. Ta přímo jmenuje ředitele Bezpečnostní a informační služby, dává souhlas se jmenováním ředitele Úřadu pro zahraniční styky a informace a ředitele Vojenského zpravodajství, ale také schvaluje statuty jednotlivých zpravodajských služeb a celkově koordinuje jejich činnost a koordinaci.

Významný rozdíl lze vidět v úpravě pravomocí, respektive jejich zákonné restrikce. Zatímco Bezpečnostní informační služba a Vojenské zpravodajství mají ve svých zřizovacích

Vojenské zpravodajství, jako ofenzivní složka, jejíž působnost odpovídala vojenské působnosti Úřadu pro zahraniční styky a informace. Novým zákonem byla tato zpravodajská služba sjednocena a rovněž v § 1 uvádí, že se zřizuje „jednotná“ ozbrojená zpravodajská služba České republiky. Tomu odpovídá i forma organizační struktury, avšak vlastní činnost působí jak dovnitř, tak vně České republiky. To vyplývá např. z neutajované verze 4. výroční zprávy Vojenského zpravodajství (dostupná z <http://www.vzcr.cz/static/rocenky2007.aspx>)

⁸ Jednotlivé vojenské zpravodajské informace mají charakter operační, taktický nebo strategický a neslouží pouze ke zpracování bezpečnostního plánování GŠ, ale i k ochraně jednotek dislokovaných v oblasti vojenských konfliktů. Spojené státy kupříkladu mají vlastní zpravodajskou službu v rámci každé z jejich čtyř ozbrojených sil.

⁹ Viz zákon č. 221/1999 Sb., o vojácích z povolání, ve znění pozdějších předpisů

¹⁰ Srov. usnesení Nejvyššího soudu ze dne 21. června 2000 čj. 25 Cdo 1121/2000

¹¹ Tato odpovědnost se dále člení do dvou složek. Jednak se jedná o formální odpovědnost ve smyslu § 4 odst. 4 ZoS, dále o zvláštní princip vojenské subordinace dle § 48 zákona č. 221/1999 Sb., o vojácích z povolání, ve znění pozdějších předpisů

zákonech téměř totožné vymezení specifických prostředků k získávání informací, zejména pak zpravodajské techniky, Úřad pro zahraniční styky a informace má tyto prostředky označeny výhradně v ZoS a navíc zcela absentuje použití zpravodajské techniky. K tomu se můžeme postavit dvěma způsoby. Prvním způsobem překleneme mezeru v zákoně výkladem, tedy dovodíme, že slova „nástrahová a zabezpečovací technika“¹² jsou de facto zpravodajskou technikou a analogií iuris lze dovodit i meze jejího použití a povolování. Takovou formu výkladu je však třeba hned v úvodu odmítnout. Oporu tomu poskytuje nejen ústavní pořádek¹³, ale i poměrně konstantní judikatura Ústavního soudu, která důsledně chrání integritu základních a osobních svobod, a to s poměrně výrazným akcentem na princip proporcionality a striktním trváním na zásadě legality (tedy sledující materiální účel zásahu, na základě odůvodněného příkazu soudce a v souladu se zákonem)¹⁴. Druhým způsobem tuto mezeru překleneme tím, že si uvědomíme, že se jedná o tzv. mezeru pravou, tedy zákonodárcem do zákona úmyslně implementovanou¹⁵. V citovaném ustanovení ZoS je totiž stanoveno, že tuto zpravodajskou kvazi-techniku může Úřad pro zahraniční styky a informace používat k činnostem, které v rámci své působnosti koná na území České republiky. Z jeho podstaty však vyplývá, že působnost mu svěřená je ve své podstatě exteritoriální a již dle názvu zaměřená na zahraničí. Bude-li tak Úřad pro zahraniční styky a informace potřebovat získat podklady na území České republiky, může je získat dle stávající právní úpravy buďto spoluprací s ostatními zpravodajskými službami dle § 9 ZoS anebo prostřednictvím činnosti jiných orgánů dle § 18 odst. 4 ZoS.

V systému se tak prolínají tři úpravy. Právní úprava daná zřizovacími zákony pro Bezpečnostní informační službu a pro Vojenské zpravodajství je v mnoha směrech totožná, avšak rozchází se ve formě činnosti a především služebního poměru jejich příslušníků. Naopak, služební poměry příslušníků Bezpečnostní informační služby a Úřadu pro zahraniční styky a informace mají stejný zákonný základ, avšak liší se v míře úpravy pravomocí. Konečně Úřad pro zahraniční styky a informace a Vojenské zpravodajství mají zmocnění k extrateritoriální činnosti, avšak postavené na zcela odlišných zákonných východiscích.

Právní formalista se ptá, proč nemá Úřad pro zahraniční styky a informace vlastní zákon anebo proč neexistuje „kodex zpravodajských služeb“? Právní realista se ptá, jak široký je vlastně okruh adresátů těchto zákonů, aby byla rekonstrukce smysluplná?

¹² § 18 odst. 1 ZoS

¹³ Čl. 12 a 13 ústavního zákona o vyhlášení Listiny základních práv a svobod jako součásti ústavního pořádku České republiky

¹⁴ Srov. např. náleží Ústavního soudu ze dne 1. listopadu 2006 čj. II. ÚS 362/06, kde Ústavní soud trvá na tom že: „*Domovní svoboda jako ústavně zaručené právo plynoucí z čl. 12 Listiny základních práv a svobod svou povahou a významem spadá mezi základní lidská práva a svobody, neboť spolu se svobodou osobní a dalšími ústavně zaručenými základními právy dotváří osobnostní sféru jedince, jehož individuální integritu, jako zcela nezbytnou podmínku důstojné existence jedince a rozvoje lidského života vůbec, je nutno respektovat a důsledně chránit. Průlom této ochrany, umožněný ústavním pořádkem v případě domovní prohlídky pro účely trestního řízení, je třeba chápat jako výjimku, která vyžaduje restriktivní interpretaci zákonem stanovených podmínek její přípustnosti.*“

¹⁵ K mezerám v právu blíže Wagnerová, E., Dostál, M., Langášek, T., Pospíšil, I.: Zákon o Ústavním soudu s komentářem, Praha, ASPI, a.s., 2007, s. 280 a násl.

4. OTAZNÍK DRUHÝ: KONTROLA ZPRAVODAJSKÝCH SLUŽEB

V post-totalitních státech panuje, zejména v počátečním období, silná nedůvěra ke zpravodajským službám (dříve sloužícím i jako nástroj represe vůči obyvatelstvu). Tradičním východiskem bylo omezování jejich pravomocí a naopak posilování kontroly¹⁶. Nastavení kontrolních mechanismů tak cílí především na kontrolu prostřednictvím moci zákonodárné a soudní, které slouží jako protiváha moci výkonné, jejíž součástí je zpravodajská činnost. V obecné rovině vykonává kontrolu zpravodajských služeb vláda a Parlament¹⁷ s tím, že rozsah a způsob kontroly Parlamentem má stanovit zvláštní zákon. A skutečně, pro Bezpečnostní informační službu a pro Vojenské zpravodajství tato zvláštní pravidla existují v jejich zřizovacích zákonech, byť je jako zvláštní zákon můžeme označit jen stěží – navazuje na něj totiž ustanovení § 14 ZoS, předpokládající vytvoření příslušného orgánu Poslanecké sněmovny, který o činnosti zpravodajských služeb informuje vláda. Takový orgán do dnešních dnů neexistuje a vlastní kontrolní činnost Poslanecké sněmovny je realizována výborem pro kontrolu zpravodajských služeb, který však postupuje podle parciálních právních úprav a povytce i nesystematickým způsobem, neboť na jednání výboru informuje o činnosti jednotlivých zpravodajských služeb jejich ředitel, byť zákon svěřuje tuto působnost generálně vládě. Z kontrolního pohledu kritická situace tak nastává u Úřadu pro zahraniční styky a informace, který parlamentní kontrole fakticky nepodléhá, neboť k tomu neexistuje zákonný mechanismus. Poslanecká sněmovna tak může vykonávat kontrolní činnost vůči Úřadu pro zahraniční styky a informace formou interpelace ministra vnitra či předsedy vlády, anebo spoléhat na to, že je tato zpravodajská služba bude informovat sama a dobrovolně.

Jednodušší je kontrola na úrovni exekutivní, především vládní. Je to vláda, kdo určuje cíle a podrobnosti získávání informací, přirozeně v rámci zákonného vymezení působnosti jednotlivých služeb a jsou to resortní ministerstva, která sledují aktivity „jim afinujících zpravodajských služeb“ z hlediska rozpočtového, předpisového a koordinačního. Činnost zpravodajských služeb odpovídá zastřešení Bezpečnostní radou státu, jakožto stálého pracovního orgánu vlády, který si jako svůj stálý orgán zřídil Výbor pro zpravodajskou činnost koordinující a plánující spolupráci zpravodajských služeb.

V podmínkách České republiky je nosičem kontrolní pravomoci Parlamentu především ZoS, který ve svém § 14 předpokládá existenci zvláštního orgánu Poslanecké sněmovny pro zpravodajské služby. Předpokládá ovšem marně, neboť zmocnění k vydání prováděcího zákona dle § 12 ZoS zůstalo oslyšeno. Teoreticky by tak měla vláda informovat tento orgán jednou ročně (nebo kdykoliv o to požádá) o činnosti zpravodajských služeb a dále vždy při získání informací důležitých pro ochranu ústavního zřízení, významných ekonomických zájmů, bezpečnost a obranu České republiky. Díky nečinnosti zákonodárce tak - tentýž zákonodárce – pozbývá hlavního prostředku kontroly zpravodajských služeb. Tento lapsus supluje kontrolní orgány zřízené podle zákona č. 289/2005, o Vojenském zpravodajství, a zákona č. 527/1992 Sb., o Bezpečnostní informační službě České republiky, a to stálá komise Poslanecké sněmovny pro kontrolu BIS a stálá komise Poslanecké sněmovny pro kontrolu Vojenského zpravodajství. Namísto vlády však poslancům předávají informace ředitelé těchto

¹⁶ Nejen kontroly zpravodajských služeb a exekutivy jako celku, ale i soudnictví, které nebylo možné jednorázově obměnit. Rezultátem pak byl vznik Ústavních soudů vybavených mocnými pravomocemi. Silné není jen postavení Ústavního soudu České republiky (jako reakce na 40 let nesvobody), ale i silné postavení Spolkového ústavního soudu SRN v reakci na nacismus, anebo Španělského ústavního tribunálu v post-frankistickém Španělsku.

¹⁷ § 12 ZoS

služeb a samotné komise nejsou nadány téměř žádnými personálními či výkonnými pravomocemi¹⁸.

Samostatnou kapitolou je parlamentní kontrola Úřadu pro zahraniční styky a informace, ke které neexistuje zákonné zmocnění a Poslanecká sněmovna je tak odkázána na blahosklonnost jejího ředitele podělit se o informace. Parlamentní kontrola zpravodajských služeb tak ve své podstatě není funkční. Vždyť ani obsazování pozic ředitelů jednotlivých zpravodajských služeb nepodléhá souhlasu Parlamentu, ale vlády, s výjimkou ředitele BIS, jehož jmenování musí vláda podle § 4 odst. 2 ZoS projednat v bezpečnostním výboru Poslanecké sněmovny. Použitá terminologie „projednat“ však nedává příležitost k nesouhlasu, neboť i přes negativní postoj výboru ke kandidátovi byla projednáním splněna podmínka jeho budoucího jmenování. Malou míru aposteriori kontroly by snad bylo možné nalézt u pravomoci Poslanecké sněmovny schvalovat státní rozpočet, ale dvě ze tří zpravodajských služeb mají svůj rozpočet zaklíčován v rozpočtu příslušného ministerstva a rozpočtová kapitola BIS není předkládána ke schválení v jednotlivých položkách, nýbrž sumárně.

Soudní kontrola směřuje především k povolání použití zpravodajské techniky, přičemž oprávnění k povolování použití zpravodajské techniky a ke kontrole tohoto použití svěřují oba provádějí zákony předsedovi senátu vrchního soudu¹⁹. In concreto by bylo možné uvažovat o aplikaci správní žaloby podle ustanovení § 82 zákona č. 150/2002 Sb., soudního řádu správního, jestliže ten, kdo tvrdí, že „byl přímo zkrácen na svých právech nezákonným zásahem, pokynem nebo donucením správního orgánu, který není rozhodnutím, a byl zaměřen přímo proti němu nebo v jeho důsledku bylo proti němu přímo zasaženo, může se žalobou u soudu domáhat ochrany proti němu, trvá-li takový zásah nebo jeho důsledky anebo hrozí-li jeho opakování.“. Poslední možností judičiální ochrany fyzické nebo právnické osoby by pak bylo podání ústavní stížnosti podle § 72 odst. 1 písm. a) zákona č. 182/1993 Sb., o Ústavním soudu, s tím, že „jiným zásahem orgánu veřejné moci ... bylo porušeno její základní právo nebo svoboda zaručené ústavním pořádkem.“.

Řešení problému nedostatečné kontroly mají zákonodárci ve svých rukou. S účinností zákona specifikujícího fungování kontrolního mechanismu ze strany Poslanecké sněmovny by se nedostatečnosti v dohledu nad činností zpravodajských služeb zmírnily, pokud by přímo nebyly eliminovány. Je veřejným zájmem, aby naši zvolení zástupci měli představu o činnosti zpravodajských služeb, které mohou ingerovat do základních práv už při pouhém podezření z ohrožení zájmů státu, které mají přístup k nejzásadnějším informacím ze všech složek společnosti a které disponují exkluzivními prostředky sběru, přenosu a vyhodnocování dat. Lze jen spekulovat, proč se námi zvolení zástupci této kontrole zpěčují.

5. OTAZNÍK TŘETÍ: REFORMA ZPRAVODAJSKÝCH SLUŽEB

V českých podmínkách nemá zpravodajská činnost vyhraněnou tradici a její kontinuita byla několikrát přetržena. Počátky lze spatřovat v činnosti prvorepublikové Vojenské zpravodajské služby, která jakožto striktně vojenská složka (2. oddělení Generálního štábu) působila

¹⁸ Nespokojíme-li se s právem vstupovat do objektů BIS a Vojenského zpravodajství nebo s právem na předložení klíčových dokumentů. Komise také mají právo požadovat vysvětlení při podezření na nezákonné omezování práva a svobod občanů.

¹⁹ Právní úprava je u BIS i vojenského zpravodajství téměř totožná. Srovnej § 9 odst. 1 zákona č. 289/2005, o Vojenském zpravodajství, a § 9 odst. 1 zákona č. 527/1992 Sb., o Bezpečnostní informační službě České republiky,

především rozvědným charakterem, a to především vůči Německu. Přetržka nastala s 2. světovou válkou. Následné poválečné období se neslo ve znamení rivality obnoveného 2. oddělení Generálního štábu, obsazeného především bývalými exilovými operativci, a Zemského odboru bezpečnosti, provázaného personálně s KSČ²⁰. Konflikt dopadl jednoznačně a zpravodajská činnost, včetně vojenské kontrarozvědky, přešla do působnosti Státní bezpečnosti a jejích jednotlivých správ, které od roku 1953 řídil ministr vnitra Rudolf Barák. Přes některé peripetie dělení a slučování jednotlivých správ StB, v reakci na vznik federace v roce 1969, se zpravodajské služby dočkaly listopadu 1989 pod křídly StB²¹.

Již tři měsíce po listopadových událostech vznikl Úřad pro ochranu ústavy a demokracie v rámci Federálního ministerstva vnitra, aby byl na konci roku 1990 přeměněn na Federální informační službu, transformovanou po chvíli zákonem č. 244/1991 Sb., o Federální bezpečnostní informační službě a o používání zpravodajských prostředků, na Federální bezpečnostní informační službu. Federální bezpečnostní informační služba však svoji činnost ukončila k 31. prosinci 1992 a do jejích pravomocí v České republice nastoupila Bezpečnostní informační služba²².

Vojenská kontrarozvědka byla v roce 1990 přesunuta systémově správně pod Federální ministrovo obrany s názvem „Vojenské obranné zpravodajství“ a zpravodajská správa Generálního štábu (vojenská rozvědka) se transformovala na „Vojenskou zpravodajskou službu“.

Při vzniku samostatné České republiky tak existovaly 4 zpravodajské služby²³, přesně rozdělené na vojenské a civilní, rozvědné a kontrarozvědné. 7. července 1994 byl přijat ZoS, který již počítal pouze s jedinou vojenskou zpravodajskou službou, a to s Vojenským zpravodajstvím, které tvořily obě původní služby. Tento model však nefungoval, protože původní vojenské služby si zachovaly vlastní ředitele, kteří se střídavými úspěchy usilovali o formální konzumaci vlastní funkce s funkcí ředitele Vojenského zpravodajství. Ředitel Vojenského obranného zpravodajství navíc podléhal Ministru obrany, zatímco ředitel Vojenské zpravodajské služby náčelníkovi Generálního štábu AČR²⁴. Od roku 2001 probíhala pomalá transformace uvnitř Vojenského zpravodajství směřující ke sjednocení obou služeb, až byly tyto definitivně normativně spojeny zákonem č. 289/2005, o Vojenském zpravodajství.

Z hlediska obsahového vládl v porevolučních zpravodajských službách zmatek způsobený dezorientací končící bipolarity světového uspořádání a častým střídáním vedoucích

²⁰ V podrobnostech Pacner, K., Československo ve zvláštních službách: Pohledy do historie československých výzvědných služeb 1914-1918, Praha, Themis 2002

²¹ Tím není nijak dotčena existence dalších, byť minoritních, tajných služeb. Vlastní zpravodajskou činnost vyvíjela kromě vojenské kontrarozvědky také zpravodajská správa HS Pohraniční stráže a ochrany státních hranic, operativa Sboru nápravné výchovy nebo zvláštní složky republikových ministerstev spravedlnosti.

²² Tento přechod se realizoval se zřízením české BIS zákonem ČNR č. 527/1992 Sb., o Bezpečnostní informační službě České republiky, a zrušením Federální bezpečnostní informační služby zákonem č. 543/1992 Sb., o zrušení Federální bezpečnostní informační služby

²³ Kromě Vojenského obranného zpravodajství, Vojenskou zpravodajské služby a BIS to byl ještě Úřad pro zahraniční styky a informace

²⁴ V roce 2001 převládl vliv ředitele Vojenského obranného zpravodajství, kterým byl brigádní generál Ing. Jiří Giesel, a vládním usnesením byly sloučeny funkce ředitelů Vojenského obranného zpravodajství a Vojenského zpravodajství

pracovníků s diskutabilní kvalifikací pro tuto oblast²⁵. Změnu přineslo 11. září 2001, po němž se zpravodajské služby rychle přeorientovaly na problematiku hrozícího nebezpečí terorismu, byly posíleny rozpočtově i personálně a také - a to celosvětově - byly reformovány. Ve Spojených státech, které utrpěly vzhledem k útoku Al-Kajdy zpravodajský debakl, došlo k centralizaci zpravodajských služeb²⁶. České zpravodajské služby reformovány nebyly, což ale neznamená, že by k tomu nebyla vedena bouřlivá politická diskuse. Ta se však často vyčerpala na nedostatečné odborné připravenosti politiků a na zjevné neujasněnosti cílů reformy zpravodajských služeb.

Nejčastějším politickou mantrou zůstává nedostatečná kontrola. Je však otázkou, zda by mělo být řešením větší informační otevření zpravodajských služeb vzhledem k Poslanecké sněmovně (a z toho plynoucí riziko úniku těch nejtajnějších informací), anebo provádění kontroly apolitické, ale odborné, například v podobě zvláštního kontrolního orgánu stojícího mimo zpravodajské služby i Parlament.

S ohledem na skutečnost, že parlamentní kontrola zpravodajských služeb, jak bylo naznačeno výše, v praxi nefunguje, bylo by větší otevření informačního toku směrem k poslancům kontraproduktivní. Členové jednotlivých kontrolních komisí Sněmovny by se totiž neměli seznamovat s přímými operačními informacemi z aktuálních akcí, a jiných zpravodajských informací věru není mnoho, a to ještě prostřednictvím ředitele příslušné služby, jež nemusí být vnímán jako objektivní zdroj. Už sama skutečnost, že poslanci a senátoři mají ex lege²⁷ oprávnění k seznamování se i s nejméně utajovanými skutečnostmi, je pro mne důvodem k zamyšlení.

Komplikovaná je i řídicí složka zpravodajských služeb. Z čistě formálního hlediska by se mohlo zdát, že řízení na úrovni vlády je dostatečně zajištěno, avšak při podrobnějším pohledu se objevují trhliny. Jednotliví ředitelé dostávají zadání od vlády, ale odpovídají třem různým osobám (předseda vlády, ministři vnitra a obrany) a mají rozdílné možnosti přístupu do vlády. Předseda vlády je sice formálně zodpovědný za koordinaci a činnost zpravodajských služeb, avšak každodenní povinnosti plynoucí z výkonu jeho funkce mu objektivně neumožňují, aby se strategickému řízení věnoval a obdobná situace je i na úrovni ministrů vnitra a obrany.

Poslední vlnou ve sféře debat o reformě zpravodajských služeb je návrh věcného záměru zákona o reformě zpravodajských služeb, který schválila Bezpečnostní rada státu v březnu tohoto roku. Bezpečnostní výbor Poslanecké sněmovny však 9. dubna 2008 přerušil jednání o věcném záměru do doby, než mu budou předloženy další analýzy a varianty změn systému zpravodajských služeb. Věcný záměr zákona je samozřejmě projednáván v režimu utajované informace, ale přesto pronikly na veřejnost některé stěžejní body reformy. Hlavní změnou by mělo být sloučení vojenské a civilní složky s tím, že zůstane pouze dělení na vnitřní a vnější zpravodajskou činnost (rozvědka a kontrarozvědka). Toto rozdělení se však naprosto přičí

²⁵ Např. Úřad pro ochranu ústavy a demokracie stačil za 10 měsíců své existence vystřídat 4 ředitele, Vojenské obranné zpravodajství zažilo do roku 2007 pět ředitelů, Úřad pro zahraniční styky a informace jich měl od roku 1990 (včetně období Federace) deset

²⁶ Byl vytvořen úřad ředitele Ústřední zpravodajské služby (Director of Central Intelligence - DCI), který je současně ředitelem největší, a jediné organizačně samostatné, zpravodajské služby Central Intelligence Agency (CIA). Pod tento úřad také spadá osm zpravodajských služeb z působnosti ministerstva obrany, a pak vždy jedna z působnosti ministerstev zahraničí, energie, financí a spravedlnosti.

²⁷ § 58 odst. 1 písm. b) zákona č. 412/2005 Sb., o ochraně utajovaných informací a o bezpečnostní způsobilosti, ve znění pozdějších předpisů

smyslu získávání zpravodajských informací, protože vojenská část evidentně míří k jiným zájmům, než část civilní a vojenské zpravodajství může fungovat jen ve vojenském prostředí. Dalším faktem je, že činnost a zázemí zpravodajské služby je budováno dlouhodobě a nepromyšlená reforma nutně povede k dočasnému snížení efektivity práce, navýšení nákladů a ohrožení probíhajících operací.

Navržen byl i jiný formát kontroly zpravodajských služeb, a to cestou nezávislého kontrolního orgánu. Problémem je, že by tento orgán měl být složen z předsedů Ústavního soudu, Nejvyššího soudu, Nejvyššího správního soudu, prezidenta NKÚ a Veřejného ochránce práv. Neumím si představit dvě věci. Tou první je fakt, že by tito funkcionáři mohli mít odborné znalosti, zkušenosti či erudici s kontrolou zpravodajských služeb; tou druhou je otázka časová. Přezkoumání byť jen výročních zpráv by představovalo obrovskou zátěž, která by blokovala jejich hlavní předmět činnosti. Pochybuji, že by se takový zvláštní kontrolní orgán vůbec dokázal pravidelně scházet.

Ačkoliv je snaha o reformu chvályhodná, ještě chvályhodnější by bylo aplikování zásady „dvakrát měř a jednou řež“. Mají-li totiž poslanci či senátoři pocit, že nedrží kontrolu zpravodajských služeb pevně ve svých rukou, musejí definovat co je problémem a čeho chtějí dosáhnout. Naopak vláda je orgánem, který prostřednictvím současných legálních mechanismů může činnost zpravodajských služeb ovlivňovat a úkolovat je tak, aby jejich činnost byla co nejefektivnější (nehledě na to, že je adresátem výstupů zpravodajských služeb). Pouhé volání po větší transparentnosti zpravodajských služeb je protimluv.

6. ZÁVĚREM

Celá právní úprava postavení a činnosti zpravodajských služeb trpí funkční neprovázaností a lze říci, že i nesystematičností. Nahodilé a ad hoc novely²⁸ nepřispívají k tomu, aby bylo vytvořeno racionální a důvěryhodné normativní zázemí pro jejich činnost. Na stranu druhou lze registrovat pokusy o nastavování převratných změn a reorganizaci celého systému, který - zdá se - funguje. Náprava špatně fungujících mechanismů tak musí jít systémovou cestou evolučních, nikoliv revolučních změn a přihlídnout ke specifikům tuto oblast provázejícím. Reforma zpravodajských služeb nemůže být věcí veřejnou, o to víc by ale mělo být nasloucháno odborníkům²⁹ a poznatkům ze zahraničí. Prvním krokem by měl být audit efektivity, následovaný cestou interních opatření, rozšíření spolupráce zpravodajských služeb na stávající zákonné bázi a až tyto všechna tato opatření selžou, přijde i čas legislativních bouří. Ty by však měly být prostředkem ultima ratio.

Kontaktní údaje na autora – email:

vlastimil.gottinger@usoud.cz

²⁸ Zvlášť pozoruhodná je novelizace ZoS zákonem č. 342/2006 Sb., kterým se mění některé zákony související s oblastí evidence obyvatel a některé další zákony, jež do ZoS vložila nový § 11a. Tento paragraf se zcela nesystematicky věnuje poskytování údajů z informačního systému evidence obyvatel, a to takové podrobnosti (kontrastující s obecným vymezením činnosti zpravodajských služeb), že upravuje i poskytnutí údaje jako je „jméno, popřípadě jména, příjmení otce, matky, popřípadě jiného zákonného zástupce, a jejich rodné číslo, pokud jsou obyvateli; v případě, že jeden z rodičů nebo jiný zákonný zástupce nemá rodné číslo, jeho jméno, popřípadě jména, příjmení a datum narození“.

²⁹ Doporučuji k pozornosti např. článek Zeman, P.: Zpravodajské služby po 11. září, in Obrana a strategie, str. 63 a násl. nebo analýzu Karla Zetochy z Univerzity obrany na toto téma, dostupnou z www.natoaktual.cz/reforma-zpravodajskych-sluzeb-cr-dalsi-kapitola-nekonecneho-serialu-120-/na_analyzy.asp

AKTIVNÍ LEGITIMACE K PODÁNÍ NÁVRHU NA ZRUŠENÍ OPATŘENÍ OBECNÉ POVAHY DLE USTANOVENÍ § 101A SOUDNÍHO ŘÁDU SPRÁVNÍHO

EVA HAMPLOVÁ

Právnická fakulta Masarykovy univerzity, Česká republika

Abstrakt v rodném jazyce

Příspěvek reaguje na rozhodnutí Nejvyššího správního soudu, které se zabývá aktivní legitimačí k podání návrhu na zrušení opatření obecné povahy dle ustanovení § 101a soudního řádu správního. Kriticky hodnotí ztotožnění osob, které mohou podat námitky v řízení o vydání územního plánu s osobami aktivně legitimovanými iniciovat soudní přezkum územního plánu jako opatření obecné povahy.

Klíčová slova v rodném jazyce

Opatření obecné povahy, soudní přezkum, aktivní legitimače.

Abstract

The contribution is concerned to a provision of general character in decision of Supreme Administrative Court.

Key words

Provision of general character, active legitimation.

Opatření obecné povahy je v zásadě novým institutem zákona č. 500/2004 Sb., správní řád, ve znění pozdějších předpisů (dále také správní řád). Forma opatření obecné povahy jako konkrétního opatření s obecným okruhem adresátů pak byla využita v návaznosti na správní řád také v novém stavebním zákoně č. 183/2006 Sb., o územním plánování a stavebním řádu (stavební zákon), ve znění pozdějších předpisů (dále také stavební zákon). Právě tuto formu zvolil zákonodárce pro některé nástroje územního plánování, resp. pro územně plánovací dokumentaci (tj. pro zásady územního rozvoje, územní plán, regulační plán, stavební uzávěru, opatření o asanaci¹).

Již krátce po účinnosti stavebního zákona č. 183/2006 Sb. pak byly k Nejvyššímu správnímu soudu podány první návrhy na zrušení územních plánů či jejich změn podle ustanovení § 101a zákona č. 150/2002 Sb., soudního řádu správního, ve znění pozdějších předpisů. V současné chvíli tak dochází k vytváření ustálené judikatury.

Ve svém příspěvku bych se chtěla věnovat právě jednomu rozhodnutí Nejvyššího správního soudu ve věci návrhu na zrušení opatření obecné povahy. Kriticky pak chci zkoumat způsob, jakým se Nejvyšší správní soud vyrovnal s okruhem aktivně legitimovaných k podání návrhu na zrušení opatření obecné povahy v případě územního plánu.

¹ Úmyslně nyní pomímám politiku územního rozvoje, o které stavební zákon na rozdíl od ostatní územně plánovací dokumentace výslovně nestanoví, že se jedná o opatření obecné povahy. Osobně zastávám názor, že i v tomto případě se o opatření obecné povahy jedná, nicméně polemika, zda i politika územního rozvoje je či není opatřením obecné povahy, není smyslem tohoto příspěvku.

Usnesením 5 Ao 3/2008 – 27 ze dne 25. 6. 2008, zveřejněném na webových stránkách www.nssoud.cz. Nejvyšší správní soud odmítl návrh na zrušení opatření obecné povahy, o jehož vydání rozhodlo zastupitelstvo města Ostravy. Obsahem opatření obecné povahy byla změna grafické části Územního plánu města Ostravy, pokud jde o vymezení funkčních ploch v určitých lokalitách. Důvodem pro odmítnutí návrhu byl nedostatek aktivní legitimace navrhovatele, resp. navrhovatelů.

1. OBSAH ROZHODNUTÍ

Navrhovatel podal návrh nejprve jako zástupce veřejnosti dle ustanovení § 23 stavebního zákona². Nejvyšší správní soud jej následně vyzval, aby upřesnil, zda návrh podává svým jménem, nebo jako zástupce jiných osob a aby v takovém případě doložil plné moci, jimiž ho tyto osoby zmocňují k zastupování v řízení před Nejvyšším správním soudem o zrušení opatření obecné povahy. Z původního návrhu nebylo totiž zřejmé, zda měl navrhovatel v úmyslu návrh, jímž bylo zahájeno řízení před Nejvyšším správním soudem, podat jménem svým, nebo jako zástupce uvedených osob. Soud uvedl, že je „totiž třeba rozlišovat mezi zastoupením v řízení před Nejvyšším správním soudem a zastupováním ve smyslu § 23 odst. 3 stavebního zákona; plné moci, které navrhovatel původně předložil, ho opravňovaly pouze k tomu, aby jménem těchto osob podal námitky k navrhované změně územního plánu, a k projednání těchto námitek dle stavebního zákona, nikoliv však k tomu, aby uvedené osoby zastupoval v řízení před Nejvyšším správním soudem.“ Navrhovatel proto doložil zmocnění jím zastupovaných osob, z nichž některé byly tytéž, které zastupoval jako zástupce veřejnosti, některé zastupoval pouze před soudem.

Současně vyzval soud navrhovatele:

„aby konkrétně specifikoval, jakým způsobem byl napadeným opatřením obecné povahy zkrácen na svých právech, případně jakým způsobem byly na svých právech zkráceny jiné osoby, u nichž by doložil, že je v daném řízení zastupuje. Nejvyšší správní soud přitom odkázal na § 101a odst. 1 s. ř. s., podle něhož je návrh na zrušení opatření obecné povahy nebo jeho částí oprávněn podat ten, kdo tvrdí, že byl na svých právech opatřením obecné povahy, vydaným správním orgánem, zkrácen.“

Navrhovatelé uvedli, že zkrácení na svých právech spatřují v postupu při projednávání a schvalování návrhu změny územního plánu. Konkrétně byla dle jejich tvrzení v rozporu se zákonem zkrácena lhůta k prostudování návrhu, k řádné přípravě na veřejné projednání a k předání připomínek zástupci veřejnosti ve smyslu stavebního zákona, s nímž nemohli navrhovanou změnu řádně projednat. Navrhovatelům nebyl nový návrh územního plánu, který byl předložen k veřejnému projednání, znám, nebyl řádně vyvěšen na úředních deskách ani řádně projednán s orgány státní správy. Veřejné projednání bylo tudíž zmatečné. Ke zkrácení práv navrhovatelů došlo i následně tím, že na řádném zasedání zastupitelstva města Ostravy byla schválena původní neprojednávaná varianta.

² Dle ustanovení § 23 odst. 2 stavebního zákona: „Zástupcem veřejnosti může být fyzická nebo právnická osoba plně způsobilá k právním úkonům. Zástupce veřejnosti musí zmocnit nejméně jedna desetina občanů obce s méně než 2000 obyvateli nebo nejméně 200 občanů příslušné obce, kteří uplatňují věcně shodnou připomínku k návrhu, popřípadě konceptu územně plánovací dokumentace. Zástupce veřejnosti může zmocnit rovněž nejméně 500 občanů kraje nebo nejméně jedna desetina občanů kterékoli obce na území kraje s méně než 2000 obyvateli nebo nejméně 200 občanů obce na území kraje, pokud podali věcně shodnou připomínku k návrhu zásad územního rozvoje.“

Následné odůvodnění usnesení se pak zabývá právě problémem aktivní legitimace k podání návrhu na zrušení opatření obecné povahy, a to jak v obecné rovině, tak přímo ve vztahu k zástupci veřejnosti podle stavebního zákona. Cituji:

„Nejvyšší správní soud se v první řadě zabýval tím, zda jsou v dané věci splněny podmínky řízení, zejména, zda jsou navrhovatelé aktivně legitimováni k podání návrhu na zrušení předmětného opatření obecné povahy. Jak již bylo řečeno, aktivní legitimaci pro zvláštní druh řízení o zrušení opatření obecné povahy upravuje § 101a odst. 1 s. ř. s., podle něhož je návrh na zrušení opatření obecné povahy nebo jeho částí oprávněn podat ten, kdo tvrdí, že byl na svých právech opatřením obecné povahy, vydaným správním orgánem, zkrácen.

K výkladu zmíněného ustanovení existuje ustálená judikatura Nejvyššího správního soudu. Odpůrcem zmiňovaný rozsudek ze dne 28. 3. 2008, č. j. 2 Ao 1/2008 - 51 k této otázce uvádí: „Jakkoli opatření obecné povahy není ze své podstaty adresné, zákon v § 101a odst. 1, věta první s. ř. s. spojuje aktivní legitimaci navrhovatele s tvrzením, že byl na svých právech opatřením obecné povahy, vydaným správním orgánem, zkrácen. Na tomto místě je nutno uvést, že řízení vedené dle části třetí hlavy druhé dílu sedmého s. ř. s. je vystavěno na principu soudní ochrany proti opatření obecné povahy ve smyslu jeho právních účinků na sféru veřejných subjektivních práv navrhovatele (coby jeho potencionálního adresáta), nikoli proti způsobu jeho přijímání. (...) Z těchto důvodů tedy k meritornímu projednání návrhu nepostačí pouhé tvrzení o nedodržení stanoveného procesního postupu předcházejícího vydání opatření obecné povahy, není-li toto tvrzení spojeno s tvrzením zásahem do hmotně právní sféry navrhovatele. Obdobně by tomu bylo za situace, pokud by takový zásah tvrzen byl, avšak bez dalšího by jej bylo lze považovat za pojmově vyloučený.“

Obdobně rozsudek Nejvyššího správního soudu ze dne 24. 10. 2007, č. j. 2 Ao 2/2007 - 73, www.nssoud.cz, konstatuje, že citovaná zákonná úprava je založena na podmínce tvrzení porušení práv navrhovatele, přičemž k tomuto tvrzenému porušení muselo dojít přímo opatřením obecné povahy. Usnesení Nejvyššího správního soudu ze dne 30. 11. 2006, č. j. 2 Ao 2/2006 - 62, www.nssoud.cz, rovněž zdůrazňuje, že „pojmovým znakem opatření obecné povahy je to, že se jedná o správní akt s konkrétně určeným předmětem (vztahuje se k určité konkrétní situaci) a s obecně vymezeným okruhem adresátů. Jakkoliv však je tento okruh adresátů obecný, je třeba trvat na zákonném požadavku dotčení na právech napadeným opatřením obecné povahy. V tomto směru stojí za pozornost zdůraznit, že koncepce citovaného ustanovení § 101a s. ř. s. je založena na tvrzení existence zásahu do právní sféry dotčeného subjektu vydaným opatřením obecné povahy. Zákon tedy vychází z toho, že se jedná o procesní prostředek ochrany proti výslednému opatření obecné povahy, nikoliv proti procesu jeho přijímání. [Tím se ostatně i liší aktivní legitimace v žalobním řízení, upravená stejným zákonem (§ 65 odst. 1 s. ř. s.), založená na tvrzení porušení práv „přímo nebo v důsledku porušení svých práv v předcházejícím řízení úkonem správního orgánu, jímž se zakládají, mění, ruší nebo závazně určují jeho práva nebo povinnosti.] V řízení o návrhu na zrušení opatření obecné povahy tak je navrhovatel postižen břemenem tvrzení zasažení na svých právech výsledným správním aktem, přičemž teprve pokud je tato aktivní legitimace - a samozřejmě i další procesní podmínky - dána, je povinností soudu v rámci tohoto řízení přezkoumat jeho soulad se zákonem, tzn. konkrétně, zda ten, kdo je vydal, postupoval v mezích své působnosti a pravomoci a zda bylo vydáno zákonem stanoveným způsobem, přičemž není vázán právními důvody návrhu (§ 101d odst. 1 s. ř. s.).“

Konečně k dané otázce se vyjádřil i rozsudek Nejvyššího správního soudu ze dne 20. 6. 2007, č. j. 1 Ao 3/2007 - 60, www.nssoud.cz, když uvedl, že „v tomto zvláštním typu soudního řízení je přitom nutno důsledně trvat na požadavku reálně pravděpodobné aktivní věcné legitimace

navrhovatele. To konkrétně znamená, že za věcně projednatelný návrh nelze považovat i takový, v němž navrhovatel pouze tvrdí dotčení na svých právech, nýbrž takový, z něhož je patrné, že skutečné dotčení na existujících subjektivních veřejných právech podle okolností konkrétní věci je pravděpodobné. Pokud zjevně – s přihlédnutím ke konkrétním okolnostem případu - právní sféra navrhovatele dotčena nemohla být nebo je její dotčení velmi nepravděpodobné, není dána jeho aktivní legitimace k podání návrhu v tomto zvláštním typu řízení a tento návrh proto musí být odmítnut.“

Na základě dosavadní judikatury lze tedy shrnout, že k založení aktivní legitimace k podání návrhu na zrušení opatření obecné povahy dle § 101a odst. 1 s. ř. s. musí navrhovatel tvrdit, že byl na svých právech zkrácen přímo napadeným opatřením obecné povahy, nikoli toliko (na rozdíl od žaloby proti rozhodnutí správního orgánu dle § 65 a násl. s. ř. s.) řízením, které vydání opatření obecné povahy předcházelo. Z toho tudíž vyplývá, že navrhovatel musí tvrdit dotčení na svých právech hmotných, nepostačí tvrzení, že byla v daném řízení o vydání opatření obecné povahy porušena jeho procesní práva. To neznamena, že by procesní námitky navrhovatele byly v každém případě nepřijatelné. Jak vyplývá z § 101d odst. 1 s. ř. s., přezkoumává Nejvyšší správní soud (i z úřední povinnosti) rovněž to, zda napadené opatření obecné povahy bylo vydáno zákonem stanoveným způsobem, může tak však činit až v rámci meritorního přezkumu opatření obecné povahy, tedy pouze v případě, jsou-li splněny veškeré podmínky řízení, včetně aktivní legitimace navrhovatele, která je v § 101a odst. 1 s. ř. s. založena, jak již bylo řečeno, na tvrzení navrhovatele o tom, že byla dotčena jeho práva hmotná. Zároveň musí jít o dotčení pravděpodobné, či alespoň možné, pouhé tvrzení zkrácení na subjektivních právech, byť by se jednalo o subjektivní práva hmotná, nepostačí tam, kde je takové dotčení pojmově vyloučeno.

V daném případě směřoval okruh námitek stěžovatelů jednak k postupu při projednávání předmětného návrhu na změnu územního plánu, kdy se navrhovatelé cítili zkráceni na svých právech v řízení o územním plánu tím, že byla podle jejich tvrzení veřejně projednána jiná verze návrhu, než ta, která byla posléze schválena. Tyto námitky se tedy týkaly tvrzeného porušení výhradně procesních práv navrhovatelů. Druhý okruh námitek sice směřoval k porušení převážně hmotněprávních ustanovení, konkrétně ustanovení zákona o ochraně zemědělského půdního fondu, netýkal se však vůbec subjektivních práv navrhovatelů, navrhovatelé nespécifikovali, jak by jejich hmotněprávní sféra mohla být tvrzeným porušením uvedeného zákona zasažena.

Nelze se ani divit tomu, že navrhovatelé zkrácení na svých subjektivních hmotných právech netvrdili, neboť již z jejich postavení, které měli v řízení o územním plánu, vyplývá, že takové tvrzení uplatnit ani nemohli. Institut zástupce veřejnosti byl totiž začleněn do nového stavebního zákona právě z toho důvodu, aby poskytl možnost zapojit se do řízení o vydání územně plánovací dokumentace a vyjádřit své připomínky i těm, kteří příslušným návrhem územně plánovací dokumentace na svých právech přímo dotčeni nejsou (...). Podle § 52 odst. 2 stavebního zákona mohou námitky proti návrhu územního plánu podat pouze vlastníci pozemků a staveb dotčených návrhem veřejně prospěšných staveb, veřejně prospěšných opatření a zastavitelných ploch a zástupce veřejnosti, ostatní osoby mohou v souladu s § 52 odst. 3 stavebního zákona uplatnit připomínky. Rozdíl mezi námitkou a připomínkou je v tom, že s uplatněnými námitkami se musí pořizovatel vypořádat tak, že o nich musí zpracovat zvláštní návrh rozhodnutí (§ 53 odst. 1 stavebního zákona), které je schvalováno společně s návrhem územního plánu a je dle § 172 odst. 5 zákona č. 500/2004 Sb., správní řád (dále jen „správní řád“) součástí odůvodnění opatření obecné povahy.

Zákon tedy důsledně rozlišuje osoby, jejichž práva a povinnosti jsou návrhem územního plánu přímo dotčeny, a ostatní, přičemž první skupině osob přiznává v řízení o územním plánu privilegované procesní postavení. Ostatní zájemci o účast na řízení o územním plánu, kteří na svých právech přímo dotčení nejsou, ovšem mohou společně vytvořit dostatečně početnou skupinu dle § 23 stavebního zákona a zvolit si ze svého středu svého zástupce, tedy zástupce veřejnosti, který potom bude mít v řízení o územním plánu shodné postavení jako dotčené osoby a s jehož námitkami, které představují společné připomínky všech jím zastupovaných osob, musí být zacházeno stejně jako s námitkami dotčených osob

V daném případě měl navrhovatel ad 1) v řízení o návrhu změny územního plánu postavení zástupce veřejnosti a většina ostatních navrhovatelů patřila mezi osoby, jež ho v daném řízení k jednání jakožto zástupce veřejnosti zmocnily. Z toho je ovšem také zřejmé, že tito navrhovatelé nemohli v řízení o návrhu na zrušení předmětného opatření obecné povahy tvrdit ani prokázat dotčení na svých právech, neboť právě patří ke skupině osob, které dotčeny nejsou. Význam a prospěšnost institutu zástupce veřejnosti v řízení o územně plánovací dokumentaci jsou zřejmé, (...). Zároveň je ovšem třeba konstatovat, že uvedený institut nebyl promítnut do právní úpravy soudního přezkoumání opatření obecné povahy, tedy do soudního řádu správního (§ 101a až § 101d s. ř. s.).“

2. PROBLÉM CITOVANÉHO ROZHODNUTÍ

Obsah rozhodnutí lze dle mého soudu shrnout do následujících tezí:

Aktivně legitimován je pouze ten, kdo tvrdí zásah do své hmotně právní sféry v důsledku vydání opatření obecné povahy. Zásah do procesních práv nepostačuje k aktivní legitimaci.

Tvrzený zásah musí být pravděpodobný.

Zástupce veřejnosti podle stavebního zákona má při vydávání územního plánu pouze procesní práva.

Tvrdit zásah do sféry hmotně právní mohou pouze ti, kterým stavební zákon při řízení o vydání územního plánu přiznává námitky.

Jádrem rozhodnutí soudu bylo vypořádání se s institutem zástupce veřejnosti dle stavebního zákona a definování jeho postavení v návaznosti na soudní přezkum územního plánu jako opatření obecné povahy. Z tohoto hlediska poskytl soud podrobnou argumentaci, proč zástupci veřejnosti nelze aktivní legitimaci podle ustanovení § 101a odst. 1 soudního řádu správního přiznat. Z tohoto pohledu hraje poslední teze pouze roli doplňující. Přesto v ní spatřuji zásadní problém, kterým mne vedl k napsání tohoto příspěvku.

Domnívám se totiž, že v tomto případě se soud dopustil určitého zjednodušení, které by ve svém důsledku mohlo vést k odmítnutí práva. Soud zde ztotožnil vlastníky pozemků a staveb dotčených návrhem veřejně prospěšných staveb, veřejně prospěšných opatření a zastavitelných ploch³ s těmi, kdo mohou podat návrh na zrušení opatření obecné povahy podle ustanovení § 101a odst. 1 soudního řádu správního, neboť jenom takoví vlastníci pozemků mohou být dotčeni, resp. zkráceni ve svých právech. Domnívám se, že se zde soud dopustil zužujícího výkladu.

³ Viz ustanovení § 52 odst. 2 stavebního zákona

Stavební zákon totiž pro možnost podat námitky proti územnímu plánu vyžaduje dvě podmínky:

- dotčení na právech
- existence návrhu veřejně prospěšných staveb, veřejně prospěšných opatření a zastavitelných ploch, v jehož důsledku k dotčení může dojít (určitý kvalifikovaný způsob dotčení konkrétními opatřeními)

Naproti tomu soudní řád správní zná pro možnost podat návrh na zrušení opatření obecné povahy podmínku jedinou:

tvrzené zkrácení na právech v důsledku vydání opatření obecné povahy (jako celku)

Ukažme si, zda může reálně existovat osoba či skupina osob, která splní podmínku pro podání návrhu na zrušení územního plánu, aniž by současně byla takovým účastníkem řízení o vydání opatření obecné povahy, který je dle stavebního zákona oprávněn podat námitky.

Domnívám se, že lze konstruovat přinejmenším dva případy, kdy to možné je. Za první návrh územního plánu v situaci, kdy obec zanikne platnost dosavadní územně plánovací dokumentace (např. územně plánovací dokumentace sídelního útvaru nebo zóny). Může dojít k tomu, že v navrhovaných zastavitelných plochách budou chybět pozemky, které byly určeny k zastavění podle již neplatné územně plánovací dokumentace. Není ani vyloučeno, že na těchto pozemcích již na základě předchozích povolení proběhly přípravné práce na pozdější využití pozemků (např. jejich zasíťování), které se nyní stává nemožné. Problém zde tedy spočívá v nenavržení pozemku do určitého funkčního zařazení.

Druhým případem je situace, kdy do nově navrhované plochy k zastavění budou zahrnuty pozemky zcela obklopující jiný pozemek, který bude bez odpovídajících důvodů opominut (doc. Průcha to v debatě na dané téma výstižně nazval „dírou v ementálu“). I zde je tak problémem nenavržení pozemku do určitého funkčního využití, Variací na druhý případ bude obklopení pozemku pozemky, na nichž budou navrženy výhradně veřejně prospěšné stavby či veřejně prospěšná opatření, která výrazně modifikují výkon vlastnického práva k takto obklopenému pozemku. V této variantě tkví problém v tom, že veřejně prospěšné stavby či opatření se nevztahují k pozemku, jenž je „dírou v ementálu“

Přistoupíme-li k argumentaci soudu, že pouze vlastníci pozemků a staveb, kteří jsou dotčeni návrhem pozemků a staveb dotčených návrhem veřejně prospěšných staveb, veřejně prospěšných opatření a zastavitelných ploch, mohou podat návrh na zrušení územního plánu, máme dvě řešení:

- odmítnout návrh vlastníků „nenavržených“ pozemků jako nepřípustný (což dle mého názoru nepřipadá v úvahu, neboť dotčení právní sféry takových vlastníků pozemků zde dáno je)
- vykládat širěji okruh účastníků řízení o vydání opatření obecné povahy podle stavebního zákona, a to ve smyslu zvažování dotčení pozemků v důsledku jejich nezařazení do určitých funkčních ploch

Druhá možnost se zdá být elegantním řešením, jde však pouze o řešení zdánlivé. Posuzování pozemků jako dotčených „nenavržením“ by se přesunulo na úřady územního plánování, což zřejmě nebylo cílem zákonodárce (z dikce ustanovení § 52 odst. 3 stavebního zákona⁴ lze dovodit, že za pozemky či stavby dotčené návrhem veřejně prospěšných staveb či opatření a zastavitelných ploch jsou považovány pozemky, na nichž takové stavby či opatření nebo zastavitelné plochy mají být navrženy), a což by také stejně nemohlo vyloučit pozdější odlišný názor soudu na dotčené pozemky či stavby.

3. ZÁVĚR

Mám za to, že ztotožnění osob aktivně legitimovaných k podání návrhu na zrušení územního plánu jako opatření obecné povahy s účastníky řízení o vydání územního plánu, kteří mohou podat námitky, je zavádějící. Dle mého soudu nelze vyloučit dotčení a zásah do hmotně právní sféry i takových osob, které v řízení o vydání územního plánu neměli k dispozici námitky. Osoby aktivně legitimované podle ustanovení § 101a soudního řádu správního a účastníci řízení o vydání územního plánu dle ustanovení § 52 stavebního zákona jsou dvě svébytné kategorie, jejichž výklad v zásadě přísluší dvěma orgánům veřejné moci – v prvním případě pouze soudu a ve druhém správnímu orgánu a soudu; tomu pak tam, kde se tato druhá kategorie protne s kategorií první.

Literatura:

- Usnesení Nejvyššího správního soudu sp.zn. 5 Ao 3/2008 – 27 ze dne 25. 6. 2008, zveřejněné na webových stránkách www.nssoud.cz

Kontaktní údaje na autora – email:

hamplova@ochrance.cz

⁴ „Nejpozději při veřejném projednání může každý uplatnit své připomínky a dotčené osoby podle odstavce 2 námitky, ve kterých musí uvést odůvodnění, údaje podle katastru nemovitostí dokladující dotčená práva a vymezit území dotčené námitkou.“

EVROPEIZACE SPRÁVNÍHO PRÁVA PROSTŘEDNICTVÍM SPRÁVNĚ RELEVANTNÍHO JEDNÁNÍ EVROPSKÝCH AGENTUR

JAKUB HANDRLICA

Právnická fakulta UK v Praze, Česká republika

Abstrakt v rodném jazyce

Evropeizace českého správního práva prostřednictvím komunitární legislativy patří k diskutovaným otázkám recentní administrativistiky. Příspěvek se věnuje tomu, jakou správně relevantní činnost vykonávají evropské agentury, dále klasifikaci forem jednání těchto institucí a implikacemi pro členské státy ES (např. povolovací řízení, řetězení správních aktů v rámci ES atd.).

Klíčová slova v rodném jazyce

Agentury Evropského společenství, evropeizace správního práva, evropské správní právo, Interinstitucionální dohoda o vytvoření právního rámce pro zřizování evropských agentur, Meroni Doctrine.

Abstract

Currently, the process of Europeization of the Czech Administrative Law is widely discussed and analyzed in the Czech Administrative Science. This contribution deals with classification of the administrative competencies of the European Agencies into several groups (decision making, quasi regulatory, coordinating agencies) with a special scope on identifying limits for establishing such institutions and their relevance for EU Member States.

Key words

European agencies, European Administrative Law, Meroni Doctrine, Interinstitutional Agreement concerning a framework for Establishing European Agencies.

1. ÚVOD

České správní právo je postupem času více a více konfrontováno se skutečností, že členství České republiky v Evropské unii přináší nejen nové aspekty v oblasti správního práva hmotného práva, ale také v oblasti práva institucionální organizace orgánů moci výkonné. Tuto skutečnost vyjádřil již před zhruba desetiletím tehdejší profesor veřejného práva v Bonnu a dnes soudce Evropského soudního dvora *Thomas von Danwitz* v tom smyslu, že představa práva organizace orgánů moci výkonné jako *domaine reservée* jednotlivých členských států Evropského společenství již patří minulosti.¹ Tento výrok byl následujícím vývojem potvrzen. Skutečností zůstává, že aplikace komunitárního práva je dodnes v zásadě vykonávána orgány jednotlivých členských států Společenství (tzv. nepřímý výkon).² Vedle ovšem existuje nezanedbatelný okruh případů, kdy je komunitární právo vykonáváno přímo Evropskou komisí (tzv. přímý výkon). Navíc probíhá již několik let proces formování

Článek byl vypracován v rámci grantu Grantové akademie UK č. 257046.

¹ Danwitz, Thomas: *Verwaltungsrechtliches System und Europäische Integration*, Verlag Mohr Siebeck, Schriftenreihe Jus Publicum 17, Tübingen 1996, 203.

² Möllers, Christoph: *Durchführung des Gemeinschaftsrechts - Vertragliche Dogmatik und theoretische Implikationen*, EuR 2002, 483 an.

specializovaných evropských agentur (*agencies*). Jedná se o specializované jednotky, disponující zpravidla právní subjektivitou. Jenom v rámci tzv. prvního pilíře dnes působí více než 20 těchto agentur. Evropská komise navíc během posledních měsíců publikovala své návrhy na zřízení Evropského úřadu pro elektronické komunikace (*European Electronic Communications Market Authority*)³ a Agentury pro kooperaci energetických regulačních orgánů (*Agency for the Cooperation of Energy Regulators*).⁴ Jednotlivé agentury nemají v současnosti jenom koordinační a promoční povahu, v mnoha případech je jim přiznána pravomoc v oblasti výkonu dozoru a autorizace. To má za následek, že nejenom české správní orgány, ale i jednotliví občané mohou přijít do styku s činností těchto agentur. Následující příspěvek si dává za cíl stručně poukázat na jednotlivé aspekty této problematiky a vzhledem k tomu, že existence těchto orgánů nebyla v české literatuře obsírněji diskutována, i na existující zahraniční literaturu.⁵ Text se zaměří jenom na agentury, které byly zřízeny v rámci tzv. prvního pilíře Evropské unie (tj. v rámci aktivit Evropského společenství a Evropského společenství atomové energie).

2. K POJMU „AGENTURA“

V případě pojmu „agentura“ (*agency*) se spíše než o terminus technicus jedná o označení určité jednotky (*omnibus label*).⁶ Pojem *agency* vymezuje pro oblast amerického federálního práva United States Administrative Procedure Act (APA) jako:⁷

„součást moci výkonné, která je samostatná ve výkonu svých funkcí a má zákonem založenou pravomoc vydávat konečná a závazná rozhodnutí, týkající se práv a povinností jednotlivců.“

Pod pojmem „agentury Společenství“ se rozumějí jednotky, pověřené zvláštními úkoly výkonné povahy a odlišné od Evropské komise, které představuje ústřední výkonný orgán Společenství.⁸ Pojem „agentura“ představuje i v evropském právu nadřazený pojem (*omnibus label*) a jednotlivé tyto agentury mohou být sami o sobě označeny různými názvy (*agency, european centre, european foundation, office, authority*).⁹ Agentury disponují širokou škálou pravomocí. Některé z nich byly zřízeny zejména za účelem koordinace politik a činností, výměny informací a propagace evropských programů. Jiné ovšem disponují i oprávněními v oblasti správního dozoru, autorizace produktů, vydávání podkladových stanovisek k pozdějšímu rozhodnutí Komise a vydávání rozhodnutí přímo závazných pro jednotlivce. Jsou tedy prostředkem přímého výkonu evropského komunitárního práva. Zvláštní pravomoci

³ COM (2007) 699 rev 2.

⁴ COM (2007) 530 final.

⁵ Dobrý přehled problematiky v současnosti představují následující knižní publikace: Gerardin, D., Munoy, R., Petit, N. (Eds.): *Regulation through Agencies: A New Paradigm of European Governance*, Edward Elgar, Cheltenham 2005; Pollack, M.: *The Engine of European Integration: Delegation, Agency, and Agenda Setting in the EU*, Oxford University Press, Oxford 2003; Zwart, T., Verhey, L. (Eds.): *Agencies in European and Comparative Law*, Intersentia, Antwerp 2003.

⁶ Kelleman, D.: *The Politics of „Eurocratic“ Structure and the new European Agencies*, West European Politics, October 2002, 93; Majone, G.: *Managing Europeanisation: The European Agencies*, in Peterson, J.; Shackleton, M. (eds.): *The institutions of the European Union*. Oxford University Press. Oxford 2006, 19.

⁷ Farnsworth, A.: *An Introduction to the Legal System of the United States*. 3. Ed. Parker School of Foreign and Comparative Law. Oceana Publications, Inc. New York 1996, 148 an.

⁸ Craig, P.: *European Administrative Law*, Oxford University Press, Oxford 2006, 150 an.

⁹ Voss, E.: *Reforming the European Commission: What role to play for EU agencies?* CMLR (37) 2000, 1113.

byly přiznány Evropské agentuře pro zásobování (Euratom Supply Agency), která disponuje smluvním monopolem na nákup rud a štěpných materiálů v oblasti jaderné energetiky. Pro všechny existující agentury je charakteristické, že disponují právní subjektivitou, jsou v zásadě kolegiální povahy, je pro ně charakteristická jistá míra organizační a finanční (rozpočtová) nezávislosti a byly zřízeny nařízením Rady, které vymezuje jejich pravomoci a vztah k jiným orgánům Společenství. Výjimkou je výše zmíněná Evropská agentura pro zásobování, která byla zřízena přímo dokumentem primárního práva (Smlouvou o založení Euratomu). Na činnost těchto agentur pamatuje i Charta základních práv EU, která je zavazuje dbát při výkonu svých úkolů jednotlivých základních práv EU.¹⁰ Obsáhlým pokusem o jistou formu kodifikace práva evropských agentur pro futuro v současnosti představuje návrh Interinstitucionální dohody Evropského parlamentu, Rady a Evropské komise o vytvoření rámce pro evropské regulační agentury ze dne 25. 2. 2005,¹¹ o kterém bude obšírněji pojednáno níže. Uvedený návrh také obsahuje také (pokus o) vymezení samotného pojmu evropské agentury, který je následovný:

„Evropská regulační agentura tedy může být definována jako nezávislý právní subjekt vytvořený zákonodárcem s cílem podílet se na regulaci určitého odvětví v evropském měřítku a na provádění politiky Společenství. Těmito úkoly přispívá ke zlepšení způsobu, jakým jsou pravidla prováděna a uplatňována v celé EU. Účastní se tedy aktivně na uplatnění výkonné funkce na úrovni Společenství.“

3. VÝVOJOVÉ KONSEKVENCE

3.1 VLIV SPOJENÝCH STÁTŮ AMERICKÝCH

První a dodnes existující evropská agentura byla zřízena přímo dokumentem primárního práva, Smlouvou o založení Evropského společenství atomové energie (Treaty establishing the European Atomic Energy Community, Traité instituant la Communauté européenne de l'énergie atomique). U zrodu Evropské agentury pro zásobování (Euratom Supply Agency) stála intervence Spojených států¹² během jednání o budoucí podobě Evropského společenství atomové energie. Podmínkou pro budoucí dodávky surovin, nezbytných pro fungování jaderné energetiky ze strany Spojených států, totiž bylo, aby budoucí Evropské společenství atomové energie přijalo centralizovaný systém zásobování těmito surovinami. Koncepce Evropské agentury pro zásobování pak byla značně ovlivněna americkým United States Atomic Energy Act 1954 a strukturou americké US Atomic Energy Commission (USAEC).¹³

3.2 PRVNÍ VLNA ZŘIZOVÁNÍ EVROPSKÝCH AGENTUR (70. LÉTA)

V rámci činností Evropského hospodářského společenství byly první agentury zřízeny během 70. let. Byly jim uloženy zejména úkoly v oblasti koordinace činností v některých

¹⁰ Čl. 51 odst. 1 Charty základních práv EU.

¹¹ Majone, G.: *Managing Europeanisation: The European Agencies*, in Peterson, J.; Shackleton, M. (eds.): *The institutions of the European Union*. Oxford University Press. Oxford 2006

¹² Geradin, D.: *The Development of European Regulatory Agencies: Lessons from the American Experience*, Gerardin, D., Munoy, R., Petit, N. (Eds.): *Regulation through Agencies: A New Paradigm of European Governance*, Edward Elgar, Cheltenham 2005, 215 an.

¹³ Guillen, P.: *La France et la négociation des traités de Rome: l'Euratom* a Weilemann, P.: *Die Deutsche Haltung während der Euratom – Verhandlungen*, oba příspěvky in Serra, E. et al.: *Il rillaccio dell'Europa e I Trattati di Roma*, Bruylant, Brussels, 513 an.; 531 an.

specifických oblastech a podpora vybraných evropských programů. Jednalo se o Evropské centrum pro rozvoj odborného vzdělávání (European Centre for the Development of Vocational Training, Cedefop)¹⁴ a Evropské nadace pro zlepšení životních a pracovních podmínek (European Foundation for the Improvement of Living and Working Conditions, EUROFOUND).¹⁵

3.3 DRUHÁ VLNA ZŘIZOVÁNÍ EVROPSKÝCH AGENTUR (90. LÉTA)

Proces zakládání evropských agentur nabyl větších rozměrů během 90. let. I agentury založené v tomto období disponují většinou pravomocí v oblasti koordinace činností a jenom zřídka jim byla přiznána pravomoc vydávat rozhodnutí přímo závazná pro jednotlivce. V tomto období byla založena Evropská agentura pro životní prostředí (European Environmental Agency, EEA),¹⁶ Úřad pro harmonizaci ve vnitřním trhu (Office for the Harmonisation in the Internal Market, OHIM),¹⁷ Odrůdový úřad Společenství (Community Plant Variety Office, CPVO),¹⁸ Evropská agentura pro hodnocení léčivých přípravků (European Medicines Agency, EMEA)¹⁹ a Evropská agentura pro obnovu (European Agency for Reconstruction, EAR).²⁰

3.4 TŘETÍ VLNA ZŘIZOVÁNÍ EVROPSKÝCH AGENTUR (PO R. 2000)

V rámci „třetí vlny“ byly po r. 2000 zřízeny další evropské agentury: Evropský úřad pro bezpečnost potravin (European Food Safety Authority, EFSA),²¹ Evropská agentura pro námořní bezpečnost (European Maritime Safety Agency, EMSA),²² Evropská agentura pro bezpečnost letectví (European Aviation Safety Agency, EASA),²³ Evropská agentura pro

¹⁴ Nařízení Rady (EHS) č. 337/75 ze dne 10. února 1975 o zřízení Evropského střediska pro rozvoj odborného vzdělávání, Úřední věstník L 039, 13/02/1975, 1 – 4.

¹⁵ Nařízení Rady (EHS) č. 1365/75 ze dne 26. května 1975 o založení Evropské nadace pro zlepšení životních a pracovních podmínek, Úřední věstník L 139, 30/05/1975, 1 – 4.

¹⁶ Nařízení Rady (EHS) č. 1210/90 ze dne 7. května 1990 o zřízení Evropské agentury pro životní prostředí a Evropské informační a pozorovací sítě pro životní prostředí, Úřední věstník L 120, 11/05/1990, 1 – 6.

¹⁷ Nařízení Rady (ES) č. 40/94 ze dne 20. prosince 1993 o ochranné známce Společenství, Úřední věstník L 11, 14/01/1994, 1 – 36.

¹⁸ Nařízení Rady (ES) č. 2100/94 ze dne 27. července 1994 o odrůdových právech Společenství, Úřední věstník L 227, 01/09/1994, 1 – 30.

¹⁹ Nařízení Rady (EHS) č. 2309/93 ze dne 22. července 1993, kterým se stanoví postupy Společenství pro registraci a dozor nad humánními a veterinárními léčivými přípravky a kterým se zakládá Evropská agentura pro hodnocení léčivých přípravků, Úřední věstník L 214, 24/08/1993, 1 – 21.

²⁰ Nařízení Rady (ES) č. 2454/1999 ze dne 15. listopadu 1999, kterým se mění nařízení Rady (ES) č. 1628/96 o pomoci pro Bosnu a Hercegovinu, Chorvatsko, Jugoslávii a bývalou jugoslávskou republiku Makedonii a kterým se zakládá Evropská agentura pro obnovu, Úřední věstník L 299, 20/11/1999, 1 – 8.

²¹ Nařízení Evropského parlamentu a Rady (ES) č. 178/2002 ze dne 28. ledna 2002, kterým se stanoví obecné zásady a požadavky potravinového práva, zřizuje se Evropský úřad pro bezpečnost potravin a stanoví postupy týkající se bezpečnosti potravin, Úřední věstník L 31, 01/02/2002, 1 – 24.

²² Nařízení Evropského parlamentu a Rady (ES) č. 1406/2002 ze dne 27. června 2002, kterým se zřizuje Evropská agentura pro námořní bezpečnost, Úřední věstník L 208, 05/08/2002, 1 – 9.

²³ Nařízení Evropského parlamentu a Rady (ES) č. 1592/2002 ze dne 15. července 2002 o společných pravidlech v oblasti civilního letectví a o zřízení Evropské agentury pro bezpečnost letectví, Úřední věstník L 240, 07/09/2002, 1 – 21.

železnice (European Railway Agency, ERA),²⁴ Evropský úřad pro dohled nad globálním navigačním družicovým systémem (European GNSS Supervisory Authority, EGSA)²⁵ a Agentura Společenství pro kontrolu rybolovu (Community Fisheries Control Agency, CFCA).²⁶ Nejnověji byla zřízena ještě Evropská agentura pro chemické látky (European Chemicals Agency).²⁷

Jak bylo zmíněno v úvodu, v současnosti existují návrhy Evropské komise na zřízení Evropského úřadu pro elektronické komunikace (European Electronic Communications Market Authority),²⁸ který by měl být příslušný pro oblast evropských telekomunikačních trhů. Navrhovaná Agentura pro kooperaci energetických regulačních orgánů (Agency for the Cooperation of Energy Regulators)²⁹ má působit v oblasti evropských trhů s elektrickou energií a zemním plynem. Jejich pravomoci jsou zejména v oblasti koordinace, vydávání doporučení a stanovisek. Návrhy ovšem počítají i s několika případy, kdy budou tyto agentury disponovat pravomocí vydat závazná rozhodnutí v konkrétní věci.

4. PRÁVNÍ ZÁKLAD PRO ZŘÍZOVÁNÍ EVROPSKÝCH AGENTUR A JEJICH ČINNOST

4.1 DERIVACE Z ČL. 308 SMLOUVY O ZALOŽENÍ

Agentury první a druhé fáze (tj. ty, které byly zřízeny během 70. – 90. let) byly – s výjimkou Evropské agentury pro životní prostředí (European Environmental Agency, EEA) – zřizovány na základě čl. 308 Smlouvy o založení Evropského společenství.³⁰ Uvedené ustanovení vymezuje tzv. dodatečné pravomoci Společenství, pro případ, že Společenství musí něco učinit k dosažení některého ze svých cílů v rámci společného trhu a Smlouva mu k tomu neposkytuje nezbytné pravomoci. V tomto případě má učinit Rada na návrh Evropské komise a po konzultaci s Evropským parlamentem vhodná opatření.³¹ Evropská komise se ovšem ve svém sdělení) ze dne 11. 12. 2002, nazvaném Operační rámec pro evropské regulační agentury (The operating framework for the European Regulatory Agencies),³² vyjádřila v tom

²⁴ Nařízení Evropského parlamentu a Rady (ES) č. 881/2004 ze dne 29. dubna 2004 o zřízení Evropské agentury pro železnice (nařízení o agentuře), Úřední věstník *L 164*, 30/04/2004, 1 – 43.

²⁵ Nařízení Rady (ES) č. 1321/2004 ze dne 12. července 2004 o zřízení řídicích struktur pro evropské družicové navigační programy, Úřední věstník *L 246*, 20/07/2004, 1 – 9.

²⁶ Nařízení Rady (ES) č. 768/2005 ze dne 26. dubna 2005, kterým se zřizuje Agentura Společenství pro kontrolu rybolovu a mění nařízení (EHS) č. 2847/93 o zavedení kontrolního režimu pro společnou rybářskou politiku, Úřední věstník *L 128*, 21/05/2005, 1 - 14

²⁷ Nařízení Evropského parlamentu a Rady (ES) č. 1907/2006 ze dne 18. prosince 2006 o registraci, hodnocení, povolování a omezování chemických látek, o zřízení Evropské agentury pro chemické látky, o změně směrnice 1999/45/ES a o zrušení nařízení Rady (EHS) č. 793/93, nařízení Komise (ES) č. 1488/94, směrnice Rady 76/769/EHS a směrnic Komise 91/155/EHS, 93/67/EHS, 93/105/ES a 2000/21/ES, Úřední věstník *L 396*, 30/12/2006, 1.

²⁸ COM (2007) 699 rev 2.

²⁹ COM (2007) 530 final.

³⁰ Majone, G.: *The rise of statutory regulation in Europe*, in Majone, G. (Ed.): *Regulating Europe* (European Public Policy), Routledge, New York 1996, 47 an.

³¹ Kreher, A.: *Agencies in the European Community – A Step towards Administrative Integration in Europe*, (4) *Journal of European Public Policy* 1997, 225 an.

³² COM (2002), 718 final.

smyslu, že v budoucnu již nebudou agentury zřizované na základě čl. 308 Smlouvy o ES, ale na základě jednotlivých specifických ustanovení Smlouvy, týkajících se jednotlivých politik:

„V případě, že regulační agentura slouží jako nástroj k prosazení určitého komunitárního opatření, musí se právní akt, který zakládá takovou agenturu, opírat o to ustanovení Smlouvy o založení, které upravuje dotčenou komunitární politiku. Právě tento přístup byl v poslední zvolen při zřizování regulačních agentur pro oblast potravinářství a dopravy. Při zřizování těchto agentur se evropský zákonodárce odchýlil od dosavadní praxe vytvářet agentury Společenství na základě čl. 308 Smlouvy o založení a sáhl po specifických ustanoveních primárního práva, upravujících jednotlivé politiky Společenství.“

4.2 TZV. MERONI DOCTRIN

Čl. 7 Smlouvy o založení ES obsahuje výčet orgánů, které uskutečňují Společenství svěřené úkoly. Jsou nimi Evropský parlament, Rada, Evropská komise, Evropský soudní dvůr a Účetní dvůr. Každý z těchto orgánů jedná v mezích pravomocí, svěřených mu touto smlouvou. Na otázku, jestliže je výčet těchto orgánů ve Smlouvě konečný (*numerus clausus*), anebo jestliže a za jakých podmínek je přípustné zřizovat orgány další, odpověděl poprvé Evropský soudní dvůr ve svém rozhodnutí *Meroni vs. High Authority* a to následujícím způsobem:³³

„*Orgán nemůže dále delegovat pravomoci jiného obsahu, než jaké mu byly zvěřeny Smlouvou o založení (obecná zásada).*

Delegace pravomocí se musí omezovat na přesně vymezení okruh úkolů (clearly defined executive powers), kterých výkon bude kontrolován delegujícím orgánem.

Delegace vrchnostenských pravomocí není v zásadě předpokládána. V případě, že k ní orgán Společenství sáhne, musí tak udělat prostřednictvím rozhodnutí, ve kterém tato delegace bude výslovně vyjádřena (the delegating authority must take an express decision transferring them).

Delegace pravomocí rozhodovat s diskreční pravomocí na orgány odlišné od těch, které jsou vyjmenovány ve Smlouvě, by mělo za následek narušení v čl. 3 Smlouvy předvídané garance rovnováhy mocí.“³⁴

Uvedené rozhodnutí se sice týkalo institucionálního práva dnes již neexistujícího Evropského společenství uhlí a oceli, nicméně položilo základy pro tzv. Meroni Doctrine, podle které je v zásadě možná pouze delegace omezených pravomocí na orgány, které nejsou upraveny v dokumentech primárního práva a naopak je nepřípustná delegace kompetencí, v rámci kterých by delegovaný orgán disponoval diskreční pravomocí.³⁵ Tato doktrína byla později potvrzena i navazující judikaturou Evropského soudního dvora.³⁶

³³ Majone, G.: *Two Logics of Delegation. Agency and Fiduciary Relations in EU Governance*, (2) European Union Politics 2001, 103.

³⁴ 9/56 *Meroni & Co. v High Authority of the European Coal and Steel Community*, ECR. 1957 – 58, 133.

³⁵ Baldwin, R.: *Regulatory Legitimacy in the European context: the British Health and Safety Executive*, in Majone, G. (Ed.): *Regulating Europe (European Public Policy)*, Routledge, New York 1996, 83.

³⁶ 18/62 *Barge vs. High Authority*, ECR. 1962, 565; 30/65 *Macchiorlati Dalmas vs. High Authority*, ECR. 1966, 50; C – 249/87 *Mulfinger vs. Commission*, ECR. 1989, 4127; C – 301/02 *Tralli vs. ECD*, ECR. 2005, I – 4071; T – 369/99 *Dir International*, ECR. 2000, I – 497.

Jak bylo uvedeno výše, jedná se v případě evropských agentur o orgány, vybavené různými druhy pravomocí. Jenom některým z nich byla přiznána pravomoc vydávat závazné akty aplikace práva v konkrétních případech. Tak je tomu v případě Úřadu pro harmonizaci ve vnitřním trhu, Odrůdového úřadu Společenství a Evropské agentury pro bezpečnost letectví. Evropská komise se k této formě přímého výkonu komunitárního práva vyjádřila v následujícím smyslu:

„Bílá kniha o evropském vládnutí (*White Book on European Governance*) vzhledem k vysloveně technické povaze evropských agentur a vzhledem k základním principům komunitárního práva akční rádius agentur s rozhodovací pravomocí in concreto značně limituje. Agentury mohou být zřízeny zejména v oblastech, kde pro to existuje určitá jednoznačná veřejná potřeba, stejně jako v oblastech, kde se nejedná o vyvažování mezi kolidujícími veřejnými zájmy, o politické uvážení, anebo o komplexní ekonomické vyhodnocování. Dále nesmějí být agenturám přiznány ty pravomoci rozhodovat v konkrétních věcech, které Smlouva o založení explicitně přiznává Evropské komisi (např. v oblasti hospodářské soutěže, anebo pro případ řízení o porušení Smlouvy členským státem).“³⁷

5. NÁSTIN KLASIFIKACE SPRÁVNĚ RELEVANTNÍHO JEDNÁNÍ EVROPSKÝCH AGENTUR

V následujícím odstavci budou představeny některé existující agentury tzv. prvního pilíře. Cílem je demonstrovat variabilitu úkolů, které jsou evropským agenturám dnes delegovány a charakter pravomocí, kterými tyto orgány disponují. V zahraniční literatuře jsou v závislosti na charakter jejich pravomocí rozlišovány následující druhy agentur:

- i. *decision making agencies* (pověřené vydáváním závazných rozhodnutí)
- ii. *quasi regulatory agencies* (pověřené úkoly v rámci intrakomunitárních správních řízení)
- iii. *co-ordinating bodies* (pověřené úkoly v rámci koordinace a podpory evropských programů)

V příloze příspěvku je navíc uveden přehled existujících agentur Společenství v oblasti tzv. prvního pilíře Evropské unie se stručnou anotací jejich činnosti.

5.1 DECISION MAKING AGENCIES

Jak bylo uvedeno výše, zakládajícím dokumentem Evropské agentury pro zásobování je Smlouva o založení Evropského společenství atomové energie.³⁸ Evropská agentura pro zásobování (*European Supply Agency*) disponuje právní subjektivitou a také základním kapitálem. Smlouva o založení stanovuje, že většina tohoto základního kapitálu musí náležet Společenství a jeho členským státům. Agentura disponuje tzv. opčním a výlučným právem k rudám, výchozím materiálům a zvláštním štěpným materiálům, nezbytným pro průmyslová odvětví jaderné energetiky. Agentura disponuje smluvním monopolem (výlučným právem) na

³⁷ COM (2002), 718 final.

³⁸ Čl. 53 an. *Smlouvy o založení Evropského společenství atomové energie*.

kontrakty, týkající se dovozu těchto rud ze zemí mimo Společenství.³⁹ V této oblasti je Agentura vykonavatelem diversifikační politiky Společenství v oblasti dodávek surovin ze zahraničí. Tato politika je obsažena v nezávazných dokumentech, vydaných Komisí⁴⁰ a Agentura ji aplikuje případ od případu na jednotlivé kontrakty. Cílem je diverzifikace zásobování a zamezení závislosti na jediném dodavateli. Evropský soudní dvůr opakovaně potvrdil širokou diskreční pravomoc Agentury v oblasti volby smluvních partnerů v zahraničí, která se týká zejména dovozu zemí bývalého SSSR.⁴¹ Jedná se tedy o výjimku ze zásady, že agenturám Společenství nemají být delegovány pravomoci, které umožňují správní uvážení. Agentura dále přerozděluje nabyté suroviny mezi žadatele z jednotlivých členských států. Ve své podstatě se tak jedná o zásobovací monopol, který byl ovšem během uplynulého období v několika ohledech liberalizován zavedením několika zjednodušených řízení.

Agentura podléhá doзору Evropské komise, která jí poskytuje směrnice a má právo veta proti jejím rozhodnutím.⁴² Každý úkon Agentury učiněný mlčky či výslovně při výkonu jejího opčního nebo výlučného práva může být dále zúčastněnými stranami předložen k rozhodnutí Komisi.⁴³ Komise tak má učinit ve lhůtě jednoho měsíce. Rozhodnutí Komise, anebo její nečinnost, může být pak následně předmětem řízení před Evropským soudním dvorem.⁴⁴

5.2 QUASI REGULATORY AGENCIES

Hlavním posláním Evropské agentury pro hodnocení léčivých přípravků (*European Medicines Agency*) je ochrana a propagace veřejného zdraví a zdraví zvířat prostřednictvím hodnocení léčivých přípravků a výkonu dozoru. Evropská agentura pro hodnocení léčivých přípravků je orgánem příslušným vedení centralizovaného registračního řízení vybraných léčivých přípravků. Veškeré humánní a veterinární léčivé přípravky, které jsou výsledkem biotechnologických postupů, nebo jsou vyrobeny jinými špičkovými technologiemi musí být před svým uvedením na trh Společenství schváleny prostřednictvím uvedeného centralizovaného postupu.⁴⁵ Totéž platí pro všechny humánní léčivé přípravky, které jsou určeny k léčbě HIV/AIDS, rakoviny, cukrovky, nebo neorogenerativní onemocnění. Při Agentuře působí Výbor pro humánní léčivé přípravky, který má za úkol vypracovat odborné podkladové stanoviska v rámci řízení o jednotlivých žádostech. Agentura zajistí, aby bylo stanovisko Výboru vydáno do 210 dnů po obdržení platné žádosti.⁴⁶ V případě pozitivního

³⁹ Bouquet, A.: *How current are Euroatom provisions on nuclear supply and ownership in view of the European Union's enlargement?* Nuclear law Bulletin No. 68, Vol. 2001/2, Nuclear Energy Agency/OECD, 25 an.

⁴⁰ Green Paper for a European Union Energy Policy, COM (94) 659 final, point 195; White Paper: An Energy Policy for the European Union, COM (95), 682 final, point 79.

⁴¹ T – 149/94 a T – 181/94 *KLE vs. Commission*, ECR. 1997, II – 161.

⁴² C – 107/91 *ENU vs. Commission*, ECR. 1993, I – 599.

⁴³ Rozhodnutí Komise č. 93/428/Euratom ze dne 19. července 1993, Úřední věstník L 197, 06/08/1993, 54; Rozhodnutí Komise č. 94/285/Euratom ze dne 21. února 1994, Úřední věstník L 122, 17/05/1994, 30.

⁴⁴ Např. T – 458/93 a T – 523/93 *ENU vs. Commission*, ECR. 1995, II – 2459; T – 149/94 a T – 181/94 *KLE vs. Commission*, ECR. 1997, II – 161 (případy žalob proti rozhodnutí Agentury), C – 107/91 *ENU vs. Commission*, ECR 1993, I – 599 (případ žaloby na nečinnost).

⁴⁵ Čl. 3 nařízení Rady (EHS) č. 2309/93 ze dne 22. července 1993, kterým se stanoví postupy Společenství pro registraci a dozor nad humánními a veterinárními léčivými přípravky a kterým se zakládá Evropská agentura pro hodnocení léčivých přípravků.

⁴⁶ Čl. 6 odst. 3 nařízení Rady (EHS) č. 2309/93 ze dne 22. července 1993, kterým se stanoví postupy Společenství pro registraci a dozor nad humánními a veterinárními léčivými přípravky a kterým se zakládá Evropská agentura pro hodnocení léčivých přípravků.

stanoviska Agentura předkládá žádost Evropské komisi, která je příslušná pro vydání konečného rozhodnutí.

Vedle uvedeného centralizovaného řízení je Agentura příslušná k provádění dozoru nad bezpečností léčivých přípravků prostřednictvím sítě farmakovigilance. Agentura přijímá veškeré důležité informace týkající se podezření na nežádoucí účinky humánních léčivých přípravků, které Společenství zaregistrovalo. Tam, kde je to vhodné, vypracovává Výbor pro humánní léčivé přípravky stanoviska k nezbytným opatřením. Tato stanoviska se zpřístupní veřejnosti.⁴⁷

Vedle výše uvedených oblastí je Agentura rovněž zapojena do podpory výzkumu a inovací ve farmaceutickém průmyslu. V r. 2001 byl založen Výbor pro léčivé přípravky pro vzácná onemocnění, který přezkoumává žádosti o označení léčivých přípravků od osob a společností, které mají v úmyslu vyvíjet léčivé přípravky pro tyto typy nemocí. V r. 2004 byl založen Výbor pro rostlinné léčivé přípravky, který vydává vědecká stanoviska k tradičním rostlinným léčivým přípravkům.

Jiným příkladem může být navrhovaná Agentura pro koordinaci energetických regulačních orgánů (*Agency for the Cooperation of Energy Regulators*).⁴⁸ V oblasti koordinace regulačních orgánů členských států působí v současnosti Skupina evropských regulačních orgánů pro elektroenergetiku a plynárenství (*European Regulators Group for Electricity and Gas, ERGEG+*), která má charakter nezávislé poradní skupiny. Skupina z vlastního podnětu nebo na žádost Komise poskytuje Komisi rady a je jí nápomocna při konsolidaci vnitřního trhu s energií, zejména s ohledem na přípravu návrhu prováděcích opatření v oblasti elektřiny a zemního plynu. Skupina usnadňuje konzultace, koordinaci a spolupráci mezi vnitrostátními regulačními orgány, aby přispěla k jednotnému uplatňování komunitárního práva.⁴⁹

Navrhovaná Agentura pro koordinaci energetických regulačních orgánů má být centrálním orgánem koordinace. Existující návrh počítá s tím, že Agentura bude vydávat nezávazná doporučení (*non-binding guidelines*) provozovatelům tranzitních soustav a národním regulačním orgánům. Agentura má také vydávat stanoviska (*opinions*) k vybraným rozhodnutím národních regulačních orgánů. Konečně má mít také pravomoc vydávat závazná rozhodnutí (*decisions*) v některých zvláštních technických otázkách. Budoucí sídlo této Agentury zatím není známé.

5.3 CO – ORDINATING AGENCIES

Příkladem agentury, kterou je možné zařadit do této skupiny, je Evropská agentura pro životní prostředí (*European Environmental Agency*). Projekt Evropské agentury pro životní prostředí byl původně zamýšlen jako vytvoření centrálního orgánu Společenství, příslušného pro koordinaci a dohled nad činností jednotlivých národních orgánů. Zřízení Agentury proto nebylo odvozováno od čl. 308 Smlouvy o založení, ale přímo od čl. 130s (dnes čl. 175) Smlouvy. Tento projekt ovšem nebyl úspěšný a Agentuře nebyly svěřeny zamýšlené

⁴⁷ Čl. 22 nařízení Rady (EHS) č. 2309/93 ze dne 22. července 1993, kterým se stanoví postupy Společenství pro registraci a dozor nad humánními a veterinárními léčivými přípravky a kterým se zakládá Evropská agentura pro hodnocení léčivých přípravků.

⁴⁸ COM (2007) 530 final.

⁴⁹ Rozhodnutí Komise č. 2003/796/ES ze dne 11. listopadu 2003, kterým se zřizuje skupina evropských regulačních orgánů pro elektroenergetiku a plynárenství, Úřední věstník L 296, 14/11/2003, 34 – 35.

pravomoci v oblasti dohledu nad jednotlivými správními orgány členských států.⁵⁰ Agentura je tedy čistě koordinačním orgánem bez pravomocí vydávat závazná rozhodnutí, nebo provádět dozor nad výkonem komunitárního práva na území členských států.

Hlavním posláním Agentury je podle jejího zakládajícího dokumentu vytvoření a koordinace Evropské informační a pozorovací sítě pro životní prostředí (*European environment information and observation network*).⁵¹ Dále má Agentura poskytovat členským státům informace nezbytné k formulování a provádění řádné a účinné politiky životního prostředí, zaznamenávat, třídit a posuzovat údaje o stavu životního prostředí, vypracovávat odborné zprávy o kvalitě, citlivosti životního prostředí a o tlacích na životního prostředí na území Společenství. Za účelem shromažďování dat, jejich správy a analýz Agentura založila pět Evropských tematických středisek, zabývajících se vodou, ovzduším a změnami klimatu, ochranou přírody a biologickou rozmanitostí, toky odpadů a materiálů a suchozemským prostředím.

6. VÝHLED DO BUDOUCNA: NÁVRH INTERINSTITUCIONÁLNÍ DOHODY

Z výše uvedeného nástinu vyplývá, že v současnosti existující evropské agentury se do značné míry liší. Tyto odlišnosti nespočívají jenom v jejich pravomocích, ale také např. ve zdrojích financování. Zatímco většina agentur je financována z rozpočtu Společenství, existují i agentury, které se částečně anebo úplně financují sami. Do druhé skupiny patří v současnosti Evropská agentura pro hodnocení léčivých přípravků, Úřad pro harmonizaci ve vnitřním trhu, Evropská agentura pro bezpečnost letectví a Odrůdový úřad Společenství. Vedle odlišností existuje množství charakteristických znaků, které mají agentury Společenství stejné.⁵² Jedná se zejména o jejich organizační strukturu.⁵³ Každá agentura je řízena správní radou (Administrative Board), ve které jsou typicky zastoupeny delegáti členských států, zástupci Evropské komise, v některých případech i zástupci Evropského parlamentu a jiných zainteresovaných subjektů (zástupců průmyslu, nečlenských zemí atd.). Za současné situace, když Evropské společenství zahrnuje 27 členských států, se počet členů správní rady pohybuje mezi šestnácti a sedmdesáti osmi. Zákonným zástupcem agentury je pravidelně její ředitel (Director). Vymezení pravomocí mezi správní radou a ředitelem je zakotveno ve zřizovacím dokumentu (nařízení Rady). Dále agentury disponují technickými a vědeckými výbory, které jsou složeny z odborníků příslušných odvětví a poskytují poradenství k technickým otázkám. Příkladem může být Výbor pro rostlinné léčivé přípravky (Committee on Herbal Medicinal Products, HMPC), který byl zřízen Evropskou agenturou pro hodnocení léčivých přípravků. Posledním ze společných znaků je režim kontroly. Ve většině případů provádí interní audit v agentuře finanční kontrolor Komise. Agentury dále podléhají kontrole Účetního dvora Evropských společenství.

⁵⁰ Majone, G.: *Managing Europeanisation: The European Agencies*, in Peterson, J.; Shackleton, M. (eds.): *The institutions of the European Union*, Oxford University Press, Oxford 2006, 199.

⁵¹ Čl. 1 nařízení Rady (EHS) č. 1210/90 ze dne 7. května 1990 o zřízení Evropské agentury pro životní prostředí a Evropské informační a pozorovací sítě pro životní prostředí.

⁵² Majone, G.: *Managing Europeanisation: The European Agencies*, in Peterson, J.; Shackleton, M. (eds.): *The institutions of the European Union*, Oxford University Press, Oxford 2006, 190 an.

⁵³ Magnette, P.: *The Politics of Regulation in the European Union*, in Gerardin, D., Munoy, R., Petit, N. (Eds.): *Regulation through Agencies: A New Paradigm of European Governance*, Edward Elgar, Cheltenham 2005, 3 an.

Existující předloha *Interinstitucionální dohody Evropského parlamentu, Rady a Evropské komise o vytvoření rámce pro evropské regulační agentury* ze dne 25. 2. 2005⁵⁴ se ovšem již pokouší o systematickejší vyjasnění pozice evropských agentur v rámci přímého výkonu evropského práva a o unifikaci jejich struktury do budoucna:

„Evropské agentury byly vytvářeny postupně, aby v jednotlivých případech uspokojily specifické potřeby. Vyznačují se svojí různorodostí. Pokud jsou ale tyto agentury zřizovány nepřehledným způsobem bez společného rámce, hrozí, že jejich nesjednocené využívání vyústí v málo průhlednou situaci, špatně pochopitelnou pro občana a v každém případě škodlivou pro právní jistotu.

„Regulaci“ je třeba odlišovat od „reglementace“ neboli přijímání závazných právních norem obecné platnosti. Nařízení tedy nemusí být vytvořené přijetím normativních aktů regulativní povahy. Může použít i jiné více podněcující prostředky, jako společné regulace, samoregulace, doporučení, odvolání na vědecký orgán, zapojení do sítě a sladění osvědčených postupů, hodnocení, uplatnění a provádění pravidel atd. Z toho vyplývá, že evropská „regulační“ agentura nemusí mít nutně pravomoc vydávat závazné právní normy.“

V souladu s výše stanoveným pojmem regulace, mohou být tedy evropské agentury pověřeny jedním nebo více z následujících úkolů.⁵⁵ Především se může jednat o pravomoc přijímat samostatná rozhodnutí právně závazná vůči třetím stranám (tj. správní akty). V zájmu Společenství mohou poskytovat přímou pomoc Komisi a případně členským státům ve formě odborných a vědeckých posudků. Konečně mohou být pověřeny organizováním spolupráce mezi příslušnými vnitrostátními orgány ve formě sítě za účelem shromažďování, výměny a srovnávání informací a užitečných zkušeností (koordinace).⁵⁶

Existující návrh dále vymezuje strukturu evropských agentur pro futuro a jejich vztah k jiných orgánům Společenství:

Programačním a kontrolním orgánem agentur má být správní rada (Administrative Board).⁵⁷ Správní rada dbá na to, aby agentura vykonávala úkoly, které jsou jí svěřeny zřizovacím aktem. Členy správní rady by měla v budoucnu jmenovat výlučně Evropská komise a Rada. Ve správní radě mohou být i pro futuro zastoupeny i podniky zainteresovaného průmyslu, avšak bez hlasovacího práva. Správní rada má být zejména pověřena jmenováním, případně odvoláním ředitele agentury, výkonem disciplinárního dozoru, přijímáním pracovního programu agentury, přijímáním jejího rozpočtu a její výroční zprávy.

Na čele agentury má stát podle návrhu interinstitucionální dohody vždy ředitel (Director).⁵⁸ Ten má být jmenován správní radou na základě seznamu uchazečů navržených Komisí. Období mandátu ředitele je zásadně pětileté. Na návrh Komise a po provedení zhodnocení může být ředitel jedenkrát prodloužen ve funkci na období, které nepřesáhne délku prvního mandátu. Do pravomoci ředitele má spadat zejména přípravou ročního pracovního programu, předběžného odhadu příjmů a výdajů agentury a jednacímho řádu agentury. Ředitel má také

⁵⁴ COM (2005), 59 final.

⁵⁵ Čl. 4 návrhu *Interinstitucionální dohody o vytvoření rámce pro evropské regulační agentury*.

⁵⁶ Kilb, A.: *Europäische Agenturen und ihr Personal - die großen Unbekannten?* EuZW 2006, 270 an.

⁵⁷ Čl. 11 návrhu *Interinstitucionální dohody o vytvoření rámce pro evropské regulační agentury*.

⁵⁸ Čl. 13 návrhu *Interinstitucionální dohody o vytvoření rámce pro evropské regulační agentury*.

spravovat rozpočet agentury a předkládat jí Evropskému parlamentu. Ředitel má také agenturu zastupovat před Evropským parlamentem a Radou.

Podle charakteru svých pravomocí mohou být dále v rámci agentur zřizovány další orgány. Agentury, které mají za úkol koordinovat nebo vzájemně propojit příslušné vnitrostátní orgány, musí být vybaveny jedním nebo více koordinačními subjekty (Coordinating Bodies) složenými ze zástupců těchto celků.⁵⁹ Agentury, které mají poskytovat technické a vědecké posudky Komisi a případně členským státům, musí být vybaveny jedním nebo více vědeckými výbory (Scientific Committees) anebo výbory odborníků (Committees of experts).⁶⁰ Konečně agentury, přijímající samostatná rozhodnutí závazná pro třetí osoby musí být vybaveny jedním nebo několika odvolacími senáty (Boards of Appeal), jejichž úkolem bude ověřit, zda agentura správně použila prováděcí pravidla a nepřestoupila při tom rámec svěřených úkolů a přidělené pravomoci.⁶¹ Členové senátů jsou jmenováni správní radou na pětileté období ze seznamu kandidátů navržených Komisí.

Značná pozornost je věnována i otázkám kontroly činnosti agentur. Tuto kontrolu návrh svěřuje do pravomoci několika orgánů Společenství: Komise se zavazuje k provádění pravidelných hodnocení dosažených výsledků a pracovních metod agentury ve vztahu k vytýčeným cílům, mandátu a úkolům určeným ve zřizovacím aktu, a rovněž i ukazatelů stanovených při předběžném hodnocení a přejetých v ročním pracovním programu agentury.⁶² Podle článku 248 Smlouvy o ES je Účetní dvůr pověřen ověřováním účtů všech agentur, které pobírají subvenci od Společenství.⁶³ Pokud se jedná o samofinancovanou agenturu, uděluje absolutorium správní rada jejímu řediteli. V takovém případě správní rada informuje Evropský parlament, Radu, Komisi a Účetní dvůr o svém rozhodnutí udělit absolutorium.

Vedle uvedených mechanismů přiznává návrh orgánům Společenství dále další formy kontroly agentur: Evropský parlament a Rada jsou oprávněni kdykoli, a zejména v okamžiku zveřejnění výroční správy o činnosti agentury, požádat ředitele o slyšení v otázkách týkajících se činnosti agentury.⁶⁴ Komise může v určitých případech navrhnout revizi nebo zrušení zřizujícího aktu, dále každoročně navrhuje rozpočtovému orgánu výši subvence určené pro agenturu a počet pracovních míst, který považuje za nezbytný na základě předběžného odhadu příjmů a výdajů stanoveného správní radou.⁶⁵

Konečně je tady soudní kontrola evropských agentur, která je v rukou Evropského soudního dvora. Soudní dvůr má být příslušný nejen pro případy žaloby o zrušení aktů agentury nesoucích závazné právní důsledky ve vztahu ke třetím osobám, ale též pro žaloby o neplnění nebo žádosti o náhradu škody způsobené agenturou v rámci jejích činností. Pokud jde o

⁵⁹ Čl. 14.1 návrhu *Interinstitucionální dohody o vytvoření rámce pro evropské regulační agentury*.

⁶⁰ Čl. 14.2 návrhu *Interinstitucionální dohody o vytvoření rámce pro evropské regulační agentury*.

⁶¹ Čl. 14.3 návrhu *Interinstitucionální dohody o vytvoření rámce pro evropské regulační agentury*.

⁶² Čl. 27.2 návrhu *Interinstitucionální dohody o vytvoření rámce pro evropské regulační agentury*.

⁶³ Čl. 28.5 návrhu *Interinstitucionální dohody o vytvoření rámce pro evropské regulační agentury*.

⁶⁴ Čl. 29.1 návrhu *Interinstitucionální dohody o vytvoření rámce pro evropské regulační agentury*.

⁶⁵ Čl. 29.2 návrhu *Interinstitucionální dohody o vytvoření rámce pro evropské regulační agentury*.

žaloby o zrušení týkající se individuálních aktů, které agentura adresovala třetím osobám, počítá se v zásadě s nutností vyčerpat řádné opravné prostředky v řízení před agenturou.⁶⁶

Nastíněné zásady nejsou nijak nové a uvedené strukturální prvky již existují v rámci mnoha agentur. Pravidlem je, že k přezkumu jejich závazného rozhodnutí v konkrétní věci je možno se obrátit na Evropský soudní dvůr. Existující návrh by se měl uplatňovat na evropské agentury, které budou zřízeny v budoucnu. Proces unifikace stávajících agentur je pak možné uskutečnit prostřednictvím revize jejich zakládacích dokumentů.

7. ZÁVĚR

Orgány, označované jako „agentury Společenství“ anebo „evropské agentury“ mají několik společných znaků: je jim přiznána právní subjektivita, finanční a rozpočtová samostatnost, jsou kolegiální povahy (v jejich čele stojí správní rada), působí v oblastech, kde je vyžadována vysoká míra odborné expertízy. Agentury disponují v mnohých případech poradními sbory, vědeckými kolégy atd. Většina dnes existujících agentur je financována z rozpočtu Společenství, existují ovšem i agentury, které jsou částečně, anebo zcela financovány ze zdrojů vlastních. Kontrola agentur je v rukou Komise (dohled nad činností, absolutorium pro finanční zprávy), Účetního dvora, Parlamentu (schvalování výročních zpráv, delegace zástupců do správní rady) a Soudního dvora (možnost soudního přezkumu v případě, že agentura disponuje pravomocí vydávat závazná rozhodnutí v konkrétní věci).

Existující agentury se značně liší co se týče rozsahu a charakteru jejich pravomocí. Drtivá většina dnes existujících agentur má za úkol sběr dat, koordinaci činností a politik, provádění různých evropských programů, vydávání nezávazných doporučení atd. Existují však také agentury, kterým byla svěřena pravomoc vydávat podkladová rozhodnutí pro konečné rozhodnutí Evropské komise, anebo vydávat vlastní závazná rozhodnutí v konkrétní věci.

Existující návrh *Interinstitucionální dohody Evropského parlamentu, Rady a Evropské Komise o vytvoření rámce pro evropské agentury* obsahuje právní rámec zřizování agentur Společenství pro futuro. Dokument je reakcí na dosavadní nekoordinovaný vývoj těchto orgánů, který měl za následek vytvoření jejich značně nepřehledné struktury. Návrh přejímá mnohé z výše uvedených znaků (právní subjektivita, vnitřní struktura, rozpočtová nezávislost), explicitně stanovuje formy jednání těchto orgánů navenek (vydávání závazných aktů, poskytování odborných posudků Komisi a členským státům, koordinace činností) a formy kontroly jejich činnosti.

Příloha: Agentury Společenství

⁶⁶ Čl. 31 návrhu *Interinstitucionální dohody o vytvoření rámce pro evropské regulační agentury*.

Evropská agentura pro zásobování (European Supply Agency)

Rok založení: 1960

Zakládací dokument: Smlouva o založení Evropského společenství atomové energie (Euratom)

Sídlo agentury: Brusel, Belgie

Oblast činnosti: výkon opčního a výlučného práva v oblasti vybraných surovin

<http://ec.europa.eu/euratom/>

Evropské centrum pro rozvoj odborného vzdělávání (European Centre for the Development of Vocational Training, Cedefop)

Rok založení: 1975

Zakládací dokument: Nařízení Rady (ES) č. 337/1975, OJ L 39, 13. 2. 1975, 1

Sídlo agentury: Soluň, Řecko

Oblast činnosti: odborné poradenství jiným orgánům ES, koordinace, výměna informací

<http://www.cedefop.europa.eu>

Evropské nadace pro zlepšení životních a pracovních podmínek (European Foundation for the Improvement of Living and Working Conditions, EUROFUND)

Rok založení: 1975

Zakládací dokument: Nařízení Rady (EHS) č. 1365/75, OJ L 139, 30. 5. 1975, 1

Sídlo agentury: Dublin, Irsko

Oblast činnosti: monitoring, výzkum, výměna informací

<http://www.eurofund.europa.eu>

Evropská agentura pro zásobování (European Supply Agency)

Rok založení: 1960

Zakládací dokument: Smlouva o založení Evropského společenství atomové energie (Euratom)

Sídlo agentury: Brusel, Belgie

Oblast činnosti: výkon opčního a výlučného práva v oblasti vybraných surovin

<http://ec.europa.eu/euratom/>

Evropská agentura pro životní prostředí (European Environmental Agency, EEA)

Rok založení: 1993

Zakládací dokument: Nařízení Rady (EHS) č. 1210/90, OJ L 120 , 11. 5. 1990, 1

Sídlo agentury: Kodaň, Dánsko

Oblast činnosti: poskytování informací, shromažďování dat, koordinace politik

<http://www.eea.europa.eu>

Úřad pro harmonizaci ve vnitřním trhu (Office for the Harmonisation in the Internal Market, OHIM)

Rok založení: 1994

Zakládací dokument: Nařízení Rady (ES) č. 40/94, OJ L 11, 14. 1. 1994, 1

Sídlo agentury: Alicante, Španělsko

Oblast činnosti: řízení o zápisu ochranné známky Společenství

<http://www.oami.europa.eu>

Evropská agentura pro zásobování (European Supply Agency)

Rok založení: 1960

Zakládací dokument: Smlouva o založení Evropského společenství atomové energie (Euratom)

Sídlo agentury: Brusel, Belgie

Oblast činnosti: výkon opčního a výlučného práva v oblasti vybraných surovin

<http://ec.europa.eu/euratom/>

Odrůdový úřad Společenství (Community Plant Variety Office, CPVO)

Rok založení: 1994

Zakládací dokument: Nařízení Rady (ES) č. 2100/94, OJ L 227, 1. 9. 1994, 1

Sídlo agentury: Angers, Francie

Oblast činnosti: řízení o zápisu odrůdového práva Společenství

<http://www.cpvo.europa.eu>

Evropská agentura pro bezpečnost a ochranu zdraví při práci (European Agency for Safety and Health at Work, OSHA)

Rok založení: 1994

Zakládací dokument: Nařízení Rady (ES) č. 2062/1994, OJ L 216, 20. 8. 1994, 1

Sídlo agentury: Bilbao, Španělsko

Oblast činnosti: koordinace a podpora bezpečnosti a ochrany zdraví při práci

<http://osha.europa.eu>

Evropská agentura pro zásobování (European Supply Agency)

Rok založení: 1960

Zakládací dokument: Smlouva o založení Evropského společenství atomové energie (Euratom)

Sídlo agentury: Brusel, Belgie

Oblast činnosti: výkon opčního a výlučného práva v oblasti vybraných surovin

<http://ec.europa.eu/euratom/>

Evropská agentura pro obnovu (European Agency for Reconstruction, EAR)

Rok založení: 2000

Zakládací dokument: Nařízení Rady (ES) č. 2666/2000, OJ L 306, 7. 12. 2000, 1

Sídlo agentury: Soluň, Řecko

Oblast činnosti: podpora budování institucí veřejné správy, tržního hospodářství a sociálního rozvoje v Srbsku, Černé hoře, Makedonii a Kosovu

<http://www.ear.europa.eu>

Evropský úřad pro bezpečnost potravin (European Food Safety Authority, EFSA)

Rok založení: 2002

Zakládací dokument: Nařízení Rady (ES) č. 178/2002, OJ L 31, 1. 2. 2002, 1

Sídlo agentury: Parma, Itálie

Oblast činnosti: vědecké poradenství, hodnocení rizik, analýza údajů

<http://www.efsa.europa.eu>

Evropská agentura pro zásobování (European Supply Agency)

Rok založení: 1960

Zakládací dokument: Smlouva o založení Evropského společenství atomové energie (Euratom)

Sídlo agentury: Brusel, Belgie

Oblast činnosti: výkon opčního a výlučného práva v oblasti vybraných surovin

<http://ec.europa.eu/euratom/>

Evropská agentura pro námořní bezpečnost (European Maritime Safety Agency, EMSA)

Rok založení: 2002

Zakládací dokument: Nařízení Rady (ES) č. 1406/2002, OJ L 208, 5. 8. 2002, 1

Sídlo agentury: Lisabon, Portugalsko

Oblast činnosti: dohled nad námořní dopravou, vývoj strategie pro vyšetřování námořních nehod, provoz systémů monitorování lodí

<http://emsa.europa.eu>

Evropská agentura pro bezpečnost letectví (European Aviation Safety Agency, EASA)

Rok založení: 2003

Zakládací dokument: Nařízení Rady (ES) č. 1592/2002, OJ L 240, 7. 9. 2002, 1

Sídlo agentury: Kolín, Spolková republika Německo

Oblast činnosti: technická expertiza v oblasti letecké bezpečnosti, certifikace zařízení pro leteckou dopravu

<http://easa.europa.eu>

Evropská agentura pro zásobování (European Supply Agency)

Rok založení: 1960

Zakládací dokument: Smlouva o založení Evropského společenství atomové energie (Euratom)

Sídlo agentury: Brusel, Belgie

Oblast činnosti: výkon opčního a výlučného práva v oblasti vybraných surovin

<http://ec.europa.eu/euratom/>

Evropská agentura pro hodnocení léčivých přípravků (European Medicines Agency, EMA)

Rok založení: 2004

Zakládací dokument: Nařízení Rady (ES) č. 726/2004, OJ L 136, 30. 4. 1994, 1

Sídlo agentury: Londýn, Velká Británie

Oblast činnosti: evaluace žádostí o evropskou autorizaci léčiv

<http://emea.europa.eu>

Evropská agentura pro železnice (European Railway Agency, ERA)

Rok založení: 2004

Zakládací dokument: Nařízení Rady (ES) č. 881/2004, OJ L 164, 30. 4. 2004, 1

Sídlo agentury: Valenciennes, Francie

Oblast činnosti: vývoj technických standardů, harmonizace bezpečnostních standardů, vývoj interoperability evropských železničních sítí

<http://era.europa.eu>

Evropská agentura pro zásobování (European Supply Agency)

Rok založení: 1960

Zakládací dokument: Smlouva o založení Evropského společenství atomové energie (Euratom)

Sídlo agentury: Brusel, Belgie

Oblast činnosti: výkon opčního a výlučného práva v oblasti vybraných surovin

<http://ec.europa.eu/euratom/>

Evropský úřad pro dohled nad globálním navigačním družicovým systémem (European GNSS Supervisory Authority, EGSA)

Rok založení: 2004

Zakládací dokument: Nařízení Rady (ES) č. 1321/2004, OJ L 246, 20.7.2004, 1

Sídlo agentury: Brusel, Belgie

Oblast činnosti: udělování licencí pro evropský globální navigační systém GALILEO, správa fondů Společenství v oblasti navigace, koordinace a modernizace navigačních systémů

<http://www.gsa.europa.eu>

Evropská agentura pro bezpečnost sítí a informací (European Network and Information Security Agency, CFCA)

Rok založení: 2004

Zakládací dokument: Nařízení Rady (ES) č. 460/2004, OJ L 77, 13. 3. 2004, 1

Sídlo agentury: Heraklion, Řecko

Oblast činnosti: analýza bezpečnosti v oblasti hardwarových a softwarových produktů, řízení rizik v oblasti bezpečnosti informací

<http://www.cfca.europa.eu>

Evropská agentura pro zásobování (European Supply Agency)

Rok založení: 1960

Zakládací dokument: Smlouva o založení Evropského společenství atomové energie (Euratom)

Sídlo agentury: Brusel, Belgie

Oblast činnosti: výkon opčního a výlučného práva v oblasti vybraných surovin

<http://ec.europa.eu/euratom/>

Evropská agentura pro řízení operativní spolupráce na vnějších hranicích členských států Evropské unie (European Agency for the Management of Operational Cooperation at the External Borders, FRONTEX)

Rok založení: 2004

Zakládací dokument: Nařízení Rady (ES) č. 2007/2004, OJ L 349, 25. 11. 2004, 1

Sídlo agentury: Varšava, Polsko

Oblast činnosti: koordinace spolupráce členských států v oblasti správy vnějších hranic, vývoj unifikovaných standardů výcviku, analýza rizik

<http://www.frontex.europa.eu>

Evropské středisko pro prevenci a kontrolu nemocí (European Centre for Disease Prevention and Control, ECDC)

Rok založení: 2004

Zakládací dokument: Nařízení Rady (ES) č. 851/2004, OJ L 142, 30. 4. 2004, 1

Sídlo agentury: Solna, Švédsko

Oblast činnosti: shromažďování poznatků, vývoj systému včasného varování, činnosti v případě vypuknutí nakažlivých nemocí neznámého původu

<http://www.ecdc.europa.eu>

Evropská agentura pro zásobování (European Supply Agency)

Rok založení: 1960

Zakládací dokument: Smlouva o založení Evropského společenství atomové energie (Euratom)

Sídlo agentury: Brusel, Belgie

Oblast činnosti: výkon opčního a výlučného práva v oblasti vybraných surovin

<http://ec.europa.eu/euratom/>

Agentura Společenství pro kontrolu rybolovu (Community Fisheries Control Agency, CFCA)

Rok založení: 2005

Zakládací dokument: Nařízení Rady (ES) č. 768/2005, OJ L 128, 21. 5. 2005, 1

Sídlo agentury: oficiálně Vigo, Španělsko, dočasně Brusel, Belgie

Oblast činnosti: Společná politika rybolovu Společenství (Common Fisheries Policy)

<http://www.cfca.europa.eu>

Evropská agentura pro chemické látky (European Chemicals Agency)

Rok založení: 2007

Zakládací dokument: Nařízení Rady (ES) č. 1967/2006, OJ L 396, 30. 12. 2006, 1

Sídlo agentury: Helsinky, Finsko

Oblast činnosti: registrace, evaluace a autorizace chemických látek pro jejich použití v rámci vnitřního trhu Společenství

<http://echa.europa.eu>

Literatura:

- Craig, P.: European Administrative Law, Oxford University Press, Oxford 2006
- Danwitz, Thomas: Verwaltungsrechtliches System und Europäische Integration, Verlag Mohr Siebeck, Schriftenreihe Jus Publicum 17, Tübingen 1996
- Gerardin, D., Munoy, R., Petit, N. (Eds.): Regulation through Agencies: A New Paradigm of European Governance, Edward Elgar, Cheltenham 2005
- Geradin, D.: The Development of European Regulatory Agencies: Lessons from the American Experience, in: Gerardin, D., Munoy, R., Petit, N. (Eds.): Regulation through Agencies: A New Paradigm of European Governance, Edward Elgar, Cheltenham 2005, 21
- Kelleman, D.: The Politics of „Eurocratic“ Structure and the new European Agencies, West European Politics, October 2002, 93
- Kilb, A.: Europäische Agenturen und ihr Personal - die großen Unbekannten? EuZW 2006, 270
- Kreher, A.: Agencies in the European Community – A Step towards Administrative Integration in Europe, (4) Journal of European Public Policy 1997, 225 an
- Maignette, P.: The Politics of Regulation in the European Union, in Gerardin, D., Munoy, R., Petit, N. (Eds.): Regulation through Agencies: A New Paradigm of European Governance, Edward Elgar, Cheltenham 2005, 3
- Majone, G.: Managing Europeanisation: The European Agencies, in Peterson, J.; Shackleton, M. (eds.): The institutions of the European Union. Oxford University Press. Oxford 2006
- Majone, G.: Two Logics of Delegation. Agency and Fiduciary Relations in EU Governance, (2) European Union Politics 2001, 103
- Pollack, M.: The Engine of European Integration: Delegation, Agency, and Agenda Setting in the EU, Oxford University Press, Oxford 2003
- Voss, E.: Reforming the European Commission: What role to play for EU agencies? CMLR (37) 2000, 1113
- Zwart, T., Verhey, L. (Eds.): Agencies in European and Comparative Law, Intersentia, Antwerp 2003

Kontaktní údaje na autora – email:

jakub.handrlica@email.cz

ROZHODNUTÍ O SPRÁVNÍM VYHOŠTĚNÍ CIZINCE A JEHO SOUDNÍ PŘEZKUM

PETR HLUŠTÍK

Vysoká škola báňská – Technická univerzita v Ostravě, Česká republika

Abstrakt v rodném jazyce

Příspěvek se zabývá otázkou působení orgánů veřejné správy v oblasti pobytu cizinců, a to konkrétně rozhodnutím o tzv. správním vyhoštění cizince a rozhodnutími s tímto související, jejich povahou, přípustnosti použití, to vše se zřetelem k možnostem a rozsahu soudního přezkumu těchto rozhodnutí v rámci správního soudnictví ve světle judikatury správních soudů České republiky.

Klíčová slova v rodném jazyce

Cizinec, pobyt, vyhoštění, soudní přezkum, správní uvážení.

Abstract

This article deals with the issue of activity by public authorities in the area of residence of foreigners, specifically the decision on the so-called administrative expulsion of foreigners and the decisions associated with this, their nature, the admissibility of the application, all with a view to the possibilities and scope of judicial review of such decisions in the administrative judiciary in the light of the jurisprudence of the administrative courts of the Czech Republic.

Key words

Foreigner, residence, expulsion, judicial review, administrative discretion.

Ve svém příspěvku se hodlám zaměřit na institut tzv. správního vyhoštění cizince jako jednoho z institutů zajištění ochrany a bezpečnosti v rámci potírání nelegální migrace na území České republiky se zaměřením na možnosti soudního přezkumu uvedeného rozhodnutí či rozhodnutí se správním vyhoštěním souvisejících.

Pod pojmem správní vyhoštění lze rozumět ukončení pobytu cizince na území, které je spojeno se stanovením doby vycestování z území a doby, po kterou nelze umožnit cizinci vstup na území¹. Správní vyhoštění nemá trestní charakter ve smyslu článku 6 odst. 1 Úmluvy o ochraně základních práv a svobod po přijetí Protokolu č. 7 (čl. 1), ale je svou **povahou specifickým preventivním opatřením v oblasti kontroly přistěhovalců**.²

Rozhodnout o správním vyhoštění lze jak v případě přechodného, tak trvalého pobytu cizince, přičemž pro účely rozhodnutí o správním vyhoštění se za přechodný pobyt na území považuje i neoprávněné zdržování se cizince na území nebo zdržování se cizince v tranzitním prostoru mezinárodního letiště anebo pobyt na vízum udělené podle zvláštního zákona nebo pobyt do právní moci rozhodnutí ministerstva o udělení oprávnění k pobytu za účelem poskytnutí dočasné ochrany na území nebo soudu o žalobě ve věci dočasné ochrany.

¹ Viz ust. § 118 odst. 1 zákona č. 326/1999 Sb., o pobytu cizinců na území České republiky

² Srov. rozsudek Nejvyššího správního soudu ze dne 14.7.2005 č.j. 5 Azs 94/2005-52, uveřejněný ve Sbírce rozhodnutí a stanovisek Nejvyššího správního soudu pod SJS 1164/2007

Obecně lze říci, že zákon o pobytu cizinců diferencuje rozhodnutí o správním vyhoštění dle doby, po kterou je cizinci znemožněn vstup na území, přičemž vždy zákon stanovuje pouze horní hranici této doby; lze tedy konstatovat, že zakotvením hranice je určena horní mez správního uvážení příslušného správního orgánu, kterým je Policie ČR.

U cizinců, pobývajících na našem území v rámci tzv. přechodného pobytu, a to ať na základě víza k pobytu nad 90 dnů³ nebo na základě povolení k dlouhodobému pobytu⁴, je hranice stanovena na 10, 5, resp. 3 roky. Až na 10 let je znemožnit vstup na území cizinci, jestliže je důvodné nebezpečí, že by cizinec mohl při pobytu na našem území ohrozit bezpečnost státu užitím síly při prosazování politických cílů, prováděním činnosti ohrožující základy demokratického státu nebo směřující k narušení celistvosti území anebo jiným obdobným způsobem, nebo že by cizinec mohl při pobytu na území závažným způsobem narušit veřejný pořádek nebo ohrozit veřejné zdraví tím, že trpí závažnou nemocí, nebo v případě, že cizinec opakovaně úmyslně porušuje právní předpisy nebo maří výkon soudních nebo správních rozhodnutí. Z obdobných důvodů pak lze rozhodnout o správním vyhoštění i cizince – občana Evropské unie či cizince pobývajících na území na základě povolení k dlouhodobému pobytu za účelem společného soužití rodiny, studia nebo vědeckého výzkumu

Horní hranice pěti let je stanovena u více případů, mezi něž patří např. prokázání se neplatným či padělaným cestovním dokladem, v případě, že je cizinec bez příslušného povolení zaměstnán příp. bez povolení podniká, dále též např. jestliže cizinec překročí státní hranici v úkrytu (např. v prostoru nákladního vozidla). Tříletá hranice je stanovena pro případy neoprávněného pobytu na území bez víza či bez cestovního dokladu či úmyslného uvádění nepravdivých skutečností správnímu orgánu v úmyslu ovlivnit jeho rozhodnutí.

Pokud se jedná o cizince, který požádal Českou republiku o mezinárodní ochranu⁵, příp. který požádal na území ČR o tzv. poskytnutí dočasné ochrany⁶, lze ze shora uvedených důvodů rozhodnout o jeho správním vyhoštění, avšak takovéto rozhodnutí je **vykonatelné** až po nabytí právní moci rozhodnutí, jímž se

- a) mezinárodní ochrana neuděluje,
- b) žádost o udělení mezinárodní ochrany zamítá jako zjevně nedůvodná⁷,
- c) řízení o udělení mezinárodní ochrany zastavuje⁸, nebo
- d) azyl nebo doplňková ochrana odnímá⁹,

a to tehdy, jestliže již marně uplynula lhůta pro podání žaloby proti rozhodnutí ministerstva ve věci mezinárodní, resp. dočasné ochrany, nebo jestliže podání žaloby proti rozhodnutí ministerstva ve věci mezinárodní ochrany nemá odkladný účinek (resp. v případě dočasné

³ Srov. ust. § 30 a násl. zákona č. 326/1999 Sb., o pobytu cizinců na území České republiky

⁴ Srov. ust. § 42 a násl. zákona č. 326/1999 Sb., o pobytu cizinců na území České republiky

⁵ Dle zákona č. 325/1999 Sb., o azylu

⁶ Dle zákona č. 221/2003 Sb., o dočasné ochraně cizinců

⁷ Viz ust. § 16 zákona č. 325/1999 Sb., o azylu

⁸ Viz ust. § 25 zákona č. 325/1999 Sb., o azylu

⁹ Viz ust. § 17 zákona č. 325/1999 Sb., o azylu

ochrany soud nevyhověl jeho žádosti o přiznání odkladného účinku žaloby ve věci dočasné ochrany anebo soud přiznání odkladného účinku zrušil).

U všech shora uvedených případů existuje zákonná možnost odstranění tvrdosti rozhodnutí o správním vyhoštění, jestliže by jeho důsledkem byl nepřiměřený zásah do soukromého nebo rodinného života cizince. Navíc, v případě, kdy již uplynula polovina doby, po kterou bylo cizinci odepřeno vstoupit na území, může na žádost cizince správní orgán vydat nové rozhodnutí, kterým zruší platnost rozhodnutí o správním vyhoštění.¹⁰

Pokud se zaměříme na otázku samotného soudního přezkumu rozhodnutí o správním vyhoštění cizince, lze konstatovat, že toto rozhodnutí je možno jistě podřadit pod rozhodnutí, které je vydáno v oblasti veřejné správy orgánem moci výkonné, jemuž je svěřeno rozhodování o právech a povinnostech fyzických osob v oblasti veřejné správy, přičemž tímto rozhodnutím, pokud je to tvrzeno, může být cizinec na svých právech zkrácen přímo nebo v důsledku porušení svých práv v předcházejícím řízení ve smyslu ust. § 2, § 4 odst. 1 písm. a) a ust. § 65 odst. 1 soudního řádu správního, tedy je možno říci, že správním orgánem – Policií ČR je rozhodováno o veřejném subjektivním právu fyzické osoby. Z tohoto pohledu je pak případný soudní přezkum těchto rozhodnutí svěřen soudům rozhodujícím v tzv. správním soudnictví.

Rozhodnutí o správním vyhoštění a rozhodnutí s ním spojená jsou však svou povahou z hlediska soudního přezkumu v režimu správního soudnictví specifická.

Dle výslovného ustanovení § 171 odst. 1 písm. c) zákona č. 326/1999 Sb., o pobytu cizinců na území ČR (dále jen „zákon o pobytu cizinců“) je ze soudního přezkumu vyloučeno **rozhodnutí o správním vyhoštění, pokud se před zahájením řízení o tomto vyhoštění zdržoval cizinec na území nebo v tranzitním prostoru mezinárodního letiště neoprávněně** a jde-li o občana Evropské unie nebo jeho rodinného příslušníka, jsou z přezkoumání soudem vyloučena **rozhodnutí o odepření vstupu nebo o správním vyhoštění po dobu platnosti předchozího rozhodnutí o jeho správním nebo soudním vyhoštění**¹¹.

Jak vyplývá z judikatury správních soudů, výluka ze soudního přezkumu uvedená v cit. ustanovení § 171 odst. 1 písm. c) zákona o pobytu cizinců nelze považovat za protiústavní ani v rozporu s mezinárodními smlouvami, jimiž je Česká republika vázána, neboť správní vyhoštění ve smyslu judikatury Evropského soudu pro lidská práva je zákonné, sledující legitimní cíl ochrany demokratické společnosti, přičemž posouzení přiměřenosti tohoto zásahu s ohledem na změny skutkového stavu lze dosáhnout v rámci již zmiňované možnosti odstranění tvrdosti správního vyhoštění spočívající v zrušení rozhodnutí o správním vyhoštění, popř. cestou mimořádných opravných prostředků (§ 65 správního řádu ve spojení s § 168 citovaného zákona)¹².

I přes uvedenou výluku však přiznává zákon o pobytu cizinců výslovně žalobě proti rozhodnutí o správním vyhoštění cizince odkladný účinek na vykonatelnost tohoto rozhodnutí, ledaže byl cizinec vyhoštěn z důvodu ohrožení bezpečnosti státu¹³. Zákon pak

¹⁰ Viz ust. § 122 odst.5 zákona č. 326/1999 Sb., o pobytu cizinců na území ČR

¹¹ Viz ust. § 171 odst. 2 zákona č. 326/1999 Sb., o pobytu cizinců

¹² Viz usnesení Městského soudu v Praze ze dne 25. 2. 2004, čj. 10 Ca 206/2003-37, uveřejněné ve Sbírce rozhodnutí a stanovisek Nejvyššího správního soudu č. 7/2005 pod č. 575

¹³ Viz ust. § 172 odst. 3 zákona č. 326/1999 Sb., o pobytu cizinců

odlišně od ust. § 72 odst. 1 soudního řádu správního stanoví **desetidenní** lhůtu pro podání žaloby proti takovému rozhodnutí, přičemž zmeškání lhůty nelze prominout¹⁴.

Již při bližším pohledu na uvedenou zákonnou formulaci výluky ze soudního přezkumu lze dospět k závěru, že tato výlučka není nastavena absolutně, neboť (nejde-li o občana Evropské unie), předpokládá jednoznačný závěr o skutkovém stavu, zjištěný ve správním řízení příslušným orgánem, ze kterého bude vyplývat při právním posouzení **neoprávněnost** pobytu cizince na území před samotným zahájením řízení o správním vyhoštění.

Jak již konstatoval ve svém rozhodnutí Nejvyšší správní soud¹⁵, rozhraničení situací, ve kterých cizinci, kterému bylo uděleno správní vyhoštění, svědčí právo na soudní přezkum, a ve kterých nikoli, těsně souvisí s tím, jak významný zásah do jeho práv a právem chráněných zájmů v jeho případě správní vyhoštění představuje a právě proto je v příslušném zákonném ustanovení zakotveno kritérium neoprávněnosti předchozího pobytu, které odráží zásadu, že pro cizince, jenž v České republice pobýval dosud legálně, určitým způsobem zde zakotvil a vytvořil si různé osobní či ekonomické vazby, *představuje správní vyhoštění výrazně větší zásah, než pro cizince, který buď do České republiky teprve přichází nebo který zde pobýval nelegálně a nepříslušelo mu tedy nikdy legitimní očekávání, že zde bude moci i setrvat.* Právě proto, nesvědčí této druhé skupině cizinců právo na soudní přezkum o jejich vyhoštění, neboť toto rozhodnutí pro ně není zásahem do základních práv a svobod.

Vycházejí ze zásady, že soud přezkoumá napadené rozhodnutí (jen) v mezích **žalobních bodů** ve smyslu ust. § 75 odst. 2 s.ř.s., pak je-li součástí žalobních tvrzení nesprávně či nedostatečně zjištěný skutkový stav a z něho vyplývající nesprávný závěr o neoprávněnosti pobytu cizince na území před zahájením správního řízení a tato tvrzená nezákonnost rozhodnutí vyplývá již ze samotného správního spisu, není v takovém případě možné podřadit jednoznačně napadené rozhodnutí pod ta, jež jsou vyloučena ze soudního přezkumu a není pak ani na místě rozhodnutí soudu o odmítnutí návrhu (žaloby) dle ust. § 46 odst. 1 písm. d) s.ř.s. ve spojení s ust. § 68 písm. e) s.ř.s. a napadené rozhodnutí podléhá soudnímu přezkumu.

Jestliže naopak v žalobních bodech nesprávnost skutkových a právních závěrů správního orgánu o neoprávněnosti pobytu cizince absentuje, jedná se o jednoznačný případ kompetenční výluky ve smyslu ust. § 68 písm. e) s.ř.s. ve spojení s cit. ust. § 171 odst. 1 písm. c) zákona o pobytu cizinců.

Otázkou zůstává, jakým způsobem by měl soud postupovat v případě, kdy součástí žalobních bodů je tvrzená nesprávnost závěrů správního orgánu o neoprávněnosti pobytu cizince, avšak ze správního spisu vyplývá správnost postupu správního orgánu; zda v takovém případě je správný postup soudu, kterým je žaloba odmítnuta pro zákonnou kompetenční výlučku a zda by naznačovaným postupem soudu i s přihlédnutím ke zmiňované judikatuře nebyla cizinci odňata možnost se domáhat ochrany svých práv ve smyslu čl. 36 odst. 2 Listiny základních práv a svobod. Při úvahách o odpovědi na tuto otázku je možné vyjít z judikatury Nejvyššího správního soudu, a to z názoru vysloveného v rozsudku sp. zn. 4 Azs 419/2005 dle kterého, při interpretaci ust. § 171 odst. 1 písm. c) zákona o pobytu cizinců je třeba vycházet z toho, že toto ustanovení tvoří výjimku z jinak pravidelného soudního přezkumu rozhodování veřejné správy a je třeba při aplikaci této výluky dbát zásady, že v případě pochybností je **zapotřebí**

¹⁴ Viz ust. § 172 odst. 2 zákona č. 326/1999 Sb., o pobytu cizinců

¹⁵ Viz rozsudek Nejvyššího správního soudu ze dne 12.4.2006 č.j. 3 Azs 62/2005-77

jakékoli výluky ze soudního přezkumu interpretovat ve prospěch soudního přezkumu, neboť jiný přístup by ve svých důsledcích mohl být odepřením spravedlnosti.

Jakkoli tedy není možné zpochybňovat správnost a ústavní konformitu výluky rozhodnutí o správním vyhoštění ze soudního přezkumu, pak při současné zákonné formulaci kompetenční výluky se jeví ve světle uvedeného správným postupem podrobení soudnímu přezkumu napadeného rozhodnutí a, nebudou-li shledány podmínky pro zrušení napadeného rozhodnutí pro vady řízení dle ust. § 76 odst. 1 s.ř.s., nutnost nařízení jednání a až na základě výsledků dokazování ve věci rozhodnout; až tehdy lze totiž spolehlivě přezkoumat správnost závěru správního orgánu o neoprávněnosti pobytu cizince.

Pokud totiž Nejvyšší správní soud konstatoval v citovaném rozhodnutí, že „rozhodnutí o správním vyhoštění je podle § 171 odst. 1 písm. c) zákona č. 326/1999 Sb., o pobytu cizinců na území České republiky a o změně některých zákonů, ze soudního přezkumu vyloučeno pouze tehdy, pokud cizinec pobýval neoprávněně na území České republiky nebo v tranzitním prostoru mezinárodního letiště bezprostředně před zahájením řízení o vyhoštění, nikoli v tom případě, kdy před zahájením správního řízení byl již pobyt cizince legalizován“, *je na místě učinit závěr, že možnost odmítnutí žaloby z titulu kompetenční výluky je tedy dána pouze tehdy, bude-li nesporné, resp. nebude-li součástí žalobních tvrzení nesprávnost závěru o tom, že cizinec před zahájením správního řízení o vyhoštění pobýval na území neoprávněně.*

Z hlediska soudního přezkumu se jako zajímavá jeví též otázka přezkumu rozhodnutí správního orgánu, které se správním vyhoštěním velice úzce souvisí, a to rozhodnutí, kterým byla zamítnuta žádost cizince o zrušení platnosti rozhodnutí o správním vyhoštění dle ust. § 122 odst. 5 zákona o pobytu cizinců.

Dle citovaného ustanovení mj. může policie na žádost cizince vydat nové rozhodnutí, kterým zruší platnost rozhodnutí o správním vyhoštění, jestliže pominuly důvody jeho vydání a uplynula polovina doby, po kterou nelze cizinci umožnit vstup na území.

Z uvedeného ustanovení by mohlo vyplynout, že rozhodnutí správního orgánu je založeno na jeho diskreční pravomoci dané fakticky „absolutní“ volnou úvahou, omezenou jen podmínkou uplynutí doby, po kterou nelze cizinci umožnit vstup na území. Nutno však konstatovat, že možnost tzv. absolutního správního uvážení v moderním právním státě neexistuje. Každé správní uvážení má totiž své meze dané zejména zákazem libovůle, principem rovnosti, zákazem diskriminace a zachovávání lidské důstojnosti, proporcionality atd. Dodržení těchto mezí podléhá soudnímu přezkumu.

K této otázce se ve své rozhodovací praxi vyjádřil též Nejvyšší správní soud, konkrétně pak mj. v rozhodnutí ze dne 28.2.2007 č.j. 4 As 75/2006-52. V posuzovaném případě Městský soud v Praze svým usnesením odmítl žalobu jako nepřijatelnou s odůvodněním, že právo na zrušení platnosti rozhodnutí o správním vyhoštění neexistuje. Konstatoval, že splnění podmínek uvedených v ustanovení § 122 odst. 5 zákona o pobytu cizinců je nezbytným podkladem pro rozhodování správního orgánu o zrušení platnosti rozhodnutí o správním vyhoštění, avšak ani při jejich splnění nevzniká žadateli nárok na vydání takového rozhodnutí, resp. povinnost správního orgánu platnost tohoto rozhodnutí zrušit. Soud dále dospěl k závěru, že správní orgán o žádném veřejném subjektivním právu žadatele nerozhoduje a s ohledem na neexistenci práva ani nemůže a že je tedy vyloučeno, aby důsledkem tohoto rozhodnutí bylo založení práva, popř. jeho změna, zrušení nebo jeho závazné určení. Rozhodnutí o zamítnutí žádosti o zrušení platnosti rozhodnutí o správním vyhoštění, resp. rozhodnutí odvolacího orgánu, tak není rozhodnutím ve smyslu § 65 odst. 1 a 2 s. ř. s. a je

tedy vyloučeno ze soudního přezkumu podle ustanovení § 70 písm. a) s. ř. s. Nejvyšší správní soud při posuzování kasační stížnosti proti citovanému usnesení dospěl k závěru, že názor Městského soudu v Praze je nesprávný.

Dle citovaného závěru Nejvyššího správního soudu, s přihlédnutím k tomu, že právo na soudní přezkum každého rozhodnutí správního orgánu (ledaže by bylo zákonem výslovně vyloučeno) je jedním z veřejných subjektivních práv explicitně zaručených Listinou, přičemž mezemi práva na přístup k soudu jsou právě mj. kompetenční výluky, je třeba při jejich užívání vždy nutno zjistit, z jakého důvodu zákon určitou kompetenční výlukou obsahuje, a respektovat její smysl; nepřijatelný je zejména formalistický výklad, dovolávající se textu zákona proti jeho skutečnému smyslu. Rozhodnutí ve věci o zrušení platnosti rozhodnutí o správním vyhoštění totiž rozhodnutím správního orgánu je, neboť se úzce dotýká právní sféry žadatele; pokud správní orgán jeho žádosti vyhoví, odpadne povinnost ukončení pobytu cizince na území České republiky i zákaz vstupu na toto území; jestliže žádosti nevyhoví, odepře tím žadateli možnost vstupovat, resp. pobývat na území České republiky a není přitom rozhodné, zda se rozhodování ve věci zrušení platnosti rozhodnutí o správním vyhoštění děje ve sféře volného uvážení správního orgánu či nikoliv.

Samotná skutečnost, zda je rozhodnutí založeno na volné úvaze či nikoliv, má pak význam pouze z hlediska rozsahu přezkumu. Je nutné připomenout, že žalobní legitimace musí být dána i pro případy přezkumu rozhodnutí založených na volném správním uvážení, protože jinak by soud vůbec nemohl přezkoumat jeho použití ani z těch hledisek, která mu předepisuje § 78 odst. 1 věta druhá s. ř. s. a nelze argumentovat ani tím, že v některých případech je správní uvážení absolutní a nemá tedy meze, které by vůbec mohly být překročeny.

Věřím, že se mi ve stručnosti podařilo přiblížit pohled na judikaturu v oblasti soudního přezkumu velmi specifických rozhodnutí, týkajících se cizinců. Jsem si vědom úzkého zaměření dané problematiky, avšak podle mého je nutno právě oblasti cizinců věnovat i s přihlédnutím k otázce stálého rozšiřování evropského prostoru zvýšenou pozornost, a to ze všech hledisek. Lze bez nadsázky konstatovat, že míra a způsob poskytování ochrany práv cizincům leccos vypovídá o postoji země a jejích obyvatel k cizincům obecně.

Literatura:

- Rozsudek Nejvyššího správního soudu ze dne 12.4.2006 č.j. 3 Azs 62/2005-77
- Rozsudek Nejvyššího správního soudu ze dne 14.7.2005 č.j. 5 Azs 94/2005-52
- Rozsudek Nejvyššího správního soudu ze dne 28.2.2007 č.j. 4 As 75/2006-52
- Rozsudek Nejvyššího správního soudu ze dne 29.9.2006 č.j. 4 Azs 419/2005-65
- Usnesení Městského soudu v Praze ze dne 25. 2. 2004, čj. 10 Ca 206/2003-37
- Úmluva o ochraně lidských práv a svobod
- Zákon č. 150/2002 Sb., soudní řád správní
- Zákon č. 221/2003, o dočasné ochraně cizinců
- Zákon č. 325/1999 Sb., o azylu
- Zákon č. 326/1999 Sb., o pobytu cizinců na území České republiky a o změně některých zákonů

Kontaktní údaje na autora – email:
petr.hlustik@vsb.cz

JE EVROPSKÉ OBČANSTVÍ PRO KAŽDÉHO?

JOSEF CHÝLE

Právnická fakulta Masarykovy univerzity; Nejvyšší soud České republiky, Česká republika

Abstrakt v rodném jazyce

Autor se v příspěvku zabývá vymezením vztahu občanství Unie a státního občanství a nastiňuje základní problémy spojené s otázkou, jak je občanství Unie svázáno s jednotlivými státy a zda je ovládáno z evropské či z národní úrovně. Analyzuje pojem občanství, evropského občanství a občanství Unie z teoretického hlediska a popisuje historický vývoj koncepce občanství Unie. Zkoumá práva a povinnosti občanů Unie v návaznosti na okruh subjektů, jež se mohou stát nositeli občanství Unie. Autor vede disputaci o současné minimální koncepci občanství Unie zakotvené v části druhé Smlouvy o Evropské unii a o konceptu úzkého propojení občanství Unie a úprav nabývání a pozbyvání státního občanství v jednotlivých členských státech.

Klíčová slova v rodném jazyce

Občanství Unie, státní občanství, smlouva o Evropské unii.

Abstract

This contribution concerns the current problems and definition of the EU citizenship, including the basic relations of it and the Czech national citizenship, as well as the legal comparison to some neighbouring states of the European Union. Further enquires into the main subjects of the EU citizenship, their obligations and rights, including among other things the „minimal citizenship conception“ based on part two of the EU Treaty and the „close junction conception“ executed by the EU and its members, especially accentuated at the influence of acquiring or losing the national citizenship to the EU citizenship.

Key words

EU Citizenship, citizenship rights, EU treaty.

Vážené dámy, vážení pánové, milé hosté,

ústředním tématem tohoto příspěvku je pokusit se nastínit základní problémy spojené s otázkou, jak je občanství Unie svázáno s jednotlivými státy a zda je ovládáno z evropské či z národní úrovně.

Pro většinu lidí, zabávající se správním právem, jsou úvahy o právním řádu jiném než českém diskusí za hranicí osobní zkušenosti a také trochu exkluzivním tématem pro vyvolené. I zprostředkovaný kontakt může být v mnohém obohacující. Oním tajuplným prvkem ale nebudou pompézní summity či recepce diplomatů. To podstatné, co činí z poznání praxe zahraničních právních řádů něco zvláštního, je osobité fungování moci ve vnitrostátním politickém systému a jejich vzájemné srovnání fungování v evropských demokratických zemích, které jsou nám, nejen geograficky, ale především systémově, po přístupu do struktur Evropské unie, ještě blíže než kdykoliv předtím. S ohledem na omezený časový prostor a fundovanost tohoto fóra se při definování pojmu občanství omezím toliko na to, že jde o specifický institut zprostředkovávající vztah státu a jeho obyvatel, tedy občanů. Při definování evropského občanství je vhodné z přehrášle teoretických konceptů různých autorů zmínit Richarda Bellamyho, jenž evropské občanství definoval jako komunitárně kosmopolitní.

Vychází z přesvědčení, že Evropská unie respektuje jak základní práva společná všem členským státům, tak rovněž národní identity jednotlivých členských států (komunitarismus, kosmopolitismus).

Toto vymezení je velice podstatné, neboť Smlouva o Evropské unii (dále jen „Smlouva“), jež pojem občanství Unie zavádí již ve své preambuli, tento pojem nedefinuje a nenalezneme jej ani v ostatních tzv. zřizovacích smlouvách. Pokud však nahlédneme do španělského memoranda k článku 17 Smlouvy, nalezneme zde vymezení občanství EU, jež „je osobní a nezczitelné právní postavení státních příslušníků členských států Unie“. Smlouva pak vymezuje, kdo je občanem EU, v článku 17 tak, že „každá osoba, která má státní příslušnost členského státu, je občanem Unie“.

Přestože práva plynoucí z občanství Unie mají všichni občané Unie, jejich konkrétní realizace je mnohdy spjata s národní právní úpravou.

Jak jsem již shora zmínil, v preambuli Smlouvy se členské státy dohodly na postupu, že chtějí „zavést společné občanství pro státní příslušníky svých zemí“, a proto byla do Smlouvy začleněna část druhá, nazvaná „Občanství Unie“, která v šesti člancích popisuje základní práva občanů Unie.

Debata o evropském občanství se v následujícím období zaměřila na otázku, zda má mít přímý efekt či nikoli. Zde se projevilo odlišné nazírání na koncept občanství Unie ze strany jednotlivých členských států. Státy jako Dánsko či Velká Británie se od počátku postavily proti vytvoření konceptu jednotného unijního občanství, poněvadž se obávaly, že by členské státy mohly ztratit možnost rozhodovat o tom, kdo je občanem jeho státu, a tedy i občanem Unie. V roce 1997 byl tak Amsterodamskou smlouvou opětovně dotčen koncept občanství Unie, a to ustanovením o vztahu národního a evropského občanství, tak, že „občanství Unie doplňuje státní příslušnost členského státu, ale nenahrazuje ji“, čímž došlo k posílení tzv. minimalistická koncepce evropského občanství.

Článek 18 Smlouvy stanoví, že každý občan Unie má právo svobodně se pohybovat a pobývat na území členských států s výhradou omezení a podmínek stanovených v této smlouvě a v opatřeních přijatých k jejímu provedení. Toto ustanovení tak zdůrazňuje nejvýznamnější práva občanů Unie, a to jejich volný pohyb a garance pobytu na území členských států. Ovšem oproti mnohým názorům je nutné akcentovat výhrady a omezení uvedené v tomto článku. Článek 308 Smlouvy umožňuje přijmout sekundární legislativu v oblasti podpory občanství – zejména se jedná o podporu aktivního evropského občanství.

Nyní se, vážení kolegové, dostáváme k tomu, proč můj příspěvek nese shora uvedený název. Obecně se na občanství Unie nazírá tak, že každý, kdo získá státní občanství některého z členských států Evropské unie, má automaticky občanství Unie, a to bez výjimky. Není třeba o něj nikde žádat a má právo ve smyslu článku 17 smlouvy o Evropském společenství požívat veškerých výhod definovaných komunitárním právem. V Prohlášení č. 2 o státní příslušnosti členského státu (v tomto případě má prohlášení funkci výhrad, ač tak není *expressis verbis* označeno) se však na samotný závěr smlouvy „krčí“ ustanovení: „Konference prohlašuje, že všude tam, kde se Smlouva o založení Evropského společenství zmiňuje o státních příslušnicích členských států, řeší se otázka, kterého členského státu má jednotlivec státní příslušnost, výlučně odkazem na vnitrostátní právo příslušného členského státu. Členské státy mohou pro informaci upřesnit formou prohlášení uloženého u předsednictví, kdo má být považován za jejich státní příslušníky pro účely Společenství; podle potřeby mohou takové prohlášení změnit.“

Z toho je zřejmé, že každý členský stát ES může určit, jaký okruh jeho občanů má statut občanů Unie. Prohlášení č. 2 o státní příslušnosti členského státu omezuje aplikaci článku 17 Smlouvy tak, že orgány Společenství mohou zasahovat do úprav jednotlivých členských států ohledně nabývání a pozbývání státního občanství konkrétního členského státu ES pouze minimálně. Celá řada autorů, jež se zabývá problematikou občanství, dovozuje, že unijní (evropské) občanství je automaticky a bez dalšího poskytnuto všem občanům členských zemí. Avšak ne každý, kdo je státním příslušníkem členského státu Unie, má občanství Unie. Evropský soudní dvůr ve svých rozhodnutích dovodil, že národní úprava nabývání a pozbývání státního občanství členských států může s ohledem na čl. 17, 18 a Prohlášení č. 2 Smlouvy vymezovat okruh osob potencionálních nositelů práv a povinností vyplývajících z komunitárního práva jinak. Obecně závazné normativní akty členského státu Unie mohou tedy stanovit, kdo z jeho občanů má být považován za občana Unie a kdo ne, ovšem tyto musí být v souladu s mezinárodními závazky a úmluvami (srov. rozhodnutí Evropského soudního dvora ve věci Micheletti, sp. zn. C-369/90).

Možnost přímého výkonu evropské veřejné správy je omezena jen na věci ve výlučné působnosti komunitárních orgánů, tedy do oblastí, kde je prioritou zájmu evropské politiky a možnost politického konsensu. Proces aplikace je vázán na její implementaci do vnitrostátních úprav. Právě ta je ovšem zdrojem komplikací. Podle judikatury Evropského soudního dvora je každý stát povinen v mezích své pravomoci používat komunitární právo a chránit práva, která z tohoto práva jednotlivcům vznikají. Dále judikoval i povinnost odhlédnutí od vnitrostátní úpravy, pokud je v rozporu s právem Společenství. Zde je s ohledem na koncepci státního občanství dále nutno poukázat na základní principy jako princip rovnosti, princip proporcionality či princip legitimního očekávání a logický rozpor úpravy občanství Unie a úprav nabývání a pozbývání státního občanství ve vybraných členských státech EU. Přestože byl definován koncept Migrants Forum, jenž nabourává koncept inherence národního a evropského občanství, poněvadž akcentuje význam evropského občanství vycházejícího z trvalého pobytu osob na území Evropského společenství, díky němuž jsou občanům Unie garantována některá další práva, a to práva sociální či právo účastnit se na politickém rozhodování ve státě, je v evropském prostředí občanství stále vnímáno především ve spojení s národem, ať už o něm hovoříme v politickém, nebo sociálně- kulturním významu. Jak řekl Shaw, evropské občanství by mělo občanům členských států Unie dát více, a to možnost účastnit se ekonomických, sociálních, kulturních a politických aktivit bez ohledu na tradiční hranice evropských národních států a nebýt jen prázdnou frází. Je otázkou, zda minimální koncepce občanství Unie, na níž se byly členské státy EU schopny dohodnout, je tou, jež tyto ideje skutečně dokáže naplnit.

Literatura:

- Bellamy, R.: Citizenship beyond the nation state: The Case of Europe from Political Theory in Transition. London: Routledge, 2000.
- European citizenship, European identity, European values: international project: Czech Republic, Hungary, Slovaika, Slovenia/ Smlouva o Evropské unii. Praha: Friedrich Naumann Foundation, 2008, 16s., ISBN 978-80-254-1930-4.
- Kučera, V., Valášek, M.: Státní občanství. Komentář. Praha: LINDE, 2006, 287 s., ISBN 80-7201-625-3.

- Rechová, J.: Evropský konstitucionalismus: zdroje, formy a tendence. Praha: Oeconomia, 2003, 165 s., ISBN 80-245-0647-5.
- Shaw, J.: Citizenship of the Union: Towards Post-national membership? Jean Monnet Working Paper No. 6/97, 1997, on-line text dostupný z <http://www.jeanmonnetprogram.org/papers/97/97-06-.html>.
- Shaw, J.: The Interpretation of European Union Citizenship. The Modern Law Review, No. 3, Volume 61. Londýn, 2003, s. 293 – 317, on-line verze dostupná z <http://www.blackwell-synergy.com/doi/pdf/10.1111/1468-2230.00145>.
- Šišková, N.: Evropská unijní ochrana lidských práv: (Charta a další instrumenty ochrany lidských práv v EU). Linde: Praha, 2001, 217 s., ISBN 80-7201-278-9.

Kontaktní údaje na autora – email:

JosefChyle@seznam.cz

NĚKOLIK POZNÁMEK K PRÁVNÍ ÚPRAVĚ HOSPODAŘENÍ CELKŮ ÚZEMNÍ SAMOSPRÁVY

JAN JANEČEK

Krajský úřad Královéhradeckého kraje, Česká republika

Abstrakt v rodném jazyce

Příspěvek se zabývá otázkou právní úpravy hospodaření celků územní samosprávy s jejich majetkem. Upozorňuje příkladmo na nesystémové rozdílnosti v právní úpravě daných otázek u obcí, krajů a hlavního města Praha. Přitom je podávám stručný výklad vybraných veřejnoprávních institutů tzv. zprostředkovaného výkonu vlastnických práv samosprávných celků.

Klíčová slova v rodném jazyce

Celky územní samosprávy, majetek, právní úprava, hospodaření.

Abstract

This article deals with problematic of legal regulation of territorial self-governmental unit property management. It points out non-systematic differences occurring in legal regulation of the above mentioned questions concerning municipalities, self-governmental regions and capital city of Prague. Brief explanation of chosen public-legal institutes of so called intermediated performance of ownership rights of territorial self-governmental units.

Key words

Territorial self-governmental units, property, legal regulation, management.

Otázky právní úpravy hospodaření celků územní samosprávy s jejich majetkem, zdá se, stojí na okraji pozornosti nejen odborné veřejnosti, ale i samotného zákonodárce. Právě asi nedostatkem pozornosti posledně jmenovaného lze vysvětlit to, že i při poměrné spornosti právní regulace sledovaných otázek můžeme v dotčených právních předpisech nalézt poměrně velké množství „ne zcela šťastně“ formulovaných ustanovení. Navíc pak, zdá se, v mnoha případech neodůvodněně a nedůvodně, zákonodárce zavádí rozdílnou úpravu hospodaření s majetkem celků územní samosprávy pro obce, kraje a hlavní město Prahu, k čemuž se již před časem vyjadřoval např. Havlan¹.

V obecné rovině lze k právní úpravě hospodaření celků územní samosprávy v krátkosti poznamenat asi tolik, že je založena na obecných předpisech „soukromého práva“, především tedy občanského a obchodního². Vycházeno je přitom z toho, že celky územní samosprávy jsou především právními osobami „se vším všudy“, a jako takové mohou vstupovat v zásadě do všech majetkoprávních vztahů. K obecné úpravě přistupuje zvláštní, která do značné míry reaguje na charakter celků územní samosprávy, jejich funkce a poslání a dotváří tak jejich postavení v majetkoprávních vztazích. Podstatou oné zvláštní úpravy pak jsou především různá omezení a další pravidla realizace jednotlivých úkonů, resp. obecná pravidla

¹ Havlan, P.: K úskalím zákonné úpravy majetku územních samosprávných celků. *Právní rozhledy : časopis pro všechna právní odvětví*, Praha : C. H. Beck, Roč. 11, č. 7, od s. 356-360, 5 s. ISSN 1210-6410. 2003.

² Havlan, P. a kol.: *Majetek obcí a krajů v platné právní úpravě*. 2. aktualizované a podstatně doplněné vydání. Praha : Linde, 2008. 320 s. ISBN 978-80-7201-708-9.

vymezuující „směry“, kterými by se hospodaření s majetkem celků územní samosprávy mělo ubírat. Konkrétně se pak jedná především o „majetková“ ustanovení zákona o obcích, zákona o krajích a zákona o hlavním městě Praze a dále o některá ustanovení zákona o rozpočtových pravidlech územních rozpočtů.

V následujícím textu chci v krátkosti upozornit na některá z oněch „ne zcela šťastně“ formulovaných ustanovení oné zvláštní úpravy hospodaření celků územní samosprávy s jejich majetkem a tam, kde to bude vhodné poukázat na problémy, které s sebou pro veřejnoprávní praxi přináší.

První případ, který si zaslouží pozornost, souvisí se specifickými způsoby výkonu vlastnického a jiných majetkových práv celků územní samosprávy, o kterých můžeme souhrnně hovořit jako o zprostředkovaném výkonu. Konkrétně jde o to, že shora zmiňované právní předpisy, o kterých v souvislosti s otázkami hospodaření celků územní samosprávy bylo v tomto textu pojednáno jako o „zvláštních“ (ve vztahu k předpisům práva občanského a obchodního), tj. zákon o obcích, zákon o krajích, zákon o hlavním městě Praze a tzv. malá rozpočtová pravidla připouštění, aby vlastnická a jiná majetková práva obcí, krajů resp. hlavního města Prahy byla vykonávána subjekty či organizačními útvary odlišnými od nositelů těchto práv (obcí, krajů a hlavního města Prahy). Naposledy zmiňované předpisy pak upravují 4 odlišné (někdy i zcela zásadně) instituty diskutovaného „zprostředkovaného výkonu“ vlastnických a jiných majetkových práv celků územní samosprávy, přičemž jsou 3 z nich shodně označovány jako „správa“, což samo o sobě lze považovat za přinejmenším nevhodné z legislativně technického hlediska. Problémových momentů (a to i podstatně závažnějších) je však možné v případě čtvera případů zprostředkovaného výkonu majetkových práv nalézt mnohem více. O co konkrétně jde?

Prvním případem „správy“ je správa ve smyslu ustanovení § 26 písm. e) RPÚR. Tou zákonodárce označuje de facto rozsah „oprávnění a povinností“ organizační složky celku územní samosprávy k určité části majetku jejího zřizovatele, který jí byl svěřen, aby jej užívala pro účely, pro které byla zřízena, „a v rámci vymezené pravomoci o něj pečovala.“ Jde tedy o svého druhu souhrnné označení organizačního (nikoliv právního) vztahu organizační složky celku územní samosprávy, tedy jednotky organizačního charakteru bez právní subjektivity (non subjektu) k části majetku jejího zřizovatele. Organizační složka nemá právní subjektivitu, není účetní jednotkou a vystupuje-li v právních vztazích, tak vždy jménem a na účet svého zřizovatele. Z povahy věci není možné o právě rozebíraném případě „správy“ uvažovat jako o právu svého druhu, protože takové právo by jednoduše nemělo komu svědčit (organizační složka nemá právní subjektivitu). Lze uzavřít zatím s tím, že se jedná, jak už bylo shora konstatováno, o souhrnné označení „oprávnění a povinností“ tvořících organizační vztah mezi organizační složkou a částí majetku jejího zřizovatele, k němuž zřizovatel vykonává svá vlastnická a jiná majetková práva organizačně zprostředkovaně.

Zásadně rozdílný obsah má pak pojem „správy“, o kterém malá rozpočtová pravidla hovoří hned v následujícím paragrafu (!), konkrétně v ustanovení § 27 odst. 2 písm. e) RPÚR. Zarážející je už samotný fakt, že je v rámci jednoho právního předpisu užíván jeden výraz pro označení dvou zásadně rozlišných institutů. Správou ve smyslu ustanovení § 27 odst. 2 písm. e) RPÚR zákonodárce totiž chápe svého druhu právo příspěvkové organizace celku územní

samosprávy³, na základě něhož tento právní subjekt svého druhu vykonává část (mnohdy i podstatnou) vlastnických a jiných majetkových práv svého zřizovatele (celku územní samosprávy) k části majetku zřizovatele, který jí byl jím vymezen. V daném případě tedy uvažujeme o právně zprostředkovaném výkonu majetkových práv, kdy příspěvková organizace je právnickou osobou jednající v právních vztazích vlastním jménem a na vlastní účet. Hovoříme-li o správě v souvislosti s příspěvkovými organizacemi celků územní samosprávy, je nutné upozornit také na to, že obsah „správy“ je do značné míry závislý na vůli zřizovatele příspěvkové organizace a může se tak případ od případu i podstatně lišit. Nediskusní není ani to, výkon jakých majetkových práv může být příspěvkové organizace vlastně jejím zřizovatelem (prostřednictvím jejich vymezení ve zřizovací listině) svěřen. Na první pohled by se mohlo zdát, alespoň pokud budeme hodnotit úpravu danou malými rozpočtovými pravidly, že při vymezování majetkových práv, jejichž výkon má být realizován příspěvkovou organizací není v zásadě její zřizovatel ničím omezen, tedy že příspěvková organizace může v zásadě vykonávat jakákoli majetková práva obce, kraje či hlavního města Prahy. Malá rozpočtová pravidla žádná výslovná omezení nekladou a přihlédneme-li při jejich výkladu k dikci ustanovení § 38 odst. 2, které souvisí s dalším případem z oněch 4 druhů „zprostředkovaného výkonu majetkových práv“ (nikoliv nepodobného „správy“ příspěvkových organizací) – tentokrát s tzv. vkládáním majetku do hospodaření dobrovolných svazků obcí – a podle kterého „majetková práva k vlastnímu majetku obcí, která jsou vyhrazena obecnímu zastupitelstvu, nelze převést na orgány svazku obcí“, tak i z absence podobné úpravy směrem k vymezování majetkových práv tvořících obsah „správy“ u příspěvkových organizací by se dalo dovozovat, že skutečně žádná omezení pro zřizovatele kladena nejsou. Věc není však tak jednoduchá, jak by se mohlo zdát. Všechny tři zákony o celcích územní samosprávy totiž výslovně normují, že o určitých majetkoprávních úkonech jsou oprávněny rozhodovat výhradně jen některé z jejich orgánů (především zastupitelstvo a rada – tzv. vyhrazená působnost). Vykládáme-li pak příslušné pasáže malých rozpočtových pravidel v kontextu se zákony o celcích územní samosprávy, musíme dojít k závěru, že ve zřizovací listině mohou být příspěvkovým organizacím vymezena jen taková majetková práva jejich zřizovatelů, která nespádají do tzv. vyhrazené působnosti některých z jejich orgánů, neboť o nich mohou rozhodovat právě jen tyto orgány a nikdo jiný. Ve světle tohoto výkladového závěru se pak na druhou stranu může zdát poněkud nadbytečným a snad i matoucím shora citované ustanovení § 38 odst. 2 RPÚR, neboť vzhledem k úpravě zákona o obcích by svěřený výkon majetkových práv obce dobrovolnému svazku obcí mohlo být stejně realizováno jen v rozsahu tzv. nevyhrazených působností. V případě dobrovolných svazků obcí a jim do hospodaření členskými obcemi vloženého majetku a k němu vymezovaných majetkových práv však musíme dále zohlednit vztah zákona o obcích a malých rozpočtových pravidel, kdy posléze jmenovaný předpis lze, pokud jde o úpravu postavení dobrovolných svazků obcí považovat za zvláštní k prvně jmenovanému. Z toho pak vyplývá také jeho aplikační přednost a z ní závěr, že dobrovolné svazky obcí, na rozdíl od příspěvkových organizací, mohou vykonávat i taková majetková práva obcí, která spadají do tzv. vyhrazené působnosti rady obce (viz § 102 odst. 2 OZř). Prakticky ovšem, s ohledem na obsah tzv. vyhrazených pravomocí rady obce a především její možnost „svěřit“ příspěvkové organizaci obce zcela nebo zčásti rozhodování o uzavírání nájemních smluv a smluv o výpůjčce jinak, než formou vymezení těchto práv ve zřizovací listině [srov. § 102 odst. 2

³ K tomu viz blíže také Janeček, J.: *Vztah příspěvkové organizace k majetku obce (3)*, Moderní obec, Praha: ECONOMIA, a. s., roč. XII, č. 6, 2006, od s. 46, 1 s., ISSN 1211-0507, Janeček, J.: *Vztah příspěvkové organizace k majetku obce (2)*, Moderní obec, Praha: ECONOMIA, a. s., roč. XII, č. 5, 2006, od s. 50, 1 s., ISSN 1211-0507 a Janeček, J.: *Vztah příspěvkové organizace k majetku obce (1)*, Moderní obec, Praha: ECONOMIA, a. s., roč. XII, č. 4, 2006, od s. 49-50, 2 s., ISSN 1211-0507.

písm. m) OZř], může obec dosáhnout toho, že její příspěvková organizace bude vykonávat majetková práva obce ve stejném rozsahu, jako dobrovolný svazek obcí. Podobně tak může učinit i hlavní město Praha. V jeho případě totiž zákonodárce, na rozdíl od obcí a krajů, rozhodování o uzavírání nájemních smluv a smluv o výpůjčce neoznačil jako „vyhrazené“ (což je samo o sobě zajímavá a asi jen těžko rozumně zdůvodnitelná odchylka). S ohledem na shora konstatované pak lze shrnout, že příspěvkové organizace obcí a hlavního města Prahy mohou vykonávat majetková práva svých zřizovatelů v rozsahu shodném s rozsahem, v jakém dobrovolné svazky obcí mohou vykonávat majetková práva svých členských obcí k majetku, který jim byl jimi vložen do hospodaření (viz § 38 RPÚR). Zákonodárce v tomto případě dosáhl třemi různými způsoby (!) téhož výsledku. Dále pak lze učinit závěr, že příspěvkové organizace krajů nemohou, na rozdíl od příspěvkových organizací obcí a hlavního města Prahy nebo dobrovolných svazků obcí, jim do správy svěřený majetek svého zřizovatele samy pronajímat nebo vypůjčovat. Otázkou je, proč zákonodárce krajům neumožňuje, aby i jejich příspěvkové organizace mohly rozhodovat o tomto způsobu naložení s majetkem jejich zřizovatelů. Zdá se, že daná problematika není řešena příliš systémově.

Pro úplnost se sluší ke shora zmíněným dobrovolným svazkům obcí a jim vykonávaným majetkovým právům jejich členských obcí poznamenat tolik, že dobrovolné svazky obcí jsou sdruženími svého druhu, jejímiž členy mohou být výhradně obce. Z majetkového hlediska je pak zajímavé to, že tato sdružení hospodaří s majetkem „dvojího druhu“, a sice vlastním, tj. majetkem v jejich vlastnictví, „který získaly svou vlastní činností“, a dále s majetkem (jak bylo již shora poznamenáno), který „do jejich hospodaření vložily“ členské obce. Posléze uvedený zůstává pak ve vlastnictví obcí, které pak také určují rozsah majetkových práv, která k tomuto majetku dobrovolné svazky obcí mohou vykonávat (podrobněji viz shora). Nedůslednost zákonodárce je možné sledovat i zde, když v ustanovení § 38 odst. 2 RPÚR nejprve hovoří o „přenášení“ majetkových práv na orgány svazku obcí a následně v tom samém ustanovení pro stejný akt používá pojem „převod“.

Posledním z případů zprostředkovaného výkonu vlastnických a jiných majetkových práv celků územní samosprávy, konkrétně pak hlavního města Prahy je „správa“ ve smyslu ustanovení § 19 odst. 1 zákona o hlavním městě Praze. Svěřeným do správy je majetek hlavního města Prahy, „správcem“ je potom městská část. Ke svěření majetku dochází prostřednictvím statutu, tedy právním předpisem ve formě obecně závazné vyhlášky. Statutem je pak také městské části, jako právnické osobě, určen rozsah práv, která může ve vztahu k jí svěřenému majetku hlavního města Prahy vykonávat. Odejmutí svěřené věci ze správy je možné jen za zákonem stanovených podmínek (viz § 19 zákona o hlavním městě Praze), a to změnou statutu. I v případě poslední ze zmiňovaných „správ“ se projevuje nedůslednost (nepozornost) zákonodárce, když např. v ustanovení § 19 odst. 1 zákona o hlavním městě Praze nejprve hovoří o „svěření věcí do správy“, následně o „svěřené správě majetku“, která může být odejmuta jen za určitých podmínek a následně v odstavci 2 opět o dalších možnostech (v návaznosti na předcházející odstavce) odnětí „svěřených věcí“.

Shora na jednom příkladu prezentovaný „ráz“ právní úpravy zkoumaných otázek, domnívám se, nasvědčuje tomu, že problematika hospodaření celků územní samosprávy byla doposud zákonodárcem vnímána pravděpodobně jako ne příliš podstatná. Bohužel, při zohlednění současného vývoje se nezdá, že by tomu v blízkém budoucnu mělo být jinak, o čemž přesvědčuje např. návrh novely zákona č. 250/2000 Sb. o rozpočtových pravidlech územních rozpočtů, ve znění pozdějších předpisů projednávaný Poslaneckou sněmovnou Parlamentu České republiky jako sněmovní tisk č. 542/2008.

Literatura:

- Havlan, P.: K úskalím zákonné úpravy majetku územních samosprávných celků, *Právní rozhledy : časopis pro všechna právní odvětví*, Praha : C. H. Beck, roč. 11, č. 7, od s. 356-360, 5 s. ISSN 1210-6410. 2003.
- Havlan, P. a kol.: *Majetek obcí a krajů v platné právní úpravě*. 2. aktualizované a podstatně doplněné vydání, Praha : Linde, 2008. 320 s. ISBN 978-80-7201-708-9.
- Janeček, J.: *Vztah příspěvkové organizace k majetku obce (3)*, Moderní obec, Praha: ECONOMIA, a. s., roč. XII, č. 6, 2006, od s. 46, 1 s., ISSN 1211-0507.
- Janeček, J.: *Vztah příspěvkové organizace k majetku obce (2)*, Moderní obec, Praha: ECONOMIA, a. s., roč. XII, č. 5, 2006, od s. 50, 1 s., ISSN 1211-0507.
- Janeček, J.: *Vztah příspěvkové organizace k majetku obce (1)*, Moderní obec, Praha: ECONOMIA, a. s., roč. XII, č. 4, 2006, od s. 49-50, 2 s., ISSN 1211-0507.

Kontaktní údaje na autora – email:

ja.janecek@kr-kralovehradecky.cz

K VYBRANÝM OTÁZKÁM DOKAZOVÁNÍ V AZYLOVÉM ŘÍZENÍ

JANA JURNÍKOVÁ

Právnická fakulta Masarykovy univerzity, Česká republika

Abstrakt v rodném jazyce

Článek pojednává o problematice dokazování v řízení o udělení mezinárodní ochrany. Poukazuje na vztah azylového zákona a správního řádu se důrazem na povinnosti správního orgánu a práva účastníka řízení.

Klíčová slova v rodném jazyce

Azylové řízení, správní řízení, dokazování, správní uvážení.

Abstract

This article deals with asylum procedure and burden of producing evidence. The main aim is referred to relation between asylum procedure and administrative procedure with emphasis on procedure rights of asylum seeker and duties of administrative authority.

Key words

Asylum procedure, administrative procedure, proofs, administrative discretion.

1. ÚVODEM

Uprchlíctví náleží mezi významné problémy současného světa. Problematika azylu jako jedné z forem mezinárodní ochrany je upravena zák. č. 325/1999 Sb., o o azylu a o změně zákona č. 283/1991 Sb., o Policii České republiky, ve znění pozdějších předpisů, (dále jen zákon o azylu). Tento zákon poskytuje právní rámec nejen z hlediska hmotněprávního, ale také z hlediska procesněprávního. Vedle norem správního práva se na tomto poli uplatňují především normy práva ústavního, občanského, rodinného a trestního. Vzhledem k povaze věci hrají důležitou roli také mezinárodní smlouvy (Úmluva o právním postavení uprchlíků z roku 1951 a Protokol z roku 1967, Úmluva o právech dítěte, Úmluva o odstranění všech rasové forem diskriminace, Mezinárodní pakt o občanských a politických právech z roku 1966 apod.).

2. DOKAZOVÁNÍ V ŘÍZENÍ O UDĚLENÍ AZYLU

Obecně lze říci, že klíčová definice pro určení, komu bude azyl udělen, je zakotvena v § 12. Podle ní se „azyl udělí cizinci, bude-li v řízení zjištěno, že cizinec má ve státě, jehož státní občanství má, odůvodněný strach z pronásledování z důvodů rasy, náboženství, národnosti, příslušnosti k určité sociální skupině nebo zastávání určitých politických názorů, nebo je pronásledován za uplatňování politických práv a svobod.“ Jak již bylo výše řečeno, zdrojem odůvodněného strachu musí být pronásledování. Pojem pronásledování určuje vztah jedince na straně jedné, a státu na straně druhé. Subjektem pronásledování je tedy stát. Pronásledování může vycházet ze státních orgánů, ale i jiných složek, které fakticky jednají v zájmu státu. Pro přičitatelnost jednání státu je podstatná ta skutečnost, že stát de facto ovládá.¹ Dalším zdrojem pronásledování mohou být fyzické nebo právnické osoby. Tato

¹ Mezi takové případy můžeme řadit politické strany nebo církve.

forma pronásledování může být přičitatelná státu pouze tehdy, pokud stát zůstává nečinným a neposkytuje účinnou ochranu, jeho jednání lze tedy posuzovat jako opomenutí.² Pro posouzení splnění této podmínky bude směrodatné i to, zda žadatel o udělení mezinárodní ochrany využil možnosti požadovat ochranu svých práv u kompetentních orgánů jeho domovského státu.

Výčet důvodů, které mohou být příčinnou pronásledování, je taxativně stanoven a jednotlivce musí prokázat existenci alespoň jednoho z nich. Důvod, na základě kterého cizinec podává žádost o mezinárodní ochranu, je nutno blíže specifikovat již v okamžiku zahájení řízení, které je vedeno Ministerstvem vnitra. Právě tato uvedená skutečnost je rozhodná pro způsob, jakým je dále rozhodujícím správním úřadem vedeno dokazování, a to za účelem naplnění jedné ze základních zásad správního řízení, kterou je zásada materiální pravdy. Jedním z cílů azylového řízení je prokázat skutečnost, že pobyt cizince v zemi jeho původu se pro něj stal nesnesitelným, nebo by se stal nesnesitelným v případě jeho návratu, a to z taxativně stanovených důvodů.³ Vzhledem ke skutečnosti, že řízení o mezinárodní ochraně je jedním ze zvláštních typů správního řízení se subsidiárním uplatněním zák. č. 500/2004 Sb., správní řád, ve znění pozdějších změn a doplňků (dále jen správní řád), je nutno brát v úvahu ustanovení § 52 výše citovaného zákona, podle kterého „účastníci řízení jsou povinni označit důkazy na podporu svých tvrzení“. Toto ustanovení je umocněno tím, že v řízení o mezinárodní ochraně jde o přiznání práva a řízení je tedy zahajováno na návrh účastníka. Pokud žadatel nenavrhne potřebný důkaz, je povinností správního orgánu opatřit si podklady pro vydání správního rozhodnutí, a to tak aby zjistil stav věci, o němž nejsou důvodné pochybnosti. Pokud tyto důvody nejsou dány, není nezbytné ze strany rozhodujícího správního úřadu blíže zkoumat politickou situaci v zemi původu žadatele, stejně tak ani stav dodržování lidských práv. V případě podané žádosti o azyl se musí jednat o pronásledování dané osoby, pouhé konstatování porušování lidských práv v dané zemi by bylo nepostačující. Protipólem může být naopak situace, kdy je správní orgán doslova zahlcen návrhy důkazů. V tomto případě lze využít ustanovení § 52 správního řádu a vybrané důkazy neprovést. Nejedná se však o projev libovůle ze strany ministerstva, jelikož toto je limitováno jednak zásadou materiální pravdy, tedy provedení důkazů potřebných ke zjištění stavu věci, jednak potřebou přezkoumatelnosti rozhodnutí, kdy je nutno se ke všem navrženým důkazům, a to i těm neprovedeným, vyjádřit v odůvodnění rozhodnutí.⁴

V případě důkazních prostředků ve věci prokázání pronásledování přichází především v úvahu listinné důkazy, videonahrávky či podání svědecké výpovědi. Zde je nutno vzít v úvahu, že se jedná o řízení, kdy účastníkem je cizinec. Podle § 16 správního řádu se písemnosti vyhotovené v cizím jazyce předkládají v originálním znění a současně v úředně ověřeném překladu do jazyka českého. Správní orgán má však možnost sdělit účastníku řízení, že takový překlad nevyžaduje. O provedení důkazu listinou učiní správní orgán záznam do spisu.⁵ Ustanovení § 23a azylového zákona umožňuje taktéž přijmout namísto předložení listiny čestné prohlášení žadatele.

² Viz. blíže rozhodnutí Nejvyššího správního soudu ze dne 8. 2. 2006, č.j. 6 Azs 250/05 - 45

³ Pro úplnost je nutné dodat, že odůvodněný strach z pronásledování mohou mít i osoby, které nebyly skutečně „osobně“ pronásledovány, ale odchodem ze země se chtěly vyhnout situaci obnášející riziko pronásledování. Strach v tomto případě nevychází přímo z osobní zkušenosti, ale ze zjištění existence např. politického pronásledování členů rodiny či členů stejné politické strany.

⁴ Viz. blíže Kadečka a kol.: Správní řád. Praha: ASPI, a.s., 2006, str.167

⁵ Viz. blíže Vedral, J.: Správní řád.komentář. Bova Polygon.2006.143

3. ŘÍZENÍ O UDĚLENÍ AZYLU Z HUMANITÁRNÍCH DŮVODŮ

Vedle výše citovaného § 12 zákona o azylu je možno udělit mezinárodní ochranu taktéž z humanitárních důvodů. Podle § 14 zákona o azylu „jestliže v řízení o udělení mezinárodní ochrany nebude zjištěn důvod pro udělení mezinárodní ochrany podle § 12, lze v případě hodném zvláštního zřetele udělit azyl z humanitárního důvodu“. Výklad pojmu „humanitární důvody“ je poměrně dosti problematický. Proto je dána možnost správnímu orgánu posuzovat případ od případu, a to na základě uplatnění výkladu tzv. neurčitého pojmu. Při interpretaci neurčitých právních pojmů se uvážení zaměřuje na konkrétní skutkovou podstatu a její hodnocení.⁶ Sluší se ovšem poznamenat, že aplikační praxí jak správních úřadů, tak i soudů, dochází k tomu, že obsah pojmu se stále více zpřesňuje. Jedná se tedy o jakousi „relativní neurčitost“, jelikož čím je právní řád stabilnější a práce správních úřadů i soudů právně kultivovanější, tím se stává pojem přesnější a hranice subsumpce jistější. Pod toto ustanovení tak lze zařadit případy udělení azylu odůvodněné např. vysokým věkem cizince či jeho zdravotním stavem. Specifickým rysem tohoto ustanovení je fakt, že o udělení azylu z tohoto důvodu nelze podat žádost, správní úřad tedy sám zváží, zda jsou podmínky naplněny či nikoli.⁷ Institut humanitárního azylu tedy stojí na kombinaci správního uvážení a výkladu neurčitého pojmu. I když o tento typ azylu nelze přímo žádat, nic nebrání tomu, aby v žádosti o udělení mezinárodní ochrany formou azylu žadatel nezdůraznil skutečnosti rozhodné pro posouzení výkladu pojmu „případy hodné zvláštního zřetele“. Navrhování důkazů v rámci správního řízení může být tedy i takto přímo cíleno.

Obdobné ustanovení je obsaženo v § 13 zákona o azylu, podle kterého „rodinnému příslušníkovi azylanta, jemuž byl udělen azyl podle § 12 nebo § 14, se v případě hodném zvláštního zřetele udělí azyl za účelem sloučení rodiny, i když v řízení o udělení mezinárodní ochrany nebude v jeho případě zjištěn důvod pro udělení mezinárodní ochrany podle § 12.“

4. ZÁVĚREM

Závěrem lze konstatovat, že podmínky odůvodněnosti strachu z pronásledování je vždy nutno posuzovat ke konkrétní osobě, nelze tedy vycházet z obecné politické situace v zemi původu cizince. Důkazy podporující tvrzení žadatele jsou navrhovány prioritně z jeho strany, nicméně vzhledem k tomu, že správní orgán je vázán zásadnou materiální pravdy, je jeho aktivita v zajišťování podkladů pro vydání rozhodnutí více než žádoucí.

Literatura:

- Kadečka a kol.: Správní řád.Praha:ASPI, a.s., 2006
- Vedral, J.: Správní řád.komentář.Bova Polygon.2006
- Skulová a kol.:Správní právo procesní, Čeněk Praha, 2008
- Nález Ústavního soudu ČR ze dne 11. 11. 2002 č. ÚS 532/02

⁶ Viz. blíže Rozhodnutí Nejvyššího správního soudu ze dne 19. 7. 2004, čj. 5 Azs 105/2004 72, publikovaném pod č. 375/2004 Sb. NSS.

⁷ Nález Ústavního soudu ČR ze dne 11. 11. 2002 č. ÚS 532/02: „Na udělení azylu z humanitárního důvodu podle § 14 zákona č.325/1999 Sb., o azylu a o změně zákona č. 283/1991 Sb., o Policii České republiky, ve znění pozdějších předpisů, (zákon o azylu), není právní nárok a správní uvážení ohledně posouzení případu hodného zvláštního zřetele se z prezumné činnosti Ústavního soudu vymyká.“

Kontaktní údaje na autora – email:
Jana.Jurnikova@law.muni.cz

NOVÉ ZPŮSOBY POVOLOVÁNÍ UMÍSTOVÁNÍ STAVEB

ALENA KLIKOVÁ

Právnická fakulta Masarykovy univerzity, Česká republika

Abstrakt v rodném jazyce

Příspěvek je zaměřen na vymezení nových postupů při povolování umístování staveb dle nového stavebního zákona č. 183/2006 Sb., který nabyl účinnosti dne 1.1.2007. Nový stavební zákon zjednodušil postupy při umístování staveb. Příspěvek obsahuje jednotlivé formy povolení s umístěním staveb a jejich krátký popis, včetně charakterizování odlišností od starého stavebního zákona.

Klíčová slova v rodném jazyce

Stavební právo, stavba, plánování staveb, rozhodnutí, správní orgány, závazné stanovisko.

Abstract

The paper focuses on defining new procedures regarding allowing placement of buildings according to the new construction Act No. 183/2006 Coll., which came in force on 1 January 2007. The new construction law simplified the procedures for placing buildings. The paper deals with the individual forms of permitting the placement of buildings and their brief description including the characterising the differences in the old construction act.

Key words

Construction law, construction, planning of building, decree, administrative authorities, committal.

Dne 1.1.2007 nabyl účinnosti nový stavební zákon, který nahradil stávající stavební zákon č. 50/1976 Sb., který u nás platil 30 let. Tato nová norma byla uveřejněna ve Sbírce zákonů pod č. 183/2006 Sb., částka č. 63, která byla rozeslána dne 11. května 2006. Novou právní úpravou dochází ke změnám ve všech typech řízeních před stavebními úřady, a to jak postupů v rámci územního plánování, tak územního řízení..

Nový stavební zákon přesunuje základ činnosti orgánů veřejné správy ze stavebních povolenacích řízení na územní plánování, včetně územního rozhodování, a to hlavně na část rozhodování či povolování umístování staveb. Povolování umístování staveb a jednotlivé procesy s tím spojené jsou v novém pojetí výrazně posílněny a taktéž upraveny v mnoha variantách, tak aby došlo mimo jiné i ke zjednodušení některých postupů. V rámci tohoto zjednodušení pak můžeme hovořit o postupech, které nejsou sice klasickým správním řízením, avšak plně nahrazují územní rozhodnutí o umístění stavby. Jedná se o jinou činnost stavebních úřadů. Nový stavební zákon, však na druhou stranu přinesl také zpřísnění povolování umístování staveb, a to v tom, že se zvýšil počet typů staveb, které vyžadují dnes nějaké povolení s umístěním stavby, oproti původní právní úpravě. Dle nového stavebního zákona každý, kdo chce umístovat stavby nebo zařízení, jejich změny, měnit jejich vliv na využití území, měnit využití území a chránit důležité zájmy v území, může tyto záměry realizovat pouze na základě územního rozhodnutí nebo územního souhlasu, nestanoví-li stavební zákon jinak. Většina realizovaných staveb, tedy vyžaduje územní rozhodnutí nebo jiné povolení s umístěním, a to i stavby realizované na ohlášení stavby nebo stavby, které nevyžadují ke své realizaci ani povolení ani ohlášení, např. kanalizační přípojka do délky 50 m.

Jako novinku zavádí nový stavební zákon zjednodušené územní řízení a územní souhlas. Územní souhlas je možné vydat namísto územního rozhodnutí, pokud je zamýšlený záměr stavby v zastavěném nebo zastavitelném území, nemění se poměry v území, zamýšlený záměr nevyžaduje nové nároky na veřejnou dopravní a technickou infrastrukturu. Územní souhlas postačí např. u staveb realizovaných na základě ohlášení, pokud jsou splněny výše uvedené základní podmínky. Konkrétní stavby, pro jejichž umístění postačí územní souhlas, jsou uvedeny v ustanovení § 96 nového stavebního zákona.

Zjednodušené územní řízení a podmínky, za kterých může být stavebním úřadem vedeno, jsou uvedeny v ustanovení § 95 nového stavebního zákona. V rámci tohoto zjednodušeného územního řízení se nevede ústní jednání, není nutné provádět místní šetření, dále lhůty pro rozhodnutí jsou výrazně kratší. Je zde však stanovena podmínka, mimo jiné – souhlas tzv. mezujícího souseda nebo doložení všech závazných stanovisek už při podání žádosti, aj.

Pokud bychom shrnuli jednotlivé možnosti stavebníka při povolování umístování staveb, můžeme konstatovat, že varianty povolování umístování jsou:

1. stavba, opatření nevyžadující povolení s umístěním ani jiné opatření k umístění – § 79 odst. 3 stavebního zákona.
2. regulační plán - realizovaná stavba se umístuje na území, pro které byl vydán v rámci územního plánování regulační plán, a to v rozsahu v jakém nahrazuje příslušné územní rozhodnutí.
3. územně plánovací informace – týká se pouze staveb ohlašovaných podle § 104 odst. 1, tj. např. rodinné domy do velikosti 150 m², s jedním podzemním podlažím, a nejvýše 2 nadzemními a podkrovím, za dále stanovených podmínek. Jedná se o informaci, kterou vydává stavební úřad na žádost stavebníka, a která stanoví podmínka, za kterých je možné stavbu umístit a ohlásit.
4. územní souhlas – ustanovení § 96, který pevně stanovuje podmínky, za kterých je možné vydat územní souhlas. Nejedná se o klasické rozhodnutí, i když můžeme konstatovat, že územní souhlas je určitým rozhodnutím v materiálním nikoliv však formálním smyslu. Územní souhlas určuje právo stavebníkovi stavbu umístit, avšak neobsahuje už podmínky, za kterých je možné stavbu umístit. Z tohoto důvodu je jednou z podmínek pro možnost vydání územního souhlasu podmínka, že stavebník předem splní veškeré požadavky dotčených orgánů, a závazné stanovisko dotčeného orgánu bude tedy bez podmínek.
5. veřejnoprávní smlouva – je další z možností, jak nahradit územní rozhodnutí. Nový stavební zákon umožňuje dle ustanovení § 78, aby stavební úřad uzavřel se stavebníkem na místo územního rozhodnutí veřejnoprávní smlouvu. Veřejnoprávní smlouva musí mimo podmínky uvedené v daném ustanovení stavebního zákona dále splňovat požadavky správního řádu ustanovení § 161 a násl.
6. územní rozhodnutí vydávané zjednodušeným postupem dle ustanovení § 95. Stavební zákon stanoví pevné požadavky pro možnost vydání takového rozhodnutí, viz. výše.
7. územní rozhodnutí vydávané klasickým způsobem, tj. v rámci klasického územního řízení. Při vedení územního řízení plně platí subsidiarita správního řádu, zákona č. 500/2004 Sb. Správním orgánem, který rozhoduje o vydání územního rozhodnutí, je místně příslušný stavební úřad. Účastníky územních řízení jsou žadatel, obec, na jejímž území má být

požadovaný záměr uskutečněn. Obec, která je účastníkem každého územního řízení, má právo uplatňovat námitky k ochraně zájmů obce a zájmů občanů obce. Každá obec by se měla v rámci svého oprávnění snažit zajistit vyrovnanost zájmů občanů dané obce. Dalšími účastníky územního řízení jsou vlastníci pozemku nebo stavby, na kterých má být požadovaný záměr uskutečněn, nejsou-li sami žadateli, nebo ti, kteří mají jiné věcné právo k tomuto pozemku nebo stavbě, dále osoby, jejichž vlastnické nebo jiné věcné právo k sousedním stavbám nebo sousedním pozemkům může být územním rozhodnutím přímo dotčeno, dále osoby, o kterých tak stanoví zvláštní právní předpis a nově je účastníkem každého územního řízení společenství vlastníků jednotek. Jako účastník podle zvláštního právního předpisu zde může vystupovat např. občanské sdružení, které má ve svých stanovách ochranu přírody a krajiny, dle zákona č. 114/1992 Sb. Přílohou žádosti o vydání územního rozhodnutí jsou např. rozhodnutí dotčených orgánů, stanoviska vlastníků veřejné dopravní a technické infrastruktury, samotná dokumentace záměru a samozřejmě doklad prokazující vlastnické nebo jiné právo k pozemku či oprávnění záměr realizovat. Doklad o vlastnickém či jiném právu se však přikládá pouze v případě, že tato práva nelze ověřit v katastru nemovitostí, což klade nové nároky na stavební úřady, které budou povinny si samy zjišťovat tento podklad, a to nejlépe dálkovým přístupem k informacím z katastru nemovitostí. Velmi neobvyklé je zákonné vymezení veřejného ústního jednání při projednávání záměru v územním řízení. Veřejnost sice není účastníkem řízení, ale má právo se účastnit ústního projednání věci a podávat připomínky k navrhovanému záměru. Další výraznou změnou v rámci územního řízení je systém uplatňování námitek účastníky, kdy je nezbytné v územním řízení uplatnit veškeré námitky týkající se umístění stavby, neboť k námitkám, které měly být uplatněny v územním řízení se ve stavebním řízení nepřihlíží. Je zde výrazně posílena koncentrace řízení při podávání námitek v územním řízení. Výsledkem územního rozhodování je vydání územního rozhodnutí.

Za zajímavou a do současné doby neobvyklou změnu při povolování umístění staveb můžeme považovat povinnost žadatele o vydání územního rozhodnutí, či územního souhlasu vyvěsit návrh záměru na veřejně přístupném místě na pozemku nebo u stavby, u nichž se má záměr uskutečnit nebo na místě určeném stavebním úřadem. V případě, že stavební úřad bude provádět klasické (tj. nezkrácené) územní řízení, je navrhovatel povinen navíc zveřejnit grafické vyjádření záměru, aby bylo možné posoudit architektonickou či urbanistickou podobu zamýšleného záměru.

Realizace či umístění staveb, a v některých případech i jejich změny, téměř vždy podléhají schválení v rámci územních procesů a ve většině případů je nutné vydání územního rozhodnutí. Stavební úřady a obce (jako účastníci územního řízení) i nadále mají právo se účastnit procesu výstavby a konkrétně procesu umístění konkrétních staveb v jejich územním obvodu. Většinou i u staveb realizovaných pouze na ohlášení je nutné vydání územního rozhodnutí či alespoň územního souhlasu k umístění dané stavby.

Na závěr mého příspěvku lze konstatovat, že nový stavební zákon připravil velkou spoustu změn, ať už v rámci povolování umístění staveb nebo v rámci povolování realizace staveb, či jiných postupů, např. u kolaudace.

Literatura:

- Kliková, A., Havlan, P., Hamplová, E., Valachová, K., Stavební právo příručka – 2. vydání, Praha: Linde nakladatelství, 2007, stran 228, ISBN 978-80-7201-646-4

Kontaktní údaje na autora – email:
Alena.Klikova@law.muni.cz

VYUŽITELNOST VEŘEJNOPRÁVNÍCH SMLUV V OCHRANĚ PŘÍRODY A KRAJINY

JAROSLAV KNOTEK

Právnická fakulta Masarykovy univerzity, Česká republika

Mezi jednu z forem výkonu veřejné správy patří i uzavírání veřejnoprávních smluv. Zákon č. 500/2004 Sb., správní řád, ve znění pozdějších předpisů (dále jen správní řád) definuje v § 159 odst. 1 veřejnoprávní smlouvu následovně: „Veřejnoprávní smlouva je dvoustranný nebo vícestranný právní úkon, který zakládá, mění nebo ruší práva a povinnosti v oblasti veřejného práva.“ Dále poté dodává, že veřejnoprávní smlouva nesmí být v rozporu s právními předpisy, nesmí je obcházet a musí být v souladu s veřejným zájmem. Uzavření veřejnoprávní smlouvy, jejíž stranou je správní orgán, nesmí snižovat důvěryhodnost veřejné správy, musí být účelné a správní orgán musí mít při jejím uzavírání za cíl plnění úkolů veřejné správy.

Zakotvení právní úpravy veřejnoprávních smluv se správním řádu lze jistě přivítat, na druhou stranu zde ještě před jeho účinností existovala smluvní ujednání, která bylo možné považovat za veřejnoprávní smlouvy. Několik takových ustanovení obsahoval a i nadále obsahuje zákon č. 114/1992 Sb., o ochraně přírody a krajiny, ve znění pozdějších předpisů (dále jen zákon o ochraně přírody). Jedná se o § 39 upravující problematiku tzv. smluvní ochrany, dále § 45e odst. 4 umožňující uzavírat smlouvy o způsobu hospodaření v ptačích oblastech a konečně § 68 upravující uzavírání dohod k provádění péče o pozemky z důvodu ochrany přírody. Protože jsem se výše uvedeným ustanovením věnoval více či méně podrobně již dříve,¹ zaměřím se v tomto případě především na jejich možnou využitelnost v praxi a případné právní problémy s tím spojené.

SMLUVNÍ OCHRANA PODLE § 39 ZÁKONA O OCHRANĚ PŘÍRODY

Zákon o ochraně přírody upravuje v § 39 jako alternativní možnost oproti vyhlášení památného stromu a zřízení maloplošně zvláště chráněného území² uzavření smluvní ochrany.³ Subjekty smluvní ochrany jsou na straně jedné orgán ochrany přírody (resp. stát zastoupený příslušným orgánem ochrany přírody) a na straně druhé vlastník či vlastníci pozemku / pozemků.

Ze zákona o ochraně přírody jednoznačně vyplývá, že nezbytným předpokladem pro zřízení smluvní ochrany je písemná smlouva uzavřená mezi vlastníkem dotčeného pozemku a příslušným orgánem ochrany přírody. Uvedená smlouva bezesporu naplňuje definici veřejnoprávní smlouvy. K tomu je ale nezbytné podotknout, že za klasickou subordinační smlouvu je možné považovat pouze smlouvu o zřízení smluvní ochrany památného stromu,

¹ Viz blíže Knotek, J.: K využití smluvní ochrany u některých zvláště chráněných částí přírody, *Právní rozhledy*, číslo 24, 2005, str. 906 – 911; Knotek, J.: K vybraným otázkám u ptačích oblastí, *České právo životního prostředí*, číslo 1, ročník VI, 2006, str. 28 – 36; Knotek, J.: Dohody podle § 68 a § 69 zákona o ochraně přírody, In: *Sborník z mezinárodní konference z oblasti práva životního prostředí Hnanice 2007*, (eds.) Jančářová, I., Slováček, J., Masarykova univerzita, Brno, 2007, str. 315 - 321. ISBN 978-80-210-4510-1.

² Tj. Národní přírodní rezervace, národní přírodní památky, přírodní rezervace a přírodní památky.

³ Zvláštní úpravu zřizování smluvní ochrany u evropsky významných lokalit obsahuje § 45c zákona o ochraně přírody.

kteřá nahrazuje individuální správní akt – rozhodnutí orgánu ochrany přírody, kterým se vyhláší strom za památný. Nikoliv ovšem druhý případ, kterým je smlouva o smluvní ochraně chráněného území. Nahrazovaným zřizovacím aktem totiž v tomto případě není individuální správní rozhodnutí, ale normativní správní akt. V tomto případě jde tedy o veřejnoprávní smlouvu sui genesis.⁴

Zákon o ochraně přírody následně dále stanoví, že takto zřízená ochrana je k pozemku vázána formou věcného břemene, které má zajistit v případě smluvního ujednání trvalost vzniklého stavu. V praxi je přitom možné uvažovat pouze o věcném břemenu in personam, které slouží k uspokojení zájmů individualizovaného subjektu, tj. v tomto případě státu. Ochrana území je vedle omezení vyplývajících z věcného břemene, které dopadá pouze na vlastníka pozemku, zajištěna vůči všem dalším subjektům (resp. i vlastníkovi) tím, že označené smluvně chráněné území a označený smluvně chráněný památný strom je zakázáno poškozovat. Jako problematické se ovšem může jevit, že z tohoto zákazu nelze s ohledem na znění zákona o ochraně přírody udělit výjimku, což může způsobovat problémy především v případě nedostatečného podchycení aktivit vlastníka ve vlastní smlouvě.⁵ A dále, že se v zákoně o ochraně přírody výslovně uvádí, že se musí jednat o „označená“ smluvně chráněná území.⁶ V případě, že by se jednalo o neoznačené území, by tak zřejmě správněprávní odpovědnost nebylo možné uplatnit.

Další nedostatek smluvní ochrany vidím v tom, že za souhlas s uvedenou smlouvou (resp. vzniklá omezení z věcného břemene) by dle mého měla být vlastníkovi pozemku poskytnuta nějaká finanční kompenzace. Bez nabídky finanční kompenzace (případně jiných výhod) lze totiž jen stěží předpokládat u druhé strany zájem vést jednání a následně dát souhlas s uzavřením smlouvy. Určitou možnost poskytnout vlastníkovi pozemku nějakou finanční kompenzaci dávají v přesně definovaných případech § 58 a § 69 zákona o ochraně přírody.⁷ Tato ustanovení se ovšem zdaleka nevztahují na všechny možné případy. Absenci možnosti poskytnout vlastníkovi finanční kompenzace za vznik věcného břemene proto považuji za jeden z podstatných nedostatků tohoto ustanovení ve vztahu k jeho použití v praxi.

Z pohledu využitelnosti smluvní ochrany lze reálně uvažovat pouze o lokalitách nacházejících se na pozemcích ve vlastnictví minimálního počtu osob, nejlépe jednoho vlastníka. Větší počet vlastníků (či spoluvlastníků) pozemků totiž bude způsobovat podstatně větší

⁴ K tomu viz závěr č. 6 Poradního sboru ministra vnitra ke správnímu řádu ze dne 24. 6. 2005, Smlouvy podle § 39 zákona č. 114/1992 Sb. a jejich vztah ke správnímu řádu, kde se uvádí, že „*Jedná se však o zvláštní smluvní typ správním řádem neupravený. Smluvní typy upravené správním řádem nelze považovat za výlučné, neboť zvláštní zákon může samostatně upravit jiný typ veřejnoprávní smlouvy. Na tyto zvláštní smluvní typy veřejnoprávních smluv je však vzhledem k rozsahu aplikace správního řádu podle § 1 odst. 1 správního řádu a vzhledem k § 159 odst. 1 správního řádu nutné aplikovat obecná ustanovení správního řádu o veřejnoprávních smlouvách.*“ Dokument je dostupný na: http://www.mvcr.cz/2003/odbor/zaver6_odbor_info.html

⁵ Zatímco v případě zvláště chráněných území se může subjekt v případě záměru, který by mohl ovlivnit dané území, obrátit na příslušný orgán ochrany přírody s žádostí o vydání rozhodnutí (příp. závazného stanoviska), ve kterém mu mohou být následně stanoveny podmínky pro realizaci záměru, při jejichž dodržení má daný subjekt jistotu, že jedná v souladu se zákonem. V případě smluvní ochrany takový formální postup možný není a jednání daného subjektu tak může být hodnoceno ze strany orgánu ochrany přírody jako poškozování smluvně chráněného území.

⁶ Viz znění § 87 odst. 3 písm. n) a § 88 odst. 2 písm. n) zákona o ochraně přírody.

⁷ Pozn. Je ovšem otázkou, zda se s jejich využitím v případě smluvní ochrany vůbec počítá. Z jednání vedených MŽP s krajskými úřady se totiž zdá, že spíše nikoliv.

komplikace s uzavíráním (a v řadě případů reálně nemožnost) uzavření takové dohody.⁸ Smluvní ochranu namísto zřízení zvláště chráněného území lze tedy využít pouze při ochraně menších území (např. tůní, mezí, drobných lesíků apod.). Naopak v případech, kde je nezbytné vyhlásit za chráněné rozsáhlejší území s řádově desítkami vlastníků s naprosto rozdílnými představami a nároky, zůstane uzavření smluvní ochrany pouze hypotetickou možností z říše snů.

Na rozdíl od smluvní ochrany nahrazující zřizování zvláště chráněných území nabízí poněkud širší možnosti využití smluvní ochrany u památných stromů. Důvodem je zde skutečnost, že vymezení ochranného pásma se zpravidla dotkne pouze jediného pozemku (příp. jen několika málo pozemků).

Jako nejvhodnější uplatnění smluvní ochrany by se mi jevila (oproti klasickému zřízení zvláště chráněného území) její aplikace v případech zajištění ochrany evropsky významných lokalit nacházejících se v budovách. V praxi se jedná o budovy, jejichž půdy slouží jako hnízdiště netopýrů (nejčastěji to jsou půdy hradů, zámků a kostelů, ale v některých místech i škol atd.), kde by bylo využití smluvní ochrany skutečně na místě a představovalo vhodnější formu než vyhlášení zvláště chráněného území (Pozn. Již ze samotného pojmu „zvláště chráněné území“ je přitom patrné, že s použitím této formy ochrany se ve vztahu k budovám nikdy nepočítalo.). Bohužel dle mého stávající formulace uvedená v § 39 zákona o ochraně přírody „vlastník pozemku“ znemožňuje využití smluvní ochrany pro výše uvedené případy, tj. zajištění ochrany evropsky významných lokalit v budovách. V těchto případech by totiž bylo na místě uzavření smluvní ochrany mající za následek vznik věcného břemene právě s vlastníkem budovy a nikoliv pozemku. Pokud ovšem nedojde ke změně tohoto ustanovení, je dle mého fakticky nemožné ve výše uvedených případech v praxi smluvní ochranu využít. Nedomnívám se totiž, že je možné beze změny zákona o ochraně přírody uzavřít smlouvu o smluvní ochraně s vlastníkem budovy, a to ani v případě, že by byl rovněž vlastníkem pozemku,⁹ na kterém se dotčená budova – uvedená v národním seznamu evropsky významných lokalit nachází.¹⁰

Za zmínku ještě stojí otázka využití smluvní ochrany v případě pozemků ve vlastnictví státu. Z povahy věcného břemene *in personam* vyplývá, že není možné, aby bylo zřízeno

⁸ Pozn. To se plně projevuje především v souvislosti s vytvářením soustavy evropsky chráněných území Natura 2000, kde mají orgány ochrany přírody stanovenou povinnost upozornit vlastníky pozemků ve všech evropsky významných lokalitách prostřednictvím orgánů obce, zpravidla formou veřejné vyhlášky, že jejich ochrana na dotčeném pozemku může být zajištěna smluvně (viz § 45c zákona o ochraně přírody). Jenom dodávám, že takových lokalit je několik set, přičemž naprostou většinu z nich tvoří území s větším počtem vlastníků pozemků (jedná se např. i rozsáhlé celky přesahující rozlohou plochu 1 000 ha). Nerealnost uzavření smluvní ochrany je tak pro naprostou většinu lokalit zcela zřejmá a mám proto za to, že požadavek uvědomit všechny vlastníky pozemků o možnosti uzavřít smluvní ochranu je jen plynutím času nejen orgánů ochrany přírody, ale i místních obecních či městských úřadů, které tato oznámení budou vyvěšovat na své úřední desky. V těch případech, kde je institut smluvní ochrany skutečně vhodným řešením, bude stejně nezbytný osobní kontakt s vlastníky dotčených pozemků, přičemž aktivita bude muset být tak jako tak na orgánech ochrany přírody. Jako zcela absurdní se proto jeví povinnost orgánů ochrany přírody nabídnout možnost zřízení smluvní ochrany i v těch případech, kdy je z praktického hlediska naprosto nerealizovatelná.

⁹ Odlišný pohled na možnost uzavření smluvní ochrany v takovém případě viz Miko, L., a kol.: Zákon o ochraně přírody a krajiny *Komentář*, 2. vydání, C. H. Beck, Praha, 2007, str. 207.

¹⁰ Podle § 119 občanského zákoníku je stavba spojená se zemí pevným základem samostatnou nemovitou věcí odlišnou od jiné nemovité věci - pozemku. Nelze proto na základě smlouvy o věcném břemeni k pozemku vázat jakákoliv omezení k budově.

ve prospěch osoby, která je současně vlastníkem dotčené nemovitosti. Podle § 14 odst. 4 vyhlášky č. 62/2001 Sb., o hospodaření organizačních složek státu a státních organizací s majetkem státu, ve znění pozdějších předpisů,¹¹ lze ovšem plnění mající povahu věcného břemene zápisem nebo smlouvou sjednat, je-li to nezbytné pro zabezpečení výkonu působnosti nebo činnosti organizační složky nebo státní organizace a vyžaduje-li to veřejný zájem. Plnění mající povahu věcného břemene lze přitom sjednat i bez časového omezení, vždy však v takovém rozsahu, aby plnění organizační složky nebo státní organizací hospodařící s dotčenou věcí nebránilo ve výkonu její působnosti nebo činnosti. Je ovšem nezbytné upozornit, že tato plnění nejsou považována za věcná břemena, a proto se do katastru nemovitostí nezapisují.¹² Otázkou proto je, zda jich je skutečně možné využít i v případě smluvní ochrany, která výslovně počítá s tím, že se jedná o věcné břemeno.¹³

S ohledem na výše uvedené závěry, fakta a úvahy se domnívám, že pro značné množství nejasností a problémů spojených s jejím využitím v praxi, bude smluvní ochrana stejně jako v minulosti¹⁴ zřejmě i nadále pouze nepříliš využívanou alternativou k tradiční formě ochrany v podobě zvláště chráněného území.

SMLOUVY O ZPŮSOBU HOSPODAŘENÍ V PTAČÍCH OBLASTECH

Zákon o ochraně přírody dává orgánu ochrany přírody možnost uzavírat v ptačích oblastech v souladu se zněním § 45e odst. 4 smlouvy o způsobu hospodaření. Cílem uzavření smlouvy je ujednání o způsobu hospodaření, který bude v souladu s požadavky ochrany ptačí oblasti.

Vedle orgánu ochrany přírody je druhým subjektem takové smlouvy vlastník nebo nájemce pozemku. Zákon o ochraně přírody ovšem nikde přímo nespécifikuje, které orgány ochrany přírody jsou oprávněny k uzavírání smluv tohoto charakteru. Při uplatnění odlišných přístupů je tak možné v případě ptačích oblastí ležících mimo území národních parků, chráněných krajinných oblastí a jejich ochranných pásem při hledání odpovědi na tuto otázku dojít ke dvěma rozdílným závěrům.¹⁵

K procesu uzavírání těchto smluv zákon o ochraně přírody uvádí, že pokud vlastník nebo nájemce pozemku projeví písemně zájem o uzavření této smlouvy, má orgán ochrany přírody povinnost zahájit s ním do 90 dní jednání o uzavření takovéto smlouvy. Tím ale není samozřejmě řečeno, že podnět k zahájení jednání o uzavření smlouvy musí vždy vzejít

¹¹ Pozn. Tato vyhláška slouží, resp. uvedený §, slouží k provedení § 19 zákona č. 219/2000 Sb., o majetku České republiky a jejím vystupování v právních vztazích, ve znění pozdějších předpisů.

¹² Bradáč, A. a kol.: Věcná břemena od A do Z, 3. aktualizované vydání, Linde Praha, a. s., Praha, 2006, str. 40.

¹³ Viz formulace uvedená v § 39 odst. 1 zákona o ochraně přírody: „*Takto zřízená ochrana je na základě smlouvy vázána k pozemku formou věcného břemene, o jehož zápis do katastru nemovitostí požádá příslušný orgán ochrany přírody.*“

¹⁴ V období od 1. června 1992 (nabytí účinnosti) do 28. dubna 2004 (novelizace § 39) byla smluvní ochrany využita v praxi zřejmě jen jednou v roce 1995 u přírodní památky Bělečský písník v okrese Hradec Králové (viz průzkum provedený v rámci zpracování bakalářské práce (Mach, P.: Právní aspekty institutu smluvní ochrany přírody, *Bakalářská práce*, Katedra práva životního prostředí a pozemkového práva, 2006). O využití smluvní ochrany po výše uvedeném datu mi není nic známo, vyjma toho, že příprava takových smluv v souvislosti se zajištěním ochrany některých evropsky významných lokalit působí těžkosti několika krajským úřadům, které se touto cestou daly. Za zmínku rovněž stojí, že připravovaná vyhláška, která měla upravovat náležitosti obsahu smlouvy o smluvní ochraně, byla pro zásadní rozpory odmítnuta Legislativní radou vlády ČR.

¹⁵ K tomu blíže viz Knotek, J.: K vybraným otázkám u ptačích oblastí, *České právo životního prostředí*, číslo 1, ročník VI, 2006, str. 28 – 36.

ze strany vlastníka či nájemce. Orgánu ochrany přírody je zde pouze stanovena povinnost reagovat na projevenou aktivitu druhé strany, což nikterak nevylučuje, že orgán ochrany přírody může sám oslovit vlastníka či nájemce s nabídkou na zahájení jednání o uzavření takové smlouvy.

Pokud je účelem uzavření smlouvy o způsobu hospodaření nahrazení rozhodnutí o souhlasu k činnosti v ptačí oblasti, jedná se o klasický případ subordinační veřejnoprávní smlouvy. K tomu je ale nutné podotknout, že podmínkou účinnosti takovéto veřejnoprávní smlouvy je souhlas osob, které by jinak byly účastníky správního řízení o vydání příslušného souhlasu k činnosti v ptačí oblasti.¹⁶ V těchto případech by se jednalo v souladu se zněním § 70 a § 71 zákona o ochraně přírody vždy o příslušnou obec (popř. obce) a případně i občanská sdružení splňující zákonem stanovené podmínky. Veřejnoprávní smlouva totiž podle § 168 správního řádu nabývá účinnosti teprve v okamžiku, kdy s ní tyto subjekty vysloví písemný souhlas. Není-li tento souhlas získán, může správní orgán místo uzavření veřejnoprávní smlouvy vydat rozhodnutí ve správním řízení, v němž využije podkladů získaných při přípravě veřejnoprávní smlouvy.¹⁷ Osoby, které ke smlouvě nedaly svůj souhlas, mají v takovém případě zachovánu možnost odvolat se proti rozhodnutí, s nímž nesouhlasí.

Otázkou zůstává, zda i v ostatních případech, kdy nedochází uzavřením smlouvy k nahrazení souhlasu jakožto individuálního správního aktu, se jedná rovněž o veřejnoprávní smlouvu či nikoliv. Mám za to, že i když není primárním účelem uzavření smlouvy nahrazení souhlasu podle § 45e odst. 2 zákona o ochraně přírody, půjde i v těchto případech o veřejnoprávní smlouvu.¹⁸ Pravdou ale je, že se v těchto případech nejedná o klasickou subordinační smlouvu uzavíranou správním orgánem místo vydání individuálního správního aktu. Není zde totiž a priori co nahrazovat, protože se žádné správní řízení za účelem vydání správního rozhodnutí vůbec nevede (reálně totiž neexistuje žádný individuální správní akt, který by uvedená smlouva mohla nahradit). Samozřejmě se nejedná ani o druhý základní typ veřejnoprávních smluv – smlouvu koordinační. Uvedená smlouva je proto dle mého veřejnoprávní smlouvou *sui generis*.

Co se týče využitelnosti smluv o způsobu hospodaření v ptačích oblastech v praxi, lze konstatovat, že z jejich právní úpravy v zákoně o ochraně přírody nevyplývají žádná omezení, která by jejich použitelnost omezovala či dokonce vylučovala. Naopak, lze předpokládat, že jsou a budou v praxi využívána zcela běžně. Očekávám přitom, že v budoucnu se jejich využití oproti současnosti zvýší, protože možnost jejich uzavírání zřejmě ještě úplně nepronikla mezi dotčené vlastníky a nájemce pozemků v ptačích oblastech. To souvisí především s tím, že dosavadních 39 z celkových 41 ptačích oblastí bylo vyhlášeno

¹⁶ Viz § 161 odst. 1 správního řádu.

¹⁷ Tato úprava má dle znění důvodové zprávy ke správnímu řádu zabránit tomu, aby veřejnoprávní smlouvy nebyly zneužívány k obcházení zájmů dotčených osob, tedy aby nedocházelo k účelovému omezování procesních práv nevyužíváním procesu standardního správního řízení. Pokud by proto k uzavření veřejnoprávní smlouvy nebyl získán souhlas třetí osoby, postupovalo by se dál jako ve standardním správním řízení s jeho ukončením ve formě vydání individuálního správního aktu, tj. rozhodnutí ve věci. Všichni účastníci mají samozřejmě v tomto řízení zachována plná procesní práva. Rozdíl je pouze v tom, že jako podklady správního aktu mohou sloužit i informace získané při přípravě veřejnoprávní smlouvy, takže není nutné provádět znovu některé důkazy. Ondruš, R: *Správní řád Nový zákon s důvodovou zprávou a poznámkami*, Linde, Praha, 2005, str. 483 – 484.

¹⁸ Shodný názor v dané věci viz Miko, L., a kol.: *Zákon o ochraně přírody a krajiny Komentář*, C. H. Beck, Praha, 2005, str. 209. Z textu lze vyvodit, že dle autorů patří všechny smlouvy uzavírané podle § 45e odst. 4 zákona o ochraně přírody mezi smlouvy veřejnoprávní.

teprve „relativně“ nedávno. Z pohledu využitelnosti v praxi lze v tomto ohledu velmi kladně rovněž ocenit propojení smluv o způsobu hospodaření přes § 68 odst. 2 s § 69 zákona o ochraně přírody umožňujícím při splnění určitých podmínek poskytnout finanční příspěvek vlastníkům nebo nájemcům dotčených pozemků (viz níže).

DOHODY PODLE § 68 A § 69 ZÁKONA O OCHRANĚ PŘÍRODY

Na základě znění § 68 odst. 2 zákona o ochraně přírody mohou k provádění péče o pozemky z důvodů ochrany přírody uzavírat orgány ochrany přírody s vlastníky či nájemci pozemků písemné dohody, přičemž stejným způsobem lze upravit rovněž způsob hospodaření ve zvláště chráněných územích a ptačích oblastech. Zákon o ochraně přírody pak v § 69 následně stanoví, že k uskutečnění těchto záměrů lze poskytnout vlastníkům nebo nájemcům dotčených pozemků finanční příspěvek za předpokladu, že se tito zdrží určité činnosti nebo provedou dohodnuté práce v zájmu zlepšení přírodního prostředí.

Nezbytným předpokladem a zákonnou podmínkou je v obou případech písemná forma uzavíraných dohod. Přitom je zřejmé, že nemusí být vždy uzavírány dvě písemné dohody, ale je možné a rovněž i administrativně jednodušší k oběma účelům sjednat jedinou písemnou dohodu, která bude řešit jak provádění vlastní péče, tak samozřejmě i s tímto spojené poskytnutí finančního příspěvku. Dohody podle § 68 a § 69 zákona o ochraně přírody jsou dle mého veřejnoprávními smlouvami sui generis.¹⁹

Co se týče subjektů dohody, na jedné straně dohody bude vždy vystupovat některý z orgánů ochrany přírody.²⁰ Jelikož zákon o ochraně přírody v kompetenčních ustanoveních blíže nespécifikuje, které orgány ochrany přírody by to měly být, mají tuto možnost de iure všechny orgány ochrany přírody. Samozřejmě s tím omezením, že tento nástroj mohou reálně využívat jen v rámci své působnosti a současně k plnění úkolů stanovených jim zákonem o ochraně přírody. Na straně druhé pak může vystupovat pouze subjekt s vlastnickým či nájemním vztahem k dotčenému pozemku či pozemkům.

S ohledem na výše uvedené je z pohledu případné využitelnosti nezbytné zdůraznit, že možnost uzavření dohody a následný nárok na poskytnutí finančního příspěvku se nevztahuje na další subjekty, jako např. vlastníka či nájemce budovy, správce pozemku²¹ či osoby provádějící sjednaná opatření se souhlasem vlastníka či nájemce. Stávající právní úprava tak není obecně z pohledu možnosti uzavírat smlouvy především se správcem pozemku optimální. Pro futuro nezbývá než doufat, že možnost uzavírat uvedené dohody bude v tomto ohledu rozšířena.

Předmětem dohod (resp. dohody) je provádění péče o pozemky z důvodu ochrany přírody a s tímto spojené následné poskytnutí finančního příspěvku.

¹⁹ Hendrych přiznává veřejnoprávní rysy smlouvám, jimiž se osoby soukromého práva zapojují do plnění úkolů veřejné správy, a dále mluví i o tom, že povahu veřejnoprávní smlouvy by obecně mohlo mít poskytování dotací a návratných finančních výpomocí (Pozn. Uvedený text vycházel z právního stavu před přijetím stávajícího správního řádu.). Viz Hendrych, D., a kol.: Správní právo, 5. rozšířené vydání, C.H.Beck, Praha, 2003, str. 170 – 172.

²⁰ Možnost uzavírat písemné dohody sice dává zákon o ochraně přírody vedle orgánů ochrany přírody i obcím. Ty ji však, alespoň pokud je mi známo v praxi nevyužívají. Praktickým důvodem zde bude vedle nízkého povědomí především očekávaný požadavek ze strany vlastníka či nájemce na poskytnutí finančního příspěvku.

²¹ Např. ve slovenské právní úpravě je výslovně uvedeno, že finanční příspěvek může být poskytnut vedle osoby vlastníka či nájemce, rovněž i správci pozemku (viz § 60 zákona č. 543/2002 Z.z., o ochrane prírody a krajiny).

V § 69 odst. 1 zákona o ochraně přírody se váže poskytnutí finančního příspěvku pouze na dvě možnosti spočívající v tom, že se subjekt zaváže zdržet se určité činnosti, nebo naopak provést dohodnuté práce v zájmu zlepšení přírodního prostředí. Jedná se tedy buď o jednání pasivní (pati), nebo naopak aktivní (facere). Možnost poskytování příspěvku dále upravuje prováděcí vyhláška k zákonu o ochraně přírody, která udává, z jakých údajů se vychází v případě prokazování újmy a jak se prokazují náklady v případě výdajů spojených s výkonem práce v zájmu ochrany přírody.²² Příspěvek sice může být po splnění všech dohodnutých podmínek vyplacen nejen jednorázově, ale i opakovaně během delšího období (to by nemělo přesáhnout 5 let). V praxi se ovšem dohody zpravidla uzavírají pouze k provedení určitého konkrétního krátkodobého opatření. Ale i v případech realizace opakovaných či pravidelných zásahů, nebudou dle mého názoru ze strany orgánu ochrany přírody dlouhodobé dohody zřejmě preferovány. Mám tím na mysli zejména orgány ochrany přírody napojené na obecní a krajské rozpočty, které z pochopitelných důvodů uzavírají dohody raději opětovně i v následujících letech. Důvodem je zde vázanost finančních prostředků na každoroční rozpočet a nejistota panující až do okamžiku schválení rozpočtu pro rok následující. Uzavírání dlouhodobých smluv vyžadujících fixaci určitých peněžních prostředků na opakující se dlouhodobé platby se navíc jeví jako problematické i z důvodů možných změn ve vedení úřadu či politické reprezentace v územně samosprávných celcích. S ohledem na každoroční schvalování rozpočtů na obecní, krajské a rovněž i státní úrovni, se tak provádění opatření s vazbou na finanční příspěvek uzavírá prakticky vždy jen v rámci daného kalendářního roku.

Pro optimální využití dohod v praxi je dle mého nezbytný aktivní přístup ze strany orgánu ochrany přírody, schopnost vést jednání směřující k uzavření dohody a především získání finančních prostředků z veřejných rozpočtů na tuto činnost. Zásadní pro uplatnění prvních dvou předpokladů přitom bude samozřejmě nejprve naplnění toho posledního, tedy zajištění dostatečných financí z veřejných zdrojů. Bez tohoto předpokladu je totiž logicky zcela zbytečné zahajovat a následně vést jakékoliv jednání s vlastníkem či nájemcem pozemku. Pokud jsou ovšem všechny tyto předpoklady v optimální míře naplněny, zcela jistě má uzavírání takovýchto veřejnoprávních dohod pozitivní vliv na utváření dobrých vztahů mezi vlastníky (resp. nájemci) dotčených pozemků a příslušným orgánem ochrany přírody a v tomto ohledu pak především i na vytváření pozitivního vztahu těchto subjektů k vlastnímu přírodně cennému území.

Na závěr je možné k veřejnoprávním smlouvám uzavíraným podle § 68 zákona o ochraně přírody ještě dodat, že lze ze strany vlastníků a nájemců oprávněně očekávat v případě možnosti volby preferenci tohoto postupu, před případnou možností obdržet náhradu za ztížení zemědělského nebo lesního hospodaření podle § 58 stejného zákona. Důvodem je především podstatně jednodušší administrativní stránka spojená s poskytnutím finančního příspěvku podle § 69 zákona o ochraně přírody (tj. prakticky pouze na základě uzavřené dohody). Další důvod spočívá v tom, že na rozdíl od zmíněného finančního příspěvku je nárok na náhradu za ztížení zemědělského nebo lesního hospodaření možné uplatnit pouze k určitým pozemkům.²³ Přes zřejmou výhodnost postupu dle § 68 pro vlastníka

²² Vyhláška však v podstatě zužuje možnost poskytování příspěvku v případě zdržení se určité činnosti pouze na úhradu účetně či jinak prokázané újmy na pozemcích zemědělsky či lesnický jinak obhospodařovaných a dále v případě provedení dohodnutých prací v zájmu ochrany přírody na úhradu věcných, materiálových a osobních výdajů s tímto spojených. Viz § 19 vyhlášky č. 395/1992 Sb., kterou se provádějí některá ustanovení zákona o ochraně přírody, ve znění pozdějších předpisů.

²³ Musí se jednat o zemědělskou půdu, lesní pozemek, rybník s chovem ryb nebo vodní drůbeže.

či nájemce pozemku zůstává ovšem rozhodujícím faktem skutečnost, že na rozdíl od náhrady, na kterou existuje ze zákona právní nárok, je uzavření této smlouvy primárně podmíněno zájmem ze strany orgánu ochrany přírody.²⁴

O tom, že dohody podle § 68 a § 69 zákona o ochraně přírody patří mezi dobře uchopitelné a v mnoha případech i často využívané prostředky v praxi orgánů ochrany přírody svědčí skutečnost, že např. v roce 2007 bylo jen na Krajském úřadě Jihomoravského kraje uzavřeno s vlastníky a nájemci pozemků ve zvláště chráněných územích celkem 24 takových dohod. Na jejich základě jim byl následně poskytnut finanční příspěvek v souhrnné výši téměř 2 miliony korun českých (přesně 1 708 328,- Kč).

Kontaktní údaje na autora – email:

jarda.knotek@uake.cz

²⁴ Možnost případného dublování poskytovaných finančních prostředků přitom vylučuje ustanovení § 58 odst. 4 zákona o ochraně přírody, kde se uvádí, že pokud je vlastníku nebo nájemci uvedenému poskytnut finanční příspěvek podle § 69 nebo náhrada podle zvláštního právního předpisu, poskytovaná náhrada se o tuto částku snižuje. Dále se zde uvádí, že finanční náhradu nelze poskytnout současně vlastníkovi a nájemci téhož pozemku. Požadají-li proto o náhradu včas oba, platí zásada, že se finanční náhrada poskytne pouze vlastníkovi pozemku.

ORGÁNY ZASTUPITELSTVA A RADY OBCE

PETR KOLMAN

Právnická fakulta Masarykovy univerzity, Česká republika¹

Abstrakt v rodném jazyce

Autor ve svém příspěvku s názvem Orgány zastupitelstva obce a rady obce, pojednává o zmíněných municipálních orgánech. Konkrétněji vyjádřeno, příspěvek se věnuje výborům zastupitelstva obce a komisím rady obce.

Autor analyzuje především aktuální právní stav na tomto úseku a částečně se věnuje i komparaci s právní úpravou v okolních státech. Samozřejmě nechybí ani upozornění na problematická místa a autorovy úvahy de lege ferenda. Autor např. řeší problém, zda je možné v rámci úspory finančních prostředků zřídit finanční výbor dohromady s kontrolním výborem, tedy namísto dvou výborů, by obec měla výbor pouze jeden, který by udělal „práci za dva“.

Klíčová slova v rodném jazyce

Obec, zastupitelstvo obce, rada obce, komise obce, výbor zastupitelstva, územní samospráva.

Abstract

The paper Bodies of community council and community council board deals with the respective municipal bodies. More specifically, it focuses on committees of the community council and commissions of the community council board.

The author mainly analyzes the current legal state of this area and partly makes a comparison with respective legal regulations in neighboring countries. The paper also includes considerations according to the existing law pointing out questionable issues and the author's considerations according to the designed law. For example, the author deals with the problem whether it is possible to establish a financial committee jointly with the watch committee, i.e. only one committee “doing the work of two ones”.

Key words

Bodies of community council, administrative law, financial committee, watch committee, council board.

¹ Autor příspěvku pracoval v roce 2008 za finanční podpory grantu GA ČR (č. 407/06/1159)

Motto: Kdo slouží obci, ten má velice přísného pána. (staré bavorské přísloví)

Zastupitelstvo obce zřizuje jako své iniciativní (ve smyslu poskytující relevantní podněty) a kontrolní orgány výbory, které mu předkládají svá stanoviska, návrhy a jsou mu odpovědny.¹ V samostatné působnosti platí jakási generální klauzule, že je zcela na zastupitelstvu obce, zda zřídí či nezřídí ten který výbor. Jak už tomu v českém právu bývá, existují z tohoto pravidla dvě principiální výjimky – prvou výjimku tvoří ty výbory které musí zastupitelstvo ex lege zřídít vždy – těmi jsou nyní finanční a kontrolní výbor. Druhou tvoří výbor, který sice všechny obce nejsou přímo povinny zřídít, ale při splnění určité zákonné podmínky se stává rovněž povinným – de lege lata se jedná o výbor pro národnostní menšiny. Zvláštní postavení mají tzv. osadní výbory, kterým se budeme věnovat posléze. Pro komparaci uvedme, že slovenská právní úprava - tj. z.č.369/1990 Zb. - hovoří o komisích² (tedy nikoliv výborech) zastupitelstva a žádné „povinné“ komise ex lege neobsahuje, tudíž slovenská obecní samospráva má v tomto bodě větší manévrovací prostor. Obecně lze k této problematice napsat že, slovenská úprava je i zde stručnější než česká, avšak základní prvky jsou podobné, i v SR mají „komisie“ charakter poradních a iniciačních orgánů zastupitelstva a složení a úkoly stanoví obecní zastupitelstvo. Slovenská důvodová zpráva definuje „komisie“ jako jednu z organizačních forem zapojení „popředných občanov-odborníkov“ do rozhodování obecního zastupitelstva.³

Každý výbor ze zákona plní úkoly, kterými jej pověří zastupitelstvo obce. Jak již bylo naznačeno výše, ze své činnosti odpovídá výbor zastupitelstvu obce. Počet členů výboru je vždy lichý, rozdíl oproti komisi rady. Výbor se schází podle potřeby. Usnesení výboru se vyhotovuje písemně a podepisuje je předseda výboru. Usnesení výboru je platné, jestliže s ním vyslovila souhlas nadpoloviční většina všech členů výboru (tedy nikoliv jen přítomných při hlasování) i z toho důvodu by mělo zastupitelstvo věnovat maximální péči výběru členů svých výborů, aby nedocházelo k blokaci hlasování kvůli „absentérům“. Žádný právní předpis sice přímo neukládá povinnost přijetí statutu předmětného výboru, nicméně z důvodu právní jistoty (jak vlastních členů, tak i ostatních orgánů) nelze přijetí tohoto interního dokumentu než doporučit. Ve statutu může být obsažena např. úprava práv a povinností členů výboru, úprava zasedání výboru, nebo konkrétněji vymezen předmět vlastní činnosti.

Nejprve se blíže podíváme na finanční výbor zastupitelstva obce. Zdůrazněme, že finanční výbor není orgánem obce, ale orgánem zastupitelstva obce. Tato zmínka není samozřejmě samoučelná, to že FV není orgánem obce vede např. k tomu, že finanční výbor např. vyřizuje oznámení a stížnosti občanů nikoliv přímo, ale až tehdy, pokud mu to zastupitelstvo obce uloží. Tato skutečnost plyne z toho, že zákon o obcích povinnost k jejich vyřizování stanoví pouze orgánům obce. Výbor musí být nejméně tříčlenný, v čele musí dle § 117 odst.4 stát člen zastupitelstva (výjimkou starosty a místostarosty) . Předsednictví člena rady obce, byť se jedná o orgán zastupitelstva, žádný právní předpis nezakazuje.

Finanční výbor je jednak kontrolním orgánem zastupitelstva obce, ale také současně jeho iniciativním orgánem. Finanční výbor kontroluje hospodaření obce. Je třeba si ovšem uvědomit, že o čerpání finančních prostředků z rozpočtu dané obce nerozhoduje, neboť hospodaření podle rozpočtu přísluší, radě obce. Finanční výbor může iniciativně navrhnout

¹ Srov. Koudelka, Z.: Průvodce územní samosprávou, Linde Praha, 2003, str.73

² § 15 z.č.369/1990 Zb., precizněji napsáno: v SR se tyto orgány nazývají – „komisie“

³ Srov. SR:Důvodová zpráva k § 15 z.č.369/1990 Zb., zákon o obecnom zriadení

vhodné čerpání finančních prostředků. finanční výbor má právo na projednání zprávy o přezkoumání hospodaření za uplynulý rok s auditorem dle zákona o auditorech. Jaká je legální pravomoc finančního výboru v oblasti hospodaření obce? Týká se dodržování všech povinností stanovených obci při hospodaření. Povinnosti při hospodaření s majetkem obce stanoví § 38 zákona 128/2000 Sb., o obcích. Finanční výbor je tedy oprávněn kontrolovat, zda je majetek obce využíván účelně a hospodárně, v souladu s jejími zájmy a úkoly, zda obec neručí za jiné závazky, než stanoví zákon, zda jsou zveřejňovány majetkové záměry ve smyslu §39 zákona o obcích. Finanční výbor je rovněž oprávněn kontrolovat dodržování rozpočtu obce a pravidla stanovená pro hospodaření v zákoně č. 250/2000 Sb., o rozpočtových pravidlech územních rozpočtů. Tato kontrolní činnost finančního výboru má charakter preventivní a průběžné kontroly.⁴ Finanční výbor se rovněž může participovat na kontrole⁵ hospodaření za uplynulý rok. Může spolupracovat s orgány, které vykonávají přezkoumání hospodaření obce za uplynulý rok, a auditor je povinen projednat s finančním výborem zprávu o přezkoumání hospodaření obce. V zákoně č. 254/2000 Sb., o auditorech, ve znění pozdějších předpisů, v §14 odst.5 je *expressis verbis* zakotveno, že auditor nebo auditorská společnost jsou povinni projednat se starostou⁶ a dále s finančním výborem auditorskou zprávu.

Opatření k nápravě nedostatků zjištěných finančním výborem při kontrole hospodaření ukládá zastupitelstvo obce radě, která je odpovědná za zabezpečení hospodaření obce podle rozpočtu. Starosta, který je v čele obecního (městského) úřadu, ukládá splnění opatření k nápravě, které se týkají činnosti obecního úřadu, tajemníkovi.

V praxi se vyskytl dotaz, zda je možné v rámci úspory finančních prostředků zřídit finanční výbor dohromady s kontrolním výborem, tedy namísto dvou výborů, by obec měla výbor pouze jeden, který by udělal „práci za dva“.⁷ S tímto sloučením nemožno, dle mého soudu, souhlasit. Kontrolní výbor kontroluje dodržování právních předpisů ostatními výbory, tedy i výbor finanční, jak provádí kontrolu hospodaření s majetkem a finančními prostředky obce a jak plní úkoly, které mu uložilo zastupitelstvo obce. Pokud bude finanční výbor pověřen určitými úkoly, v případě sloučení do jednoho výboru by takový společný výbor nemohl kontrolovat sám sebe. To by odporovalo principu nezávislé kontroly⁸ a taktéž generálnímu principu našeho správního práva tedy principu dobré správy. Dodejme však, že je možné, aby tatáž fyzická osoba byla členem jak kontrolního, tak i finančního výboru, přirozeně pokud se nejedná o starostu (resp.místostarostu či další osobu enumerovanou v § 119 odst.1 z.č.128/2000 Sb.), kterým je členství ve FV a KV *ex lege* zakázáno. *De lege ferenda* ovšem u menších obcí – např. do 500 obyvatel - by stálo za úvahu, zda by nebylo vhodné jim sloučení FV a KV neumožnit, důvod je jasný nedostatek potenciálních členů.

⁴ Srov. např. Kolektiv autorů : Stanovisko k činnosti finančního výboru, ASPI evid.č. 23915 (lit.), 2003

⁵ Zde se jedná z pohledu časové kategorizace kontroly o formu následnou

⁶ U měst se zvláštním postavením s primátorem,

⁷ Takto např. uvažoval V.Žák (starosta obce Tatenice) in Veřejná správa 18/2002

⁸ Srov. např. Kolektiv autorů : Stanovisko k činnosti finančního výboru, ASPI evid.č. 23915 (lit.), 2003, kteří jsou rovněž proti „slučování“ FV a KV.

Dle mého soudu z právního hlediska nic nebrání orgánům obce, aby byl v obci zřízen současně, jak finanční výbor zastupitelstva tak i finanční komise rady obce.⁹ I když, je nutno upozornit na skutečnost, že případná finanční komise rady by neměla takové zákonné pravomoci jako výbor zastupitelstva. Rovněž je dobré zmínit, že vytvoření komise rady nevede k eliminaci zákonné povinnosti zřídit finanční výbor.

Kontrolní výbor musí být rovněž nejméně tříčlenný, maximální počet členů není nijak omezen, v čele musí dle § 117 odst.4 stát člen zastupitelstva (výjimkou starosta a místostarosta) .

Kontrolní výbor kontroluje plnění usnesení zastupitelstva obce a rady obce samozřejmě pouze v případě je-li zřízena .

Dále ex lege kontroluje dodržování právních předpisů ostatními výbory a obecním úřadem na úseku samostatné působnosti.¹⁰ Zákon tedy přesně stanoví, u koho je KV oprávněn kontrolovat dodržování právních předpisů. Nehovoří ani o starostovi, ani o radě obce ani o zastupitelstvu obce.

V praxi jsme se mohli opakovaně setkat s přespříliš aktivními KV, které si za cíl kontroly vybraly výše zmíněné negativně enumerované subjekty či dokonce problematiku dodržování právních předpisů obecním úřadem na úseku přenesené¹¹ působnosti¹². S překračováním zákonných kompetencí samozřejmě nemožno souhlasit. Kontrolní výbor plní další kontrolní úkoly, jimiž jej pověřilo zastupitelstvo obce. O provedené kontrole musí výbor pořídit zápis, který obligatorně obsahuje, údaje o tom, co bylo kontrolováno, jaké nedostatky byly zjištěny a návrhy opatření směřující k odstranění nedostatků. Zápis obligatorně signuje člen výboru, který provedl kontrolu, a zaměstnanec, jehož činnosti se kontrola týkala. V dřívějším znění zákona o obcích byl k signaci oprávněn jakýkoliv člen výboru (dokonce se nemuselo jednat ani o předsedu či místopředsedu výboru, což by bylo logičtější), tedy i ten, který se na kontrole vůbec nepodílel. Současnou právní úpravu nutno pokládat ve zmíněném ohledu za preciznější. Autor si dovoluje navrhnout, aby de lege ferenda byl obligatorní i spolupodpis předsedy KV, vedlo by se o posílení právní jistoty jak kontrolovaných, tak i u zastupitelstva obce, kterému je zápis předkládán.

Jak jsem již naznačil výše, KV poté předloží zápis zastupitelstvu obce; k zápisu připojí vyjádření orgánu, popřípadě zaměstnanců, jejichž činnosti se kontrola týkala. Zákonnou existence možnosti kontrolovaného subjektu vyjádřit se k věci¹³ nutno pokládat za správnou a vede k vyšší míře vyváženosti celého kontrolního mechanismu v rámci demokratického obecního zřízení.

⁹ K čemuž může docházet zejména díky výrazněji rozdílné „politické i osobní konstelaci“ v zastupitelstvu a radě obce.

¹⁰ Připomeňme si, že bazální vymezení samostatné působnosti obcí v návaznosti na čl. 8 a 100 Ústavy ČR provádí na zákonné úrovni ustanovení § 7 odst. 1 zákona o obcích

¹¹ Rozlišování samostatné a přenesené působnosti, jak jsme již zmínili opakovaně výše, působilo a i mnohde v praktickém životě dále působí obtíže nikoliv zanedbatelného rázu

¹² Primární vymezení přenesené působnosti obcí v návaznosti na čl. 105 Ústavy ČR v zákonné rovině realizuje ustanovení § 7 odst. 2 z.č.128/2000 Sb.

¹³ Viz. ustanov. § 119 odst.4

Kontrolní výbor, stejně jako ostatní výbory, je kolektivním orgánem, z čehož plyne, že jeho jednotliví členové nemohou bez řádného pověření výboru jako celku provádět samostatné kontroly.¹⁴

Na závěr musíme podtrhnout, že výbory zastupitelstva jako orgány iniciativní a kontrolní nemají žádnou autonomní rozhodovací pravomoc v oblasti samostatné působnosti obce¹⁵ jejich usnesení zavazují pouze tyto výbory samotné, respektive jejich členy, a nikoliv např. obecní úřad, byť by jeho činnost v oblasti samostatné působnosti byla předmětem kontroly.

V praxi jsem se opakovaně setkal s dotazem, zda může kontrolní výbor zastupitelstva závazně úkolovat pracovníky obecního (městského) úřadu. Nikoliv. Kontrolní výbor zastupitelstva, byť je oprávněn kontrolovat i činnost obecního úřadu, nesmí de lege lata obecnímu úřadu ani jednotlivým zaměstnancům obce v něm zařazeným ukládat úkoly. K tomu je ze zákona oprávněno pouze zastupitelstvo nebo rada obce (města).

Osadní výbor

Dalším typem orgánu zřizovaného zastupitelstvem obce je tzv. osadní výbor. Od 30.června 2006 rozumí české obecní zřízení pod souhrnným pojmem osadní výbor jak obecní tak i místní výbor. Smyslem existence těchto výborů je snaha o zapojení občanů především z odlehlých částí obce¹⁶ do municipálního samosprávného rozhodovacího procesu. Z.Koudelka naznačuje, že by za pomoci osadních výborů mohlo dojít k vyrovnávání disproporcí mezi růzností problematiky vesnické a sídlištní zástavby v rámci téhož města pokud obě entity nejsou zastoupeny v zastupitelstvu obce (města).¹⁷ Smyslem výborů je tedy určitá (být do značné míry omezená) dekoncentrace rozhodovacích procesů uvnitř obce.

Osadní výbory u nás mají dlouhou právně-historickou tradici – již zemský zákon obecní pro Čechy, tj. zákon č. 7/1864 zemského zákoníku, ze 16. dubna 1864, jímž to se vydává zřízení obecní a řád volení v obcích, obsahoval v kapitole osmé (§§ 107–114) pod názvem “O zastupitelstvu některých osad, které mají zvláštní jmění”, základní otázky organizace a působnosti osad, resp. jejich orgánů.¹⁸ Jistou formu osadních výborů můžeme nalézt i za časů socialistického Československa Zákon č. 69/1967 Sb., o národních výborech, dal vzniknout samosprávě částí obcí prostřednictvím tzv. občanských výborů. Zmíněné výbory musely být obligatorně zřizovány ve městech, v obvodech měst a střediskových obcích. V ostatních obcích mohly být zřízeny, vyžadovala-li to rozlehlost území a zvláštní podmínky hospodářského a kulturního rozvoje. Během devadesátých let minulého století v ČR osadní výbory neexistovaly, k jejich návratu došlo až na základě zákon č. 128/2000 Sb., o obcích, který je zakotvil v §§ 115 a 116. V částech obce (nezaměňovat s pojmem městská část)¹⁹ může zřídit zastupitelstvo obce osadní výbory. Jedná se tedy o fakultativní orgán. Osadní výbor musí mít ex lege minimálně (stejně jako např. finanční nebo kontrolní výbor) tři členy,

¹⁴ Srov. Koudelka, Z.: Samospráva, Linde Praha, ISBN: 978-80-7201-665-5, 2007, str.211 nebo Vedral, J.: Kontrolní výbor jedná jako kolektivní orgán, 12/2002, Praha, str. 36

¹⁵ A to platí *dvojnásob* pro přenesenou působnost obce

¹⁶ Např. dříve samostatných obcí a později připojených k obci

¹⁷ Srov. Koudelka, Z.: Komentář k § 120 z.č. 128/2000 Sb., o obcích Linde Praha 2002

¹⁸ Srov. Cogan, R.: Osadní výbory, Veřejná správa č.5/2004

¹⁹ Pojem část města v této souvislosti je však třeba odlišovat od pojmu městská část používaného v hlavě VII obecního zřízení a v zákonu č. 131/2000 Sb., v platném znění, o hlavním městě Praze

maximální počet není stanoven. Kvantum členů osadního výboru stanovuje zastupitelstvo obce. Minimální věk pro členství v osadním výboru není stanoven, takže i mladiství může být členem. Řádným členem osadního výboru může ovšem být pouze občan obce, který je přihlášen k trvalému pobytu v té části obce, pro kterou je osadní výbor zřízen. Není třeba, aby člen osadního výboru měl občanství České republiky.

Členové výboru jsou voleni obecním zastupitelstvem. Oproti jiným výborům je zde rozdíl u předsednictví výboru. Předsedu osadního výboru volí zastupitelstvo obce z řad členů osadního výboru. Předseda tedy nemusí být členem zastupitelstva, což je dáno charakterem výboru. Pokud by zákon obsahoval požadavek aby předseda byl zastupitelem, vedlo by to k neřešitelné blokační situaci v případě, kdyby v předmětné části obce (města) nebydlel žádný ze členů zastupitelstva. Předsedovi náleží jedno do jisté míry symbolické privilegium: Požádá-li předseda osadního výboru na zasedání zastupitelstva obce o slovo, musí mu být dle ustanovení § 121 odst.2 uděleno, v jednacím řádu zastupitelstva obce – jako v normě nižší právní síly než je zákon o obcích – nelze tedy upravit tuto věc opačně.

Osadní výbor je ex lege oprávněn předkládat zastupitelstvu obce, radě obce a ostatním výborům zastupitelstva návrhy týkající se rozvoje části obce a rozpočtu obce. Dále je oprávněn vyjadřovat se k návrhům předkládaným zastupitelstvu obce a radě obce k rozhodnutí, pokud se týkají části obce, vyjadřovat se k připomínkám a podnětům předkládaným občany obce, kteří jsou hlášeni k trvalému pobytu v části obce, orgánům obce.

Pro komparaci můžeme uvést, že slovenská právní úprava obecního zřízení institutu osadních výborů neobsahuje.

Autor znovuoobnovení osadních výborů vítá. Ustavování tohoto orgánu, který vyjadřuje zájmy občanů uvnitř obce, je dalším vyjádřením myšlenky decentralizace moci v České republice jako demokratickém právním státu.

Komise rady

Rada obce může rovněž zřídit své orgány, tyto se ex lege označují jako komise. Tyto orgány mají funkci iniciativní a poradní, nikoliv tedy kontrolní. Svá stanoviska a náměty předkládají zmíněné komise výhradně svému zřizovateli tedy radě obce. Komise je též výkonným orgánem, jestliže jí byl svěřen výkon přenesené působnosti podle § 103 odst. 4 písm. c) z.č.128/2000 Sb.²⁰

Komise je kolektivní fakultativní orgán, který se ex lege usnáší většinou hlasů všech svých členů, tedy nikoliv jen přítomných členů.²¹ Odpovědnost můžeme rozlišit dvěma směry. Primárně je komise ze své činnosti odpovědná zřizovateli – tedy radě obce, nicméně ve věcech výkonu přenesené působnosti na svěřeném úseku ovšem odpovídá jinému orgánu odlišného od rady obce – a to starostovi (do 31.12.2002 byla podřízena v tomto směru okresnímu úřadu). Zde můžeme vidět jisté posílení pozice starosty obce.

²⁰ Předsedou zmíněné „výkonné“ komise může být jen osoba, která, nestanoví-li zvláštní zákon jinak, prokázala zvláštní odbornou způsobilost v oblasti komisi svěřené přenesené působnosti. Na prokázání zvláštní odborné způsobilosti předsedy komise se obdobně vztahují ustanovení zvláštních právních předpisů upravujících toto prokázání pro úředníky územních samosprávných celků.

²¹ Docházka členů na zasedání komise bývá mnohde problémem, jelikož drtivá většina členů vykonává tuto činnost vedle svých občanských povolání. Proto se mi jeví tato úprava vhodná, že zbytečně neblokuje usnášení schopnost komisí.

Žádný právní předpis sice přímo neukládá komisi rady obce povinnost přijetí statutu předmětné komise, nicméně z důvodu právní jistoty nelze přijetí tohoto interního dokumentu než doporučit. Ve statutu mohou být např. upraveny práva a povinnosti členů nebo konkrétněji definován předmět vlastní činnosti.

Komise není orgánem obce, ale orgánem rady obce. Je zcela na uvážení rady jaké komise a na jak dlouho si zřídí.²² Zákon o obcích dává radě obce právo zřizovat a zrušovat komise podle potřeby. Pro ilustraci uveďme typy v současnosti zřizovaných komisí: školská, investiční, bytová, životního prostředí, podnikatelská nebo majetková. De lege lata je teoreticky možné zřídit i komisi finanční, a to i přes obligatorní existenci finančního výboru zastupitelstva. Duplicita „stejného“ výboru zastupitelstva a komise rady není ničím zakázána²³ – byť by se do jisté míry jednalo o narušení zásady hospodárnosti a efektivnosti ve veřejné správě. Takže v obci může současně fungovat jak např. výbor zastupitelstva pro životní prostředí, tak i komise rady pro životní prostředí.

Taktéž pouze radě přináležejí jmenovat a odvolávat z funkce předsedu komise a členy. Počet členů rovněž stanoví výlučně rada. Počet členů nemusí být lichý na rozdíl od počtu členů rady obce či výboru zastupitelstva. Předseda komise nemusí být zastupitelem, další rozdíl oproti výboru zastupitelstva obce. Právní úprava komisí rady je celkově stručnější, než úprava výborů zastupitelstva, nicméně nezastávám názor, že by se v rámci českého obecního zřízení jednalo o méně významné orgány než jsou zmíněné výbory zastupitelstva.

Činnost komisí je do značné míry ovlivněna principem transparentnosti²⁴, čehož legálním odrazem je fakt, že dle § 16 odst.2 písm.e) má každý občan obce, který dosáhl věku 18 let zákonné právo nahlížet do usnesení komisí rady obce a pořizovat si z nich výpisy.

Komise mají jistou legální vazbu i na zastupitelstvo resp. jeho členy, což je dáno tím, že dle ustanov. § 82 písm. a) z.č.128/2000 Sb. má každý člen zastupitelstva obce při výkonu své funkce právo všem komisím předkládat návrhy na projednání, což je změna oproti předchozímu právnímu stavu (do 11.7.2002), kdy člen zastupitelstva mohl předkládat návrhy jen orgánům obce, jejichž je členem.

Zvláštní roli sehrávají komise na úseku přestupků.²⁵ Starosta obce může určit, že přestupky bude projednávat přestupková komise zřízená jako komise rady. Zdůrazněme však, že starosta má v tomto bodě za povinnost projednat celou věc s ředitelem místně příslušného krajského úřadu. Předsedou komise musí být ex lege osoba s právnickým vzděláním (absolvent příslušného magisterského studia) nebo osoba, která má pro danou agendu zkoušku zvláštní odborné způsobilosti. Tato komise plní stejné úkoly jako komise přestupková zřízená coby

²² Není nutné, aby komise fungovala celé volební období. Např. statutární město Opava přímo oficiálně označuje některé komise jako **dočasné** (např. Dočasná komise RMO pro informační systémy), proti čemuž nelze z právního hlediska nic namítat.

²³ K zřizování analogických orgánů rady a zastupitelstva může docházet především díky jiné politické a zejména personální konstelaci v radě a zastupitelstvu.

²⁴ Kterým se řídí (nebo by se měla) celá česká veřejná správa.

²⁵ Vzhledem k rozsahu se problematice přestupkových komisí věnuji jen útržkovitě, byť je mi jasné, že by si tato problematika zasloužila vlastní subkapitulu

zvláštní orgán obce, z hlediska svého statutu však mají odlišný způsob zřizování a ustanovování členů.²⁶

Mezi zvláštní komise rady obce lze také zařadit tzv. povodňové komise. Nicméně tyto komise nemají svůj legální původ v obecním zřízení, ale ve zvláštním předpisu, kterým je z.č.254/2001 Sb. (vodní zákon). Podle § 78 tohoto zákona obecní rada může (avšak nemusí - zásada fakultativnosti) k plnění úkolů při ochraně před povodněmi, je-li v jejich územních obvodech možnost povodní, zřídit povodňovou komisi, jinak tuto činnost, tedy při nezřízení, zajišťuje přímo sama obecní rada. Záleží na radě obce, zda se úkolů vznikajících z „povodňové agendy“ ujme sama nebo pro ni zřídí zvláštní komisi. Předsedou povodňové komise obce musí být vždy starosta obce. Jedná se tu o zřejmou odlišnost oproti ostatním komisím rady obce konstituovaných dle obecního zřízení, kdy předsedou komise může být kdokoliv ze členů. Zákonodárce zde akcentoval velkou společenskou závažnost problematiky povodňové ochrany. Další členy komise jmenuje rada obce z členů obecního zastupitelstva a z fyzických a právnických osob, které jsou způsobilé k provádění opatření, popřípadě pomoci při ochraně před povodněmi.²⁷

V neposlední řadě laskavého čtenáře upozorňujeme na fakt, že došlo ke zákonnému zrušení institutu komise pro výchovu a vzdělávání, která existovala dle z.č. 564/1990 sb., o státní správě a samosprávě ve školství, kde v § 15 odst. 4 bylo stanoveno že, obec zpravidla zřizuje komisi pro výchovu a vzdělávání. Komise pro výchovu a vzdělávání se vždy zřizovala v obci s více než pěti školami.²⁸ Výše zmíněný z.č. 564/1990 sb., o státní správě a samosprávě ve školství byl zrušen a nahrazen novým školským zákonem (z.č.561/2004 Sb.) a tento zákon již obdobnou komisi neobsahuje.

Príspevek byl zpracován za finanční podpory grantu GA ČR (č. 407/06/1159)

Literatura:

- Cogan, R. Osadní výbor. Veřejná správa, 2004, č. 5, s. 10, 23 – 24
- Hamplová, J. Osadní výbory, Moderní obec, 2001, č. 3, s. 26
- Kolektiv autorů : Stanovisko k činnosti finančního výboru, ASPI evid.č. 23915 (lit.), 2003,
- Koudelka,Z. in Zákon o obcích – komentář, Linde a.s. Praha, 2005
- Koudelka, Z.: Průvodce územní samosprávou, Linde Praha, 2003
- Koudelka,Z.: Právní předpisy samosprávy – 2. aktualizované a přepracované vydání, Linde Praha, ISBN: 978-80-7201-690-7, 2008
- Koudelka,Z.: Samospráva, Linde Praha, ISBN: 978-80-7201-665-5, 2007
- Kolman, P. Orgány zastupitelstva obce a rady obce. Právo a podnikání, 2005, č. 2, s. 17 – 22

²⁶ Srov. Koudelka,Z.: Komentář k § 122 z.č.128/2000 Sb., o obcích , Linde Praha 2002

²⁷ Dodejme že, povodňové orgány obcí jsou podřízeny povodňovému orgánu obce s rozšířenou působností.

²⁸ Z.Koudelka in Obce a kraje (Linde Praha, 2001, str.124) správně poukazuje na skutečnost, že ze znění zákona nebylo zřejmé, zda se jedná o 5 „obecních“ škol či o celkový počet škol v obci.

- Mocek, M. Možnosti převodu kompetenci na úseku přenesené působnosti na komise rady , 2005 . Veřejná správa, č. 33, s. 10, 23
- Neumannová, H. Výbory zastupitelstva obce a komise rady obce. Veřejná správa 2002 , č. 8, s. 12, 21
- Šromová, E. Činnosti finančního a kontrolního výboru zastupitelstev obcí. Veřejná správa, 2003, č. 13, s. 24 – 25.
- Vedral, J.: Kontrolní výbor jedná jako kolektivní orgán, Moderní obec 12/2002, Praha, str.36
- Vedral, J.: Meze působnosti kontrolního výboru zastupitelstva obce – Aspi ev.č. 25103

Kontaktní údaje na autora – email:

kolman@law.muni.cz

VYSOKOŠKOLSKÁ SAMOSPRÁVA

ZDENĚK KOUDELKA

Právnická fakulta Masarykovy univerzity, Česká republika

Abstrakt v rodném jazyce

Text se zabývá samosprávou vysokých škol. Nejprve je zmíněn historický vývoj na území Moravy a Čech a pak současná právní úprava. Základem zkoumání je samospráva veřejných vysokých škol, zmíněna je však i úprava státních vysokých škol (vojenské a policejní) a soukromých vysokých škol. Zvláštní pozornost je věnována předpisům vysokoškolské samosprávy.

Klíčová slova v rodném jazyce

Samospráva, vysoké školy.

Abstract

The text deals with self-government of universities. At first the text mentions historical evolution in the territory of Moravia and Bohemia and then refers to the present legal framework. The base of the research is the self-government of public universities but legal framework of state (national) universities (i. e. the military and the police universities) as well as private universities is also noticed. Special attention is paid to the rules of university self-government law.

Key words

Self-government, university.

Univerzity jako samosprávné korporace vznikly ve středověku a měly svůj právní (právní subjektivita, vlastní soudní pravomoc) i ekonomický (vlastní statky) základ. Univerzity sice podléhaly církevnímu dozoru, když vznikaly v sídle biskupa (arcibiskupa), jenž byl kancléřem univerzity.¹ Zároveň však měly vlastní samosprávné orgány ustanovované podle fakult a národů. Fakulty v čele s děkany byly organizačními celky ze studijních důvodů, zatímco národy v čele s prokurátory byly spíše politickými útvary. V čele univerzity stál volený rektor, což mohl být i student. Univerzity se díky této samosprávě staly relativně nezávislé na městské obci, kde působily, nebo na okolní pozemkové vrchnosti. Tato samospráva u nás vznikla na první české univerzitě v Praze založené r. 13482 a první moravské univerzitě vzniklé roku 1573 v Olomouci.³

¹ Ojediněle byl v době umístění olomoucké univerzity v Brně v letech 1778-82 jmenován kancléřem panovníkem farář u sv. Jakuba v Brně Jan Braun.

² Pražská univerzita měla fakultu artistickou (filozofickou), teologickou, lékařskou a právnickou. V roce 1372 se vydělila právnická fakulta v samostatnou univerzitu, která zanikla 1419. Spolu s ní zanikly v začátku husitské revoluce i ostatní fakulty s výjimkou fakulty artistické.

³ Tato univerzita se čtyřmi fakultami (nejdříve začala působit filozofická a teologická, později lékařská a právnická) vznikla jako jezuitská udělením univerzitních práv císařem a moravským markrabětem Maxmiliánem z původní jezuitské koleje založené roku 1566 olomouckým biskupem Vilémem Prusinovským z Víckova. Roku 1773 se stala státní univerzitou. Přechnodně 1777 bylo odděleno právnické studium a též přechnodně v letech 1778 – 1782 univerzita sídlila v Brně. V letech 1782 – 1827 působila jako moravské lyceum a univerzitní postavení zůstalo jen bohoslovecké fakultě, v roce 1827 jí byl vrácen statut univerzity pod názvem Františkova univerzita

Vysokoškolské samosprávě jsou podrobeni příslušníci akademické obce – akademičtí pracovníci (profesoři, docenti, odborní asistenti, asistenti, lektoři, výzkumní a vývojoví pracovníci) a studenti. Akademická obec realizuje svoji vůli prostřednictvím jí ustanovovaných akademických orgánů: akademický senát fakulty a školy, děkan, rektor, vědecká (umělecká, akademická) rada a disciplinární komise. Akademický senát je volený akademickou obcí vysoké školy či její fakulty. Na ustanovení rektora veřejné vysoké školy se však rozhodujícím způsobem podílí hlava státu, neboť akademický senát veřejné vysoké školy může volit jen kandidáta na funkci rektora. Toho však jmenuje a odvolává prezident republiky se spolupodpisem předsedy vlády,⁴ prezident může návrh ze závažných důvodů odmítnout.⁵ Návrh akademického senátu se podává prezidentu prostřednictvím ministra školství, mládeže a tělovýchovy, ten však o něm nemůže nijak rozhodnout a je povinen jej bez zbytečného odkladu postoupit prezidentu. Obdobně děkan je jmenován rektorem na návrh akademického senátu fakulty, i rektor může návrh odmítnout. Pro funkci rektora ani děkana nejsou od roku 1998⁶ stanoveny odborné kvalifikační podmínky a teoreticky může být zvolen i student. Ovšem těmito akademickými funkcionáři mají být osoby odborně způsobilé k reprezentaci školy např. v rámci akreditačního řízení. Pokud je navržen kandidát, který nespĺňuje představu toho, kdo jmenuje do funkce, o odbornosti, je to důvod pro odmítnutí návrhu.⁷ Určitě by po případném jmenování bylo podivné, kdyby před Akreditační komisí určitá osoba za fakultu či vysokou školu obhajovala akreditace na doktorské vysokoškolské vzdělávání nebo konání habilitačního a profesorského řízení, aniž by sama měla doktorské vzdělání. Otázkou je, zda v soudním sporu o nejmenování má rozhodovat správní či pracovní soud. Je nutné poznamenat, že rektor i děkan je zaměstnancem vysoké školy, jehož pracovní poměr vzniká jmenováním. Jeho vztah ke škole je primárně vztahem soukromoprávním (pracovněprávním). Proto tyto spory má rozhodovat pracovněprávní senát okresního soudu, nikoli krajský soud ve správním soudnictví.

s fakultou filozofickou, právnickou, teologickou a medicínsko-chirurgickým učením, které bylo v roce 1848 z univerzity vyčleněno v samostatný ústav, jenž zanikl roku 1872. V letech 1833-36 se znovu uvažovalo o přesunu univerzity do Brna, což se pro odpor olomouckého arcibiskupa neuskutečnilo. V roce 1860 byla univerzita zrušena, nadále působila jen Cyrilometodějská teologická fakulta. Obnovena byla zákonem č. 35/1946 Sb. jako Univerzita Palackého v Olomouci. Jiří Fiala: Počátky jezuitského školství na Moravě, Rozrazil 7/2007, s. 31-34.

⁴ Čl. 63 ods. 2 a 3 Ústavy č. 1/1993 Sb. § 10 ods. 2 zákona č. 111/1998 Sb., o vysokých školách. Obdobně jmenuje na návrh vědecké (umělecké) rady vysoké školy profesory dle § 73 zákona o vysokých školách.

⁵ Dne 30. 1. 2002 prezident Václav Havel odmítl (odložil na neurčito) jmenování Petera Mikuleckého rektorem Univerzity Hradec Králové. Do této funkce byl Mikulecký navržen akademickým senátem univerzity 25. 10. 2001. Havel jej odmítl jmenovat pro nejasnosti jeho lustrace. Peter Mikulecký měl negativní lustrační osvědčení z roku 1995 a v roce 2002 mu bylo Ministerstvem vnitra vydáno druhé pozitivní, aniž by první bylo výslovně zrušeno. Mikulecký se nakonec 11. 3. 2002 vzdal své nominace.

⁶ Do roku 1998 stanovil zákon, že rektorem či děkanem může být jen docent nebo profesor. § 10 ods. 1 pís. c) a ods. 2 pís. b) zákona č. 172/1990 Sb., o vysokých školách.

⁷ Dne 21. 6. 2007 navrhl Akademický senát Právnické fakulty Univerzity Palackého v Olomouci na jmenování děkanem Mgr. Ivo Benedu, který neměl ani rigorózní řízení. Rektor Lubomír Dvořák jej 31. 8. 2007 odmítl jmenovat. Rektor to okomentoval slovy: „Nejsem přesvědčen o tom, že zvolený kandidát může úspěšně vykonávat náročnou funkci děkana právnické fakulty - dosavadní zkušenosti a výsledky akademické činnosti Iva Benedy nejsou dostačující. Dále nemohu pominout ani otázku korektního průběhu volby kandidáta na děkana. Ivo Beneda se zúčastnil nejen celé přípravy a organizace voleb a to i poté, kdy vyjádřil souhlas se svou kandidaturou, ale dokonce se účastnil i samotné tajné volby.“. Rektor Dvořák dále uvedl, že je návrhem akademického senátu vázán v tom smyslu, že nemůže jmenovat děkanem někoho jiného, než kdo mu byl navržen. Na druhé straně nemá povinnost jmenovat kohokoliv, kdo navržen byl. "Je však nejen v pravomoci rektora, ale dokonce povinností takovému návrhu nevyhovět, má-li za to, že je takový návrh v zásadním rozporu se zájmy příslušné fakulty, případně i celé univerzity," doplnil Dvořák. Viz Alena Petřelová: Zpravodajství ČTK z 31. 8. 2007.

Vysokoškolská samospráva se realizuje plně na veřejných vysokých školách. V uzpůsobené podobě se však může uplatnit i na státních (vojenské – Univerzita obrany v Brně a policejní – Policejní akademie v Praze) a soukromých vysokých školách. Státní vysoké školy nemají vlastní majetek, hospodaří s majetkem státu a ani vlastní právní subjektivitu, jsou organizačními složkami státu.⁸ Zvláštnosti rovněž vykazují teologické fakulty v rámci veřejných vysokých škol, kde nad zachováním kanonického učení příslušné církve bdí její představitel. V rámci katolické Cyrilometodějské bohoslovecké fakulty Univerzity Palackého je to velký kancléř fakulty arcibiskup olomoucký,⁹ u Katolické teologické fakulty Univerzity Karlovy velký kancléř arcibiskup pražský,¹⁰ u Teologické fakulty Jihočeské univerzity moderátor fakulty biskup českobudějovický.¹¹

V případě soukromých vysokých škol jde o výjimečné působení samosprávy v právnické osobě soukromého práva, která však musí mít státní souhlas a stát na ni přenesl část veřejné moci (oprávnění udělovat akademické tituly). I akademické orgány soukromé vysoké školy mají v rozsahu statutu vysoké školy registrovaného Ministerstvem školství, mládeže a tělovýchovy právo na autonomii rozhodování, do níž nemůže libovolně vstupovat ani vlastník.

Rozhodnutí vysokých škol, která mají charakter rozhodnutí o veřejných subjektivních právech jsou přezkoumatelná ve správním soudnictví. Takovým rozhodnutím je i rozhodnutí o nepřijetí ke studiu¹² či ukončení studia.¹³

1. VNITŘNÍ PŘEDPISY

Vysoká škola vydává své vnitřní předpisy, za jejichž porušení může být student postižen za disciplinární přestupek v disciplinárním řízení až vyloučením ze studia.¹⁴ Odpovědnost akademických pracovníků je odpovědností pracovně právní podle pracovně právních předpisů. Vnitřními předpisy jsou zejména statut vysoké školy, volební a jednací řád akademického senátu, vnitřní mzdový předpis, jednací řád vědecké (umělecké) rady, řád výběrového řízení akademických pracovníků, studijní a zkušební řád, disciplinární řád pro studenty. Vnitřní předpisy vysoké školy i jejich součástí schvaluje akademický senát vysoké školy. Vnitřní předpisy vysoké školy jako celku schvaluje senát na návrh rektora, nikdo jiný věc nemůže iniciovat. Pokud jde o vnitřní předpisy fakulty, akademický senát vysoké školy je

⁸ Původně se to týkalo jen vojenských vysokých škol. Až do 1. 1. 2001 měla Policejní akademie právní subjektivitu jako rozpočtová organizace státu dle § 31-32 rozpočtových pravidel č. 576/1990 Sb. zrušenými rozpočtovými pravidly č. 218/2000 Sb. a § 95 ods. 1 zákona o vysokých školách.

⁹ Čl. 4 Statutu CMTF UP z 27. 6. 2000.

¹⁰ Čl. 4 Statutu KTF UK z 7. 2. 2003 schválený na návrh Akademického senátu Katolické teologické fakulty z 13. 12. 2002.

¹¹ Čl. 3 TF JČU z 3. 5. 2005 schváleny na návrh Akademického senátu Teologické fakulty z 3. 11. 2004. V případě budějovické fakulty nejde o fakultu s plným teologickým uznáním katolické církve, a tedy se v případě biskupa nepoužívá označení velký kancléř.

¹² Rozsudek č. 1112/2007 Sbírky rozhodnutí Nejvyššího správního soudu (2As 37/2006-63).

¹³ Rozsudek Městského soudu v Praze z 7. 5. 2008 čj. 7Ca 85/2007-44, kterým zrušil rozhodnutí Univerzity Karlovy o ukončení studia uplynutím lhůty, kdy soud stanovil, že do maximální lhůty studia nelze započítat dobu přerušení studia. Kasační stížnost byla odmítnuta pro zmeškání lhůty usnesením Nejvyššího správního soudu z 28. 8. 2008 7As 38/2008-58.

¹⁴ § 9 ods. 1 pís. b), § 17 a § 64 zákona o vysokých školách.

schvaluje na návrh akademického senátu fakulty, jemuž návrh předpisu předkládá děkan.¹⁵ Pokud je oprávněný navrhovatel rektor nebo děkan nespokojen s tím, jaké pozměňovací návrhy mohou být přijaty senátem, může kdykoliv vzít návrh zpět a akademický senát pak musí projednávání návrhu vnitřního předpisu ukončit.

Vnitřní předpisy nabývají platnosti registrací Ministerstvem školství, mládeže a tělovýchovy na návrh rektora. Ministerstvo rozhodne o registraci do 90 dnů od zahájení řízení. Ministerstvo může odmítnout registraci jen z důvodu jejich rozporu s právními předpisy. Podmínkou registrace vnitřních předpisů teologických fakult je i souhlas příslušného zástupce církve, pokud je tak stanoveno statutem fakulty, což jsou velcí kancléři v případě teologických katolických fakult Univerzity Karlovy (arcibiskup pražský) a Univerzity Palackého (arcibiskup olomoucký) a moderátor v případě Jihočeské univerzity (biskup českobudějovický).¹⁶

Vnitřní předpisy součásti vysoké školy (fakulty) musí být v souladu s vnitřními předpisy vysoké školy.¹⁷ Nicméně může nastat situace, kdy toto pravidlo nelze užít v neprospěch osoby, která jednala podle zásady předpokladu správnosti správních aktů podle vnitřního předpisu fakulty. I vnitřní předpisy fakulty nakonec schvaluje akademický senát nejen fakulty, ale i vysoké školy. Pokud tedy vysoká škola schválila předpis fakulty, který odlišně upravuje stejnou věc jako vnitřní předpis vysoké školy, aniž iniciovala změnu údajného rozporu, pak platí presumpce správnosti aktu veřejné správy, kterého se mohou dotčené osoby dovolávat. Rovněž je víra ve správnost vnitřního předpisu posílena jeho registrací ministerstvem, jelikož rozpor mezi vnitřními předpisy je důvodem pro odmítnutí registrace. Navíc předpis vysoké školy může upravit danou věc obecně pro celou vysokou školu a je na fakultách, zda si dále upraví věc podrobněji pro sebe.

Pokud jde o povahu vnitřních předpisů vysoké školy jako právních předpisů, domníváme se, že nemají povahu právního předpisu, jelikož mají omezenou působnost na příslušníky konkrétní vysoké školy, nikoliv obecně na studenty určitého oboru. Příslušník akademické obce se může působnosti daného předpisu vyhnout tak, že půjde studovat nebo pracovat ve stejném oboru na jinou vysokou školu. Za porušení vnitřního předpisu lze sice studenta vyloučit ze studia, ale to se týká jen konkrétní vysoké školy. Student může studovat ihned na jiné vysoké škole. Pokud definujeme zájmovou samosprávu existencí určitého zájmu jedince upraveného veřejným právem, tak je z toho hlediska určující zájem získat vysokoškolské vzdělání v určitém oboru, nikoliv studovat konkrétní školu. Cílem studenta je získat právnické vzdělání, ne konkrétně studovat právnickou fakultu na určité vysoké škole. Právnické či jiné vysokoškolské vzdělání po svém vyloučení může získat student na jiné vysoké škole. Z toho plyne, že vnitřním předpisům vysoké školy chybí základní charakteristika právního předpisu – obecná závaznost. Ovšem jsou zastánci i povahy vnitřních předpisů veřejných vysokých škol jako právních předpisů.¹⁸

2. SLOVENSKÝ EXKURZ

Podobná situace v Čechách, na Moravě a ve Slezsku je právní úprava vysokých škol a jejich vnitřních předpisů na Slovensku. I zde se vysoké školy jako právnické osoby dělí na veřejné,

¹⁵ § 27 odst. 1 písm b) zákona o vysokých školách.

¹⁶ § 33 zákona o vysokých školách.

¹⁷ § 22 odst. 2 zákona o vysokých školách.

¹⁸ Dan Dvořáček: Právní povaha předpisů zájmové samosprávy, Právní rozhledy 24/2006, s. 886.

státní (vojenské, policejní, zdravotnické) a soukromé.¹⁹ Veřejné a státní se zřizují a zrušují zákonem, soukromé potřebují k činnosti státní souhlas udělovaný vládou na návrh Ministerstva školství. Vnitřní předpisy vysoké školy přijímá akademický senát školy, podle působnosti je navrhuje rektor, předseda akademického senátu vysoké školy nebo děkan.²⁰ Státní registraci podléhají jen tři taxativně vyjmenované předpisy přijímané na návrh rektora – statut, studijní řád a zásady výběrového řízení na obsazení pracovních míst vysokoškolských učitelů, výzkumných pracovníků, funkcí profesorů, docentů a vedoucích zaměstnanců.²¹ Registraci provádí Ministerstvo školství, u státních vysokých škol příslušné rezortní ministerstvo obrany, vnitra či zdravotnictví. Dnem registrace nabývá vnitřní předpis platnosti. Ministerstvo může odmítnout registraci jen pro rozpor s právním řádem. Registraci navrhuje rektor či statutární orgán, není-li rektora, a ministerstvo musí rozhodnout do 60 dní. O opravném prostředku proti odmítnutí registrace rozhoduje Nejvyšší soud.²²

Literatura:

- Dvořáček D.: Právní povaha předpisů zájmové samosprávy, Právní rozhledy 24/2006, s. 886, ISSN 1210-6410.
- Fiala J.: Počátky jezuitského školství na Moravě, Rozrazil 7/2007, s. 31-34, ISSN 1801-4755.

Kontaktní údaje na autora – email:

zdenek.koudelka@mail.muni.cz

¹⁹ § 2 zákona č. 131/2002 Z.z., o vysokých školách.

²⁰ § 9 ods. 1 pís. b) zákona č. 131/2002 Z.z., o vysokých školách.

²¹ § 15, § 43 ods. 5 pís. a), § 44 ods. 5 pís. a), § 45 ods. 4 pís. a) a § 48 zákona č. 131/2002 Z.z., o vysokých školách.

²² § 103 zákona č. 131/2002 Z.z., o vysokých školách.

SOUDNÍ PŘEZKUM ROZHODNUTÍ SAMOSPRÁVY: VEŘEJNÉ VYSOKÉ ŠKOLY

VERONIKA KUDROVÁ

Právnická fakulta Masarykovy univerzity, Česká republika

Abstrakt v rodném jazyce

Příspěvek shrnuje judikaturu Ústavního soudu a Nejvyššího správního soudu, jejímž předmětem je zejména otázka přezkoumatelnosti rozhodnutí veřejných vysokých škol v režimu zákona č. 111/1998 Sb., o vysokých školách. Zabývá se též nejnovějším rozhodnutím Nejvyššího správního soudu v této věci, dle něhož je soudně přezkoumatelné rozhodnutí, jehož jednotlivé části mohou zasáhnout do právní sféry jednotlivce, byť jako celek do jeho finančního postavení nezasahuje.

Klíčová slova v rodném jazyce

Judikatura, soudní přezkum, vysoká škola, odůvodnění rozhodnutí dle zákona o vysokých školách, poplatky za studium, přijetí ke studiu.

Abstract

The contribution summarizes the judicature of the Constitutional Court of the Czech Republic and Supreme Administrative Court of the Czech Republic which is concerned mainly with the judicial review of the decisions of public higher education institutions pursuant to the act no. 111/1998 Col., on Higher Education Institutions. It deals also with the latest decision of the Supreme Administrative Court which declares as a subject to the judiciary review decision which does not infringe someone's integrity as a complex, but infringes it in separated parts.

Key words

Judicature, judicial, review, higher education institution, grounds of the decision pursuant to the higher education act, study-related fees, decision on admission to studies.

1. ÚVOD

Vysoké školy jako nejvyšší článek vzdělávací soustavy jsou vrcholnými centry vzdělanosti, nezávislého poznání a tvůrčí činnosti a mají klíčovou úlohu ve vědeckém, kulturním, sociálním a ekonomickém rozvoji společnosti.¹ Veřejné vysoké školy jsou též entitami zájmové samosprávy (právníky osobami sui generis), kterým byla svěřena pravomoc autoritativně rozhodovat o určitých právech a povinnostech jiných subjektů, typicky studentů.²

Pokud je autorce známo, nevedou se žádné spory o tom, že právní úprava vysokého školství stanovená zákonem o vysokých školách patří do oblasti správního práva, avšak bylo třeba rozhodovací praxe Ústavního soudu a Nejvyššího správního soudu, aby byly vyvráceny pochyby o tom, zda rozhodnutí vydaná v režimu tohoto zákona jsou rozhodnutími podléhajícími soudnímu přezkumu ve správním soudnictví.

¹ § 1 zákona č. 111/1998 Sb. o vysokých školách a o změně a doplnění dalších zákonů (dále též jen „zákon o vysokých školách“ či „ZVŠ“).

² § 6 odst. 1 písm. e) ZVŠ.

Níže budou popsány a rozebrány jednotlivé případy, jimiž se ustálila rozhodovací praxe týkající se možnosti soudního přezkumu rozhodnutí vysoké školy podle zákona o vysokých školách, a to konkrétně pokud jde o rozhodnutí o (ne)přijetí ke studiu dle § 50 ZVŠ a rozhodnutí o stanovení poplatku za prodlouženou dobu studia.³

2. SOUDNÍ PŘEZKOUMATELNOST ROZHODNUTÍ VE SPRÁVNÍM SOUDNICTVÍ

2.1 PŘEZKOUMATELNOST ROZHODNUTÍ O PŘIJETÍ KE STUDIU

Zákon o vysokých školách ve svém § 50 stanoví, že o přijetí ke studiu (ve studijním programu, který uskutečňuje fakulta) rozhoduje děkan, přičemž na rozhodování o přijetí ke studiu se nevztahují obecné předpisy o správním řízení. Rozhodnutí o přijetí musí být však vyhotoveno písemně do 30 dnů od ověření podmínek pro přijetí ke studiu, musí obsahovat odůvodnění a poučení o možnosti podat žádost o přezkoumání a musí být uchazeči doručeno do vlastních rukou. Žádost o přezkoumání rozhodnutí se podává prostřednictvím orgánu, který rozhodnutí vydal, ve lhůtě 30 dnů ode dne jeho doručení; zmeškání této lhůty lze přitom ze závažných důvodů prominout. Jestliže je tímto orgánem děkan, může sám žádosti vyhovět a rozhodnutí změnit, jinak ji předá k rozhodnutí rektorovi. Rektor změní rozhodnutí, které bylo vydáno v rozporu se zákonem, vnitřním předpisem vysoké školy nebo její součástí nebo podmínkami stanovenými v souladu se zákonem o vysokých školách. Jinak žádost zamítne a původní rozhodnutí potvrdí.

S ohledem na ústavně zaručené možnosti každého jednotlivce⁴ se několik uchazečů o studium, kteří se domnívali, že byli rozhodnutím o (ne)přijetí ke studiu zkráceni na svých právech, obrátilo na soudy České republiky s žalobou, jíž se domáhali zrušení takového rozhodnutí.

Ohniskem sporů mezi žalobci a soudy rozhodujícími ve správním soudnictví na jedné straně a právním hodnocením vysokých škol na straně druhé, které vedly k podání kasačních stížností, sice zásadně nebyla otázka samotné možnosti přezkumu rozhodnutí o přijetí ke studiu vydaného vysokou školou ve správním soudnictví,⁵ přesto se Nejvyšší správní soud k této právní otázce vyjádřil, a to za účelem vedení další argumentace.

2.1.1 PRÁVNÍ POSOUZENÍ NEJVYŠŠÍM SPRÁVNÍM SOUDEM

Jak bylo již naznačeno, Nejvyšší správní soud sice nebyl kasačními stížnostmi přímo vyzván, aby se vypořádal s otázkou samotné možnosti soudního přezkumu rozhodnutí o přijetí ke studiu na vysoké škole, přesto tak učinil,⁶ a to jak formou odkazu na judikaturu Ústavního soudu (bude zmíněna níže), tak i následující právní argumentací:

Každý má ústavně zaručené právo na (bezplatné) vzdělání, a to též na vzdělání vysokoškolské.⁷ Tohoto práva se lze domáhat jak v mezích zákona, který dané právo provádí

³ § 58 odst. 3 ZVŠ.

⁴ Čl. 36 Listiny základních práv a svobod (dále též jen „Listina“).

⁵ Vysoké školy spíše rozporovaly požadavky kladené rozhodnutími krajských soudů na náležitosti rozhodnutí.

⁶ V rozsudku č. j. 2 As 37/2006 – 63.

⁷ Čl. 33 Listiny.

(tedy zákon o vysokých školách),⁸ tak i stanoveným postupem u nezávislého a nestranného soudu.⁹ Navíc je jasně stanoveno, že kdo tvrdí, že byl na svých právech zkrácen rozhodnutím orgánu veřejné správy, může se obrátit na soud, aby přezkoumal zákonnost takového rozhodnutí, nestanoví-li zákon jinak¹⁰ (tedy jestliže zákon takový přezkum nevyloučí).¹¹

Dále Nejvyšší správní soud konstatoval, že rektor veřejné vysoké školy ve věci přijetí ke studiu¹² rozhoduje v postavení orgánu veřejné správy, jak ho chápe čl. 36 odst. 2 Listiny a stejně pak definuje § 4 odst. 1 zákona č. 150/2002 Sb., soudní řád správní (dále též „soudní řád správní“ či též jen „SŘS“). Soudní řád správní pak též stanoví, které věci jsou z rozhodování o správním soudnictví vyloučeny – a to věci, o nichž tak sám stanoví anebo o nichž tak stanoví zvláštní zákon.¹³ K tomu Nejvyšší správní soud uvádí, že ani soudní řád správní, ani zákon o vysokých školách ani jiný zvláštní zákon rozhodování podle § 50 ZVŠ ze soudního přezkumu nevylučuje, a tudíž je proti rozhodnutí rektora v souladu s ustanovením čl. 36 odst. 2 Listiny přípustná žaloba ve správním soudnictví.¹⁴

Závěru, že soudy ve správním soudnictví jsou oprávněny přezkoumávat rozhodnutí o přijetí na vysokou školu,¹⁵ pak též dále logicky odpovídala argumentace soudu, jíž se vypořádával s hlavními námitkami stěžovatelů, které zpochybňovaly názory krajských soudů na náležitosti rozhodnutí o přijetí ke studiu:

„Pokud mají soudy ve správním soudnictví přezkoumávat rozhodnutí vydané v oblasti veřejné správy, je z povahy věci nutné, aby bylo možno ze správního spisu usoudit na to, z čeho správní orgán vycházel a jakými skutkovými a právními úvahami se řídil. Jinak je totiž nutné napadené rozhodnutí pro nepřezkoumatelnost zrušit.“¹⁶

Či též:

„Umožňuje-li zákon uchazeči žádat o přezkoumání rozhodnutí, pak mu tím zcela jistě dává i právo namítat konkrétní skutečnosti. Uvádí-li uchazeč konkrétní důvody, pro které považuje rozhodnutí děkana za rozporné se zákonem, vnitřními předpisy či podmínkami stanovenými §

⁸ Čl. 41 odst. 1 Listiny.

⁹ Čl. 36 odst. 1 Listiny.

¹⁰ Čl. 36 odst. 2 Listiny.

¹¹ K tomu je ovšem třeba též uvést, že z pravomoci soudu nelze vyloučit přezkoumávání rozhodnutí týkajících se „základních práv a svobod“ podle Listiny (nikoli „lidských práv a základních svobod“ dle hlavy druhé), tedy i práva na vysokoškolské vzdělání. V případě veřejných vysokých škol práva na bezplatné vzdělání na vysoké škole dle schopností občana (v souladu s právem Evropského společenství dnes již občana Evropské unie) a možností společnosti.

¹² Neboť právě on je orgánem, který dle ZVŠ rozhoduje v 2. stupni.

¹³ V tomto případě zejména zákon o vysokých školách.

¹⁴ K tomu lze též uvést, že pokud by SŘS nebo jiný zvláštní zákon přesto rozhodnutí o přijetí ke studiu ze soudního přezkumu vyloučil, bylo by s ohledem na výše uvedené třeba dospět k závěru, že takové ustanovení by v souladu s Čl. 95 odst. 2 ústavního zákona č. 1/1993 Sb., Ústava České republiky (dále též jen „Ústava“) bylo způsobilé k předložení Ústavnímu soudu a to formou návrhu na zrušení jednotlivých ustanovení zákona podle § 64 odst. 3 zákona č. 182/1993 Sb., o Ústavním soudu.

¹⁵ Dle § 4 odst. 1 písm. a) SŘS.

¹⁶ Rozsudek Nejvyššího správního soudu č. j. 2 As 37/2006 – 63. Vysoká škola ve své stížnosti namítala, že rozhodnutí rektora o žádosti o přezkum nemusí obsahovat odůvodnění, neboť to zákon nestanoví.

49 odst. 1 a 3 ZVŠ, je nutné, aby se rektor při přezkumu rozhodnutí těmito důvody zabýval. V opačném případě by nedostal zákonu, který stanoví povinnost změnit rozhodnutí, jež je s danými podmínkami v rozporu. Pokud by rozhodnutí o opravném prostředku ve správním řízení nemuselo být řádně odůvodněno a rektor by se nemusel vypořádat s jednotlivými důvody uvedenými v žádosti o přezkoumání rozhodnutí děkana, postrádal by tento opravný prostředek svůj smysl.“ Z povahy věci lze proto dovodit, že náležitosti rozhodnutí podle odstavce pátého se netýkají pouze rozhodnutí o (ne)přijetí ke studiu, nýbrž i rozhodnutí o přezkoumání tohoto rozhodnutí. Ke stejnému závěru lze dospět i prostřednictvím argumentace od menšího k většímu (a minore ad maius).“¹⁷

Tím se tedy Nejvyšší správní soud vyjádřil jak k samotné otázce soudní přezkoumatelnosti rozhodnutí o přijetí ke studiu ve správním soudnictví, tak i s náležitostmi takového rozhodnutí, které jsou nezbytné právě k tomu, aby byl takový soudní přezkum vůbec možný. Zvláštní důraz je potom třeba klást na rozsah odůvodnění, neboť jak Nejvyšší správní soud uvedl, je třeba, aby se v rozhodnutí rektor vypořádal s jednotlivými důvody uvedenými v žádosti – a to pochopitelně nejen ve své myslí, ale též i tak, že tyto své úvahy sdělí tomu, kdo rozhodne skutečnosti namítal.

2.1.2 PRÁVNÍ POSOUZENÍ ÚSTAVNÍM SOUDEM

Ústavní soud se stížností, která měla přímou souvislost se spory týkajícími se rozhodnutí o přijetí na vysokou školu, zabýval celkem dvakrát.

Poprvé rozhodl koncem roku 2000,¹⁸ tedy za doby, kdy ještě neexistoval soudní řád správní a rozhodování ve správním soudnictví se řídilo částí pátou zákona č. 99/1963 Sb., občanský soudní řád (dále též „občanský soudní řád“ či též jen „OSŘ“). Občanský soudní řád v té době sám vylučoval z přezkumu v soudním řízení řadu rozhodnutí správních orgánů,¹⁹ mezi nimiž, jakkoli to mohlo být s ohledem na výše popsané ústavní požadavky problematické, též rozhodnutí rektora (u vysokých škol, které se nečlení na fakulty, akademického senátu) vysoké školy o odvolání do rozhodnutí děkana v otázkách přijetí či nepřijetí ke studiu na vysoké škole dle § 18 odst. 2 zákona č. 72/1990 Sb., o vysokých školách. Jistě v době, kdy občanský soudní řád vylučoval ze soudního přezkumu řízení o přijetí na vysokou školu, byť dle zákona, který byl čerstvě nahrazen zákonem novým,²⁰ mohly vzniknout jisté pochybnosti o tom, že se toto vyloučení ze soudního přezkumu vztahuje též na rozhodnutí o přijetí na vysokou školu podle zákona o vysokých školách z roku 1998.²¹ Takové pochybnosti je ovšem

¹⁷ Rozsudek Nejvyššího správního soudu č. j. 8 As 26/2006 – 71. Rektor vysoké školy v rozhodnutí o přezkumu rozhodnutí o (ne)přijetí ke studiu jen parafrázoval zákon, když v odůvodnění uvedl, že „v rozhodnutí děkana neshledal, že by bylo vydáno v rozporu se zákonem nebo vnitřními předpisy vysoké školy ani s podmínkami, které byly stanoveny podle § 49 odst. 1 a 3 pro přijetí ke studiu“, namísto aby se vypořádal s jednotlivými namítanými důvody.

¹⁸ Rozhodnutí sp. zn. I. ÚS 620/2000 ze dne 13. prosince 2000.

¹⁹ Příl. A. Případy, kdy je vyloučena možnost domáhat se, aby rozhodnutí správního orgánu bylo přezkoumáno soudem.

²⁰ ZVŠ nabyl účinnosti dne 1. července 1998.

²¹ Zejm. s ohledem na možnou mezeru v zákoně způsobenou zákonodárcovým opomenutím aktualizovat též příslušnou přílohu OSŘ. Srov. např. situaci, kdy zákonem č. 162/2006 Sb., o zřízení Vysoké školy technické a ekonomické v Českých Budějovicích ze dne 17. března 2006, účinným od 27. dubna 2004 byla zřízena veřejná vysoká škola s názvem Vysoká škola technická a ekonomická v Českých Budějovicích, která ovšem dosud (1. 11. 2008) nebyla vložena do Příl. 1 ZVŠ, která je seznamem veřejných vysokých škol v České republice (§ 101 odst. 1 věta první ZVŠ: „Veřejnými vysokými školami jsou vysoké školy uvedené v příloze č. 1.“).

třeba odmítnout jak s odkazem na požadavek ústavně konformního výkladu zákona,²² tak i s ohledem na samotné znění čl. 36 odst. 2 Listiny, v němž je jasně stanoveno, že soudní přezkoumatelnost rozhodnutí orgánu státní správy je možná, „nestanoví-li zákon jinak“, nikoli „nevyplývá-li z nevyjádřeného úmyslu zákonodárce něco jiného“. Pochybnosti o soudní (ne)přezkoumatelnosti rozhodnutí o přijetí ke studiu na vysokou školu konečně vyvrátil již samotný Ústavní soud, když v rozhodnutí, kterým ač odmítá ústavní stížnost proti rozhodnutí děkana, judikoval:

„Rozhodování podle § 50 zákona č. 111/1998 Sb., o vysokých školách a o změně a doplnění dalších zákonů (zákon o vysokých školách), nelze podřadit pod obecně vypočtené správní akty v § 248 odst. 1 a 2 občanského soudního řádu, taktéž příloha A občanského soudního řádu výslovně nestanoví nemožnost přezkumu takového rozhodnutí. Pokud vylučuje z přezkumu rozhodnutí podle již zrušeného zákona č. 172/1990 Sb., o vysokých školách, ve znění pozdějších předpisů, teorie i praxe nedostatek výslovného zákonného vyloučení z přezkumu podle nového zákona vykládá tak, že v takovém případě je přezkum možný (srovnej dikci "vyloučena rozhodnutí ... vydaná na základě ustanovení uvedených v příloze"). Ani samotný zákon č. 111/1998 Sb. pak přezkoumání daného rozhodnutí ve správním soudnictví nevylučuje.“

Dále se též Ústavní soud ve svém rozhodnutí zp. zn. I. ÚS 282/01 ze dne 26. března 2006 vyjádřil k pochybnostem o tom, zda je k soudnímu přezkumu správního rozhodnutí (v té době též podle části páté OSŘ) třeba, aby takového rozhodnutí bylo učiněno v řízení dle zákona č. 71/1967 Sb., správního řádu; a to ve prospěch přezkoumatelnosti rozhodnutí bez ohledu na procesní ustanovení, dle nichž je vydáno, jde-li o rozhodnutí orgánu veřejné správy o subjektivních právech a povinnostech fyzických nebo právnických osob následovně:

„Pro možnost přezkoumání rozhodnutí orgánu veřejné správy o subjektivních právech a povinnostech fyzických nebo právnických osob pak není rozhodující, zda bylo vydáno v řízení podle zákona č. 71/1967 Sb., správní řád, ve znění pozdějších předpisů, či zda jsou výsledkem jinak procesně upraveného řízení, případně jejich vydání předcházelo řízení, které není upraveno vůbec (srov. § 244 odst. 3 o. s. ř.).“ „Konečně - v souladu s dikcí § 248 odst. 3 o. s. ř. in fine - ani samotný zákon č. 111/1998 Sb., ve znění zákona č. 147/2001 Sb., přezkoumání

Srov. usnesení Krajského soudu v Brně č. j. 30 Ca 480/2000 – 35, jímž soud odmítl žalobu, jíž se žalobce domáhal zrušení rozhodnutí rektora, a to protože naznal, že žaloba směřuje proti rozhodnutí, které nemůže být přezkoumáváno soudem. Jak vyplývá z odůvodnění nálezu Ústavního soudu sp. zn. I. ÚS 282/01, takový závěr Krajský soud v Brně odůvodnil především tím, že podle ustanovení § 248 odst. 3 OSŘ jsou z rozhodnutí správních orgánů vyloučena i rozhodnutí, vydaná na základě ustanovení uvedených v příloze A. Z přílohy A pak vyplývá, že v oboru školství je vyloučeno domáhat se, aby rozhodnutí rektora vysoké školy v otázkách přijetí či nepřijetí ke studiu na vysoké škole podle ustanovení § 18 odst. 2 zákona č. 172/1990 Sb., o vysokých školách, bylo přezkoumáno. Zákon č. 172/1990 Sb. byl však s účinností od 1. 7. 1998 zrušen ZVŠ. Krajský soud v Brně se proto zabýval otázkou, zda i po novele je rozhodnutí o nepřijetí ke studiu na vysoké škole vyloučeno z přezkumu. Soud zkoumal, zda charakteristika rozhodnutí zůstala stejná a z ustanovení § 50 ZVŠ dovodil, že charakteristika rozhodnutí rektora, který přezkoumává rozhodnutí děkana o nepřijetí ke studiu na vysoké škole, je stejná. Stejně jako v zákoně č. 172/1990 Sb. se totiž jedná o rozhodnutí rektora vysoké školy o odvolání do rozhodnutí děkana v otázce přijetí či nepřijetí ke studiu na vysoké škole. Krajský soud v Brně tak dospěl k závěru, že rozhodnutí rektora, kterým bylo potvrzeno rozhodnutí děkana o nepřijetí ke studiu na vysoké škole, je i nadále z přezkumu vyloučeno.

²² Srov. např. nálezu Ústavního soudu sp. zn. III. ÚS 86/98: „...tam, kde zákon, ať již z jakýchkoli důvodů, připouští dvojí výklad, je v intencích zásad spravedlivého procesu nezbytné dát při jeho aplikaci přednost tomu z nich, který je ve své interpretaci s ústavním pořádkem republiky co nejlépe souladný...“

*daného rozhodnutí ve správním soudnictví nevyklučuje (obdobně srov. též usnesení sp. zn. I. ÚS 620/2000...).*²³

Ústavní soud tedy těmito výroky odpověděl na otázku možnosti soudního přezkumu rozhodnutí o přijetí na vysokou školu dle zákona o vysokých školách, a to v době provádění soudního přezkumu správních rozhodnutí dle OSŘ. S ohledem na koncepci přezkoumatelnosti rozhodnutí dle soudního řádu správního, která je podobně jako v předchozí úpravě provedené částí pátou občanského soudního řádu, vymezena negativně – tedy soudně přezkoumatelným ve správním soudnictví stanoví všechny věci, které splňují některou z podmínek uvedených v § 4 SŘS, pokud nejsou z rozhodování soudů vyloučeny samotným soudním řádem správním či zvláštním zákonem,²⁴ lze ovšem konstatovat, že tato judikatura je použitelná i za účinnosti soudního řádu správního účinného od 1. ledna 2003.

2.2 PŘEZKOUMATELNOST ROZHODNUTÍ O VYMĚŘENÍ POPLATKU ZA STUDIUM

Zákon o vysokých školách rozeznává čtyři druhy poplatků, které je vysoká škola oprávněna či povinna vybírat. Jsou jimi fakultativní poplatek za úkony spojené s přijímacím řízením²⁵ a obligatorní poplatky spojené se studiem, v němž došlo k naplnění určitých zákonných podmínek. Poplatek za delší dobu studia²⁶ byl do zákona o vysokých školách zaveden s úmyslem odrazovat studenty od bezdůvodného prodloužení doby jejich studia²⁷ a sankční charakter²⁸ má zřejmě též poplatek za další studium,²⁹ ač jej důvodová zpráva k zákonu o vysokých školách nijak nekommentuje, a ani poslanci či senátoři se jím během projednávání návrhu nezabývají.³⁰ Posledním druhem poplatku, jehož stanovení zákon o vysokých školách vysoké škole ukládá, je poplatek za studium studijního programu, který je uskutečňován v cizím jazyce.³¹

Zatímco poplatky za přijímací řízení, za další studium a za studium v cizím jazyce v zásadě nečiní vážnější problémy při jejich interpretaci a posuzování skutkového stavu se stavem, který zákon o vysokých školách pro jejich stanovení předpokládá – alespoň ne takové, které

²³ Nález Ústavního soudu sp. zn. I. ÚS 282/01.

²⁴ § 6 SŘS.

²⁵ § 58 odst. 1 ZVŠ.

²⁶ § 58 odst. 3 ZVŠ.

²⁷ Srov. bod odůvodnění k § 57 důvodové zprávy k zákonu o vysokých školách.

²⁸ Poplatek za další studium, ve výši podstatně nižší než jakou zákon stanoví za poplatek za delší studium má zřejmě v nevelké míře motivovat studenta, aby nezískával další vzdělání ve stupni, kterého již dosáhl (lze vysledovat zájem státu, aby student využil státem investovaných peněz do jeho vzdělání k tomu, aby se dále vzdělával v navazujícím studiu či aby se stal ekonomicky aktivním a tyto vynaložené peníze začal společností „vracet“ zpět formou daní a též výkonem povolání, na něž se vysokoškolským studiem připravoval, namísto toho, aby se připravoval podruhé, a to v jiném oboru studia). Též zde lze předpokládat souvislost se způsobem financování vysokých škol, který studenty, kteří studují déle či v dalším studiu nezapočítává do počtu studentů, v návaznosti na něž je vysokým školám poskytován příspěvek dle ukazatele D. (Srov. Pravidla pro poskytování příspěvků a dotací veřejným VŠ vyhlášená Ministerstvem školství, mládeže a tělovýchovy pod č. j.: 4632/2006-30.

²⁹ § 58 odst. 4 ZVŠ.

³⁰ Srov. Projednávání sněmovního tisku č. 329: Návrh zákona o vysokých školách.

³¹ § 58 odst. 5 ZVŠ.

by vedly k soudnímu přezkumu rozhodnutí o jejich stanovení – poplatky za delší studium vykazují vzhledem k jejich složitosti i výši o poznání větší faktickou způsobilost být předmětem soudního sporu.

2.2.1 ZÁKONNÁ ÚPRAVA POPLATKU ZA DELŠÍ STUDIUM

Zákonná úprava poplatků za další studium, a to jak po hmotné, tak po procesní stránce, byla v čase několikrát novelizována. Zatímco původní znění zákona o vysokých školách týkající se poplatků za další studium a dále ustanovení rozhodování o právech a povinnostech platné do 30. června 2001 je následující:

§ 58 odst. 3: „Studuje-li student déle, než je standardní doba studia zvětšená o jeden rok v bakalářském nebo magisterském studijním programu, stanoví mu veřejná vysoká škola poplatek za studium, který činí za každý další započatý měsíc studia nejméně jednu čtvrtinu základu.“

§ 58 odst. 8: „Rektor může poplatky spojené se studiem podle odstavců 2 až 4 snížit, prominout nebo odložit termíny jejich splatnosti s přihlédnutím ke studijním výsledkům a sociální situaci studenta podle zásad uvedených ve statutu veřejné vysoké školy.“

§ 68:

„(1) Na rozhodování o právech a povinnostech studenta se nevztahují obecné předpisy o správním řízení. Rozhodnutí musí být vydáno do 30 dnů ode dne přijetí žádosti nebo oznámení předmětné skutečnosti.

(2) O rozhodnutí o právech a povinnostech studenta musí být student prokazatelným způsobem uvědoměn. Rozhodnutí se vyznačuje do dokumentace o studentech vedené vysokou školou nebo její součástí, na které je student zapsán.

(3) Rozhodnutí ve věcech

a) povolení mimořádného opravného termínu zkoušky, pokud takovou možnost připouští studijní a zkušební řád,

b) povolení opakovat část studia uvedenou v § 52 odst. 1, pokud takovou možnost připouští studijní a zkušební řád,

c) povolení přerušit studium,

d) uznání zkoušek a předepsání rozdílových zkoušek,

e) přiznání stipendia,

f) nesplnění požadavků podle § 56 odst. 1 písm. b),

g) disciplinárního přestupku,

h) vyloučení ze studia podle § 67

musí být vyhotoveno písemně, musí obsahovat odůvodnění a poučení o možnosti podat žádost o přezkoumání a musí být studentovi doručeno do vlastních rukou. Případný způsob

náhradního doručení ve věcech uvedených v písmenech a) až e) může stanovit vnitřní předpis vysoké školy nebo její součásti.

(4) Student může do 30 dnů ode dne, kdy mu bylo rozhodnutí podle odstavce 3 doručeno, požádat o přezkoumání rozhodnutí; zmeškání této lhůty lze ze závažných důvodů prominout. Žádost se podává orgánu, který rozhodnutí vydal. Jestliže je tímto orgánem děkan, může sám žádosti pouze vyhovět a rozhodnutí změnit nebo zrušit, jinak ji předá k rozhodnutí rektorovi. Rektor změní nebo zruší rozhodnutí, které bylo vydáno v rozporu se zákonem, vnitřním předpisem veřejné vysoké školy nebo její součásti. Rozhodnutí o disciplinárním přestupku a o vyloučení ze studia podle § 67 zruší i v případě, že dodatečně vyšly najevo skutečnosti, které by odůvodňovaly zastavení řízení.

(5) Orgány veřejné vysoké školy nebo její součásti přijmou v návaznosti na rozhodnutí podle odstavce 4 v případě potřeby taková opatření, aby práva studenta byla obnovena a následky, které vadné rozhodnutí způsobilo, byly odstraněny nebo alespoň zmírněny.“,

novela provedená zákonem č. 147/2001 Sb. podstatným způsobem mění způsob výpočtu doby, která je rozhodná pro okamžik stanovení poplatku za delší studium, a to tak, že k době studia přičítá též dobu předchozího studia v bakalářských a magisterských studijních programech, které bylo ukončeno jinak, než úspěšně vykonanou státní závěrečnou zkouškou.³²

§ 58 odst. 3: „Studuje-li student déle, než je standardní doba studia zvětšená o jeden rok v bakalářském nebo magisterském studijním programu, stanoví mu veřejná vysoká škola poplatek za studium, který činí za každý další započatý měsíc studia nejméně jednu čtvrtinu základu; do doby studia se započte též doba předchozího studia v bakalářských a magisterských studijních programech, které nebylo řádně ukončeno podle § 45 odst. 3 nebo § 46 odst. 3.“

Další, zatím poslední změna hmotného ustanovení o poplatku za delší studium, a též jediná změna ustanovení procesního, která evidentně reagovala na vývoj judikatury, proběhla zákonem č. 552/2005 Sb., účinným od 1. ledna 2006. Částečně odstranila tvrdost, s níž na studenty dopadalo přičítání studia, které nebylo řádně ukončeno ke studiu, k aktuálnímu studiu, a zároveň zařadila pod rozhodování o právech a povinnostech studentů dle § 68 též rozhodování o poplatcích za delší (a též další) studium. V neposlední řadě přiznala zcela logicky podání žádosti o přezkum rozhodnutí, jímž byl vyměřen poplatek za studium, odkladný účinek.

§ 58 odst. 3: „Studuje-li student ve studijním programu déle, než je standardní doba studia zvětšená o jeden rok v bakalářském nebo magisterském studijním programu, stanoví mu veřejná vysoká škola poplatek za studium, který činí za každých dalších započatých šest měsíců studia nejméně jedenapůlnásobek základu; do doby studia se započtou též doby všech předchozích studií v bakalářských a magisterských studijních programech, které byly ukončeny jinak než řádně podle § 45 odst. 3 nebo § 46 odst. 3, přičemž období, ve kterém student studoval v takovýchto studijních programech a v aktuálním studijním programu souběžně, se do doby studia započítávají pouze jednou.“

³² Pozn. autorky: paradoxně tedy též v případě, že k ukončení studia dojde v souvislosti se zánikem akreditace studijního programu, v němž student studoval – tedy evidentně způsobem, který student není v nejmenším připraven s to ovlivnit.

§ 68 odst. 3 písm. f): „vyměření poplatku spojeného se studiem podle § 58 odst. 3 a 4,“

§ 68 odst. 4: „Student může do 30 dnů ode dne, kdy mu bylo rozhodnutí podle odstavce 3 doručeno, požádat o přezkoumání rozhodnutí; zmeškání této lhůty lze ze závažných důvodů prominout. Žádost se podává orgánu, který rozhodnutí vydal. Jestliže je tímto orgánem děkan, může sám žádosti pouze vyhovět a rozhodnutí změnit nebo zrušit, jinak ji předá k rozhodnutí rektorovi. Rektor změní nebo zruší rozhodnutí, které bylo vydáno v rozporu se zákonem, vnitřním předpisem veřejné vysoké školy nebo její součástí. Rozhodnutí o disciplinárním přestupku a o vyloučení ze studia podle § 67 zruší i v případě, že dodatečně vyšly najevo skutečnosti, které by odůvodňovaly zastavení řízení. Žádost o přezkoumání rozhodnutí vydaného podle odstavce 3 písm. f) má vždy odkladný účinek.“

2.2.2 PRÁVNÍ HODNOCENÍ PŘEZKOUMATELNOSTI ROZHODNUTÍ O VYMĚŘENÍ POPLATKU ZA STUDIUM KRAJSKÝMI SOUDY

Jak bylo řečeno výše, rozhodnutí o vyměření poplatku za delší studium se stalo v řadě případů předmětem soudního sporu, a to zejména s ohledem na novelou z roku 2001 zákonem stanovené „kontroverzní“ přičítání neúspěšně ukončených studií vzniklých též v době před účinností této novely.³³ Zatím v pěti případech³⁴ byla otázka samotné přezkoumatelnosti tohoto rozhodnutí podrobena řízení o kasační stížnosti Nejvyšším správním soudem.

Krajský soud v Brně, který všechny tyto případy posuzoval, přitom ve své rozhodovací praxi zcela konstantně zastával názor, že rozhodnutí, jimiž byl vyměřen poplatek za delší dobu studia, je soudně přezkoumatelné ve správním soudnictví a tento svůj postoj potvrdil tím, že přezkoumání těchto rozhodnutí též sám provedl. Jak bude uvedeno v dalších kapitolách, vzhledem k faktické nepřezkoumatelnosti všech rozhodnutí, o nichž probíhalo soudní řízení, neproběhlo v žádném případě přezkoumávání hmotné stránky³⁵ rozhodnutí. Významné úvahy o formálních náležitostech obsažené v těchto rozhodnutích, a dále pak jejich podrobnější

³³ Novela nezavedla ohledně přičítání studií žádná přechodná ustanovení, kterými by zúžila jejich okruh na ta, k jejichž vzniku došlo až po účinnosti novely, čímž de facto způsobila situaci, že pozici studenta najednou zhoršovala též studia, u nichž to v době, kdy je neúspěšně ukončoval, nemohl předpokládat. Jinými slovy se situací, která vznikla v minulosti, najednou začal zákon spojovat určité negativní následky. Je otázkou, a též tedy předmětem sporu, ohledně něhož zatím nepadlo žádné rozhodnutí, do jaké míry tím došlo k porušení zásady „legis non retro agit“ v neprospěch soukromého subjektu.

³⁴ V šestém případě se sice Nejvyšší správní soud zabýval otázkou týkající se rozhodnutí o vyměření poplatku za delší dobu studia, nicméně zkoumal procesní podmínky týkající se opožděnosti správní žaloby podané ke krajskému soudu a v návaznosti na ně se potom zabýval materiální stránkou aktu označeného jako „Vyrozumění o vzniku povinnosti platby poplatku spojeného se studiem“.

³⁵ Ač v rozsudku č. j. 9 As 8/2007 – 89 se Nejvyšší správní soud okrajově vyjádřil i k této otázce: „Navíc je třeba připomenout, že v případě studentů, jejichž celková doba studia zasahuje před 1. 7. 2001 tak, jako je tomu v případě účastníka řízení, je nutné se rovněž vypořádat s faktem, že možnost zápočtu doby předchozího studia v bakalářských a magisterských studijních programech, které nebylo řádně ukončeno, byla do zákona o vysokých školách zařazena až novelou provedenou zákonem č. 147/2001 Sb., a to s účinností právě k 1. 7. 2001. Pouze na okraj v tomto ohledu Nejvyšší správní soud poukazuje na princip ochrany důvěry občanů v právo a s ním související princip zákazu zpětné účinnosti (retroaktivity) právních norem, který spočívá v tom, že není možné posoudit lidské chování, právní skutečnosti či právní vztahy, jež se uskutečnily dříve, než právní norma nabyla účinnosti. Zákaz zpětné účinnosti právních norem vychází z principu, podle něhož každý musí mít možnost vědět, které jednání je zakázané, aby mohl být za porušení zákazu volán k odpovědnosti (srov. např. nález Ústavního soudu ze dne 13. 6. 2002, sp. zn. III. ÚS 611/01, publikovaný pod č. 75 Sb. n. u. ÚS, svazek č. 26, str. 253).“

rozbor v rozhodnutích NSS, však měly zcela zásadní vliv na rozhodovací praxi dotčených orgánů a dokonce vyvolaly změnu legislativy.³⁶

2.2.3 NÁMITKY STĚŽOVATELKY (VEŘEJNÉ VYSOKÉ ŠKOLY) V ŘÍZENÍ O KASAČNÍ STÍŽNOSTI

Zákonným důvodem, který stěžovatelka³⁷ uplatňovala v kasační stížnosti, byla nezákonnost rozhodnutí spočívající v nesprávném posouzení právní otázky soudem v předcházejícím řízení. Tuto nesprávnost přitom spatřovala v úvaze krajského soudu, o níž opírá výrok rozsudku, podle kterého je úkon učiněný vůči účastníku řízení při vyměření poplatku spojeného se studiem podle § 58 odst. 3 zákona o vysokých školách rozhodnutím ve smyslu ustanovení § 4 odst. 1 písm. a) a § 65 odst. 1 SŘS, a to vzhledem k následujícímu:

Podle § 6 odst. 1 písm. l) ZVŠ je veřejná vysoká škola oprávněna stanovit rozhodnutím výši poplatků spojených se studiem, přičemž v souladu s § 17 ZVŠ obsahuje statut veřejné vysoké školy ustanovení o těchto poplatcích. Ustanovení § 58 ZVŠ uvádí, za jakých podmínek veřejná vysoká škola stanoví poplatky spojené se studiem, a dále vymezuje základ pro výpočet jejich výše. Při splnění zákonných podmínek jde tedy o zákonem založený majetkový nárok školy vůči jejímu studentovi, kterému odpovídá povinnost studenta stanovená v § 63 odst. 3 písm. a) ZVŠ. Z dikce § 58 ZVŠ též jasně vyplývá, že veřejná vysoká škola má povinnost poplatky stanovit s výjimkou fakultativního poplatku za úkony spojené s přijímacím řízením. Základ pro stanovení výše poplatků vyhláší podle zákona pro příslušný akademický rok Ministerstvo školství, mládeže a tělovýchovy ČR, veřejná vysoká škola zveřejní výši poplatků. Výši, formu placení a splatnost poplatků dále upravuje statut veřejné vysoké školy.

Dle názoru vysoké školy se tedy žádné řízení, v němž by se o poplatek skutečně rozhodovalo, nekoná a úkon v podobě vyměření poplatku spojeného se studiem je ve skutečnosti pouze úkonem uplatnění ze zákona vzniklého majetkového nároku veřejné vysoké školy vůči studentovi, jemuž podle § 63 odst. 3 písm. a) ZVŠ³⁸ při naplnění skutkové podstaty vymezené v § 58 odst. 3, vznikla povinnost hradit poplatek spojený se studiem přímo ze zákona. Stěžovatelka též v souladu s touto teorií připouští, že úkon uplatnění tohoto majetkového nároku není sám o sobě exekučně vykonatelný a není tedy autoritativním stanovením povinnosti studenta hradit poplatek; toho by se musela veřejná vysoká škola domáhat v nalézacím řízení u obecného soudu podle § 80 OSŘ.

Navíc, pokud jde o názory krajského soudu deklarující faktickou nepřezkoumatelnost daných rozhodnutí z důvodů chybějících odůvodnění, vysoká škola poukázala na samotné znění zákona o vysokých školách účinné v době rozhodné pro vydání rozhodnutí o vyměření poplatku,³⁹ které rozhodnutí o vyměření poplatku na rozdíl od jiných rozhodnutí tam vyjmenovaných nezařadilo pod rozhodnutí, jež je v souladu s ustanovením § 68 odst. 3 ZVŠ

³⁶ Srov. změnu provedenou zákonem č. 552/2005 Sb.

³⁷ Ve všech těchto případech se jedná o tutéž veřejnou vysokou školu.

³⁸ § 63 odst. 1 písm. a): „Student je dále povinen hradit poplatky spojené se studiem a uvést skutečnosti rozhodné pro jejich výši.“

³⁹ Jednotlivá rozhodnutí byla vydána ve dnech 20. října 2003, 10. listopadu 2003, 16. března 2005 a 6. října 2005.

třeba odůvodňovat.⁴⁰ Dále též argumentovala ve prospěch tvrzení, že žádné odůvodnění není potřebné, neboť z právní úpravy (a úpravy dané vnitřními předpisy vysoké školy) a též z údajů obsažených v matrice studentů, jasně plynou skutečnosti, z nichž žalovaná při výpočtu vycházela a na základě jakých výpočtů k uvedené částce dospěla.⁴¹

S tím nelze souhlasit a dokládá to i skutečnost, že tento názor popřel i Nejvyšší správní soud.

2.2.4 PRÁVNÍ POSOUZENÍ NEJVYŠŠÍM SPRÁVNÍM SOUDEM

K naznačenému konstantnímu procesnímu stanovisku stěžovatelky, uplatňovanému v řízení o kasační stížnosti proti rozsudkům Krajského soudu v Brně č. j. 29 Ca 259/2003 – 61, 29 Ca 151/2005 – 71, 30 Ca 24/2004 – 70 a 29 Ca 146/2004 – 19, jímž stěžovatelka zpochybňovala samotnou skutečnost, že rozhodnutí o vyměření poplatku za studium je rozhodnutím (které ve smyslu SŘS podléhá soudnímu přezkumu ve správním soudnictví), v rozsudcích č. j. 3 As 35/2006 – 87, 9 As 8/2007 – 89, 7 As 13/2006 – 105 a 3 As 15/2007 – 37 Nejvyšší správní soud jednak odkázal na svou dřívější judikaturu v téže (a obdobné) věci, jíž (a též) uvedl k posuzované otázce následující:

„Podle § 4 odst. 1 písm. a) s. ř. s. soudy ve správním soudnictví rozhodují o žalobách proti rozhodnutím vydaným v oblasti veřejné správy orgánem moci výkonné, orgánem územního samosprávného celku, jakož i fyzickou nebo právnickou osobou nebo jiným orgánem, pokud jim bylo svěřeno rozhodování o právech a povinnostech v oblasti veřejné správy (dále jen „správní orgán“). O veřejnoprávní rozhodnutí se jedná v případě, kdy správní orgán jako nositel veřejné moci jednostranně ukládá povinnost druhému účastníku právního vztahu. Účastníci takového vztahu nemají rovné postavení.

Podle § 65 odst. 1 s. ř. s. se může ten, kdo tvrdí, že byl na svých právech zkrácen přímo nebo v důsledku porušení svých práv v předcházejícím řízení úkonem správního orgánu, jímž se zakládají, mění, ruší nebo závazně určují práva nebo povinnosti (dále jen „rozhodnutí“), domáhat žalobou zrušení takového rozhodnutí, popřípadě vyslovení jeho nicotnosti, nestanoví-li tento nebo zvláštní zákon jinak.

Podle § 2 odst. 2 zákona č. 111/1998 Sb. je vysoká škola právnickou osobou.

Podle § 6 odst. 1 písm. e) zákona č. 111/1998 Sb. patří do samostatné působnosti veřejné školy rozhodování o právech a povinnostech studentů.

Ust. § 58 odst. 3 zákona č. 111/1998 Sb. (ve znění účinném v době vydání úkonu napadeného žalobou) stanoví, že studuje-li student déle, než je standardní doba studia zvětšená o jeden rok v bakalářském nebo magisterském studijním programu, stanoví mu veřejná vysoká škola

⁴⁰ Srov. znění ZVŠ účinné od 1. ledna 2006.

⁴¹ Pozn. autorky: úvaha vysoké školy, že student je odpovědný za údaje obsažené v matrice studentů, neboť je ze zákona (§ 63 odst. 3 písm. a) ZVŠ) povinen uvést údaje rozhodné pro výši poplatků za studium, je mylná. Navíc je zde třeba upozornit na poněkud nešťastnou zákonnou formulaci, neboť student není tím, jehož činnost či nečinnost by mohla mít vliv na „výši“ poplatků za studium, neboť ta je dle zákona o vysokých školách stanovena samotným statutem, naopak by mohla mít vliv na okamžik, kdy dojde k naplnění zákonné skutkové podstaty, které je nezbytné pro vyměření poplatku, pokud by takový okamžik neodvrátila vůbec. Pro lepší představu lze uvést, že student může svými podněty a upozorněními ovlivnit v zásadě pouze představu vysoké školy (resp. údaje vedené v matrice studentů) o tom, jaká studia, v jakém období a tedy i po jak dlouhou dobu úspěšně či neúspěšně studoval.

poplatek za studium, který činí za každý další započatý měsíc studia nejméně jednu čtvrtinu základu; do doby studia se započte též doba předchozího studia v bakalářských a magisterských studijních programech, které nebylo řádně ukončeno podle § 45 odst. 3 nebo § 46 odst. 3.

V žalobou napadeném „Rozhodnutí o poplatku za prodlouženou dobu studia“ žalovaná s výslovným odkazem na § 58 zákona č. 111/1998 Sb. a Statut Masarykovy univerzity v Brně uvedla, že žalobci se stanoví poplatek za prodlouženou dobu studia, přičemž vymezila výši tohoto poplatku, vznik povinnosti hradit tento poplatek a termín splatnosti. Jedná se tedy o individuální správní akt, kterým žalovaná, jakožto právnická osoba, které bylo svěřeno rozhodování o právech a povinnostech fyzických osob, rozhodla o povinnosti žalobce. Na tom, že se jedná o rozhodnutí ve smyslu § 65 odst. 1 s. ř. s. nic nemění, že toto rozhodnutí nemá všechny náležitosti obvyklé u rozhodnutí vydaných podle zákona č. 337/1992 Sb., o správě daní a poplatků, či zákona č. 71/1967, o správním řízení. Ostatně tyto procesní předpisy se na tato rozhodnutí nevztahují (§ 58 odst. 5 a § 68 odst. 1 zákona č. 111/1998 Sb.).“

Nejvyšší správní soud též konstatoval, že úvaha stěžovatelky naznačená v kasační stížnosti nemůže obstát, neboť samotný ZVŠ předpokládá vznik poplatkové povinnosti studenta teprve samotným stanovením poplatku ze strany vysoké školy. A contrario zákon o vysokých školách neobsahuje žádné ustanovení, z něhož by bylo možné dovodit tuto povinnost studenta, aniž by o ní bylo vysokou školou autoritativně rozhodnuto v podobě stanovení poplatku.

K samotnému sporu o odůvodnění rozhodnutí pak NSS uvedl rozsáhlejší avšak zároveň velmi dobře srozumitelnou správněprávní a ústavněprávní argumentaci:

„Právo na řádné odůvodnění a jemu odpovídající povinnost správního orgánu je jedním ze základních principů materiálního právního státu, kterým je respektování zásady předvídatelnosti zákona, právní jistoty a vyloučení prostoru pro případnou svévoli ze strany exekutivní moci, respektive rozhodujících správních orgánů. Zásadu zákazu libovůle Ústavní soud formuloval v několika svých rozhodnutích tak, že jedním z principů, představujícím součást práva na řádný proces a vylučujícím libovůli při rozhodování, je nezbytná návaznost mezi skutkovými zjištěními a úvahami při hodnocení důkazů na straně jedné a právními závěry na straně druhé (srov. např. náleží Ústavního soudu ze dne 6. 3. 1997, sp. zn. III. ÚS 271/97, publikovaný pod č. 24 Sb. n. u. ÚS, svazek 7, str. 153).

Tento obecný požadavek na náležité odůvodnění rozhodnutí lze přitom plně vztáhnout i na předmětné rozhodnutí stěžovatele a nic na tom nemění ani skutečnost, že v rozhodné době zákon o vysokých školách v ustanovení § 68 odst. 3 explicitně nejmenoval rozhodnutí ve věcech vyměření poplatku spojeného se studiem jakožto rozhodnutí, které musí být vyhotoveno písemně, musí obsahovat odůvodnění a poučení o možnosti podat žádost o přezkoumání. Při výkladu a následné aplikaci právních předpisů totiž nelze prosazovat pouhé fragmentární čtení textu zákona, ale naopak je na místě posuzovat danou věc z perspektivy ústavou zaručených práv a v souvislosti s celým právním řádem. Je proto třeba překlenout daný problém výkladem, a to především výkladem teleologickým odpovídajícím v daném případě hlediskům moderního demokratického (právního) státu. Ostatně i Ústavním soudem již bylo v minulosti judikováno, že soud není absolutně vázán doslovným zněním zákonného ustanovení, nýbrž se od něj smí a musí odchýlit v případě, kdy to vyžaduje ze závažných důvodů účel zákona, historie jeho vzniku, systematická souvislost nebo některý z principů, které mají svůj základ v ústavně konformním právním řádu jako významovém celku (viz náleží Ústavního

soudu ze dne 4. února 1997, sp. zn. Pl. ÚS 21/06, publikovaný pod č. 63/1997 Sb., jakož i pod č. 13 Sb. n. u. ÚS, svazek 7, str. 87).

Vedle shora uvedené ústavní roviny celého problému je však i s využitím pravidel logické argumentace (*argumentum intrinsecum*) zřejmé, že za situace, kdy je připouštěn soudní přezkum rozhodnutí v daných věcech, se implicitně počítá s tím, že tato rozhodnutí budou odůvodněna. Pokud by tomu bylo naopak, postrádal by soudní přezkum rozhodnutí svůj smysl, neboť by v řízení před soudem – při neznalosti důvodů či úvah, jimiž se správní orgán při posuzování dané věci řídil – nebylo co přezkoumávat; nehledě na to, že nedostatečné odůvodnění svým způsobem eliminuje i smysluplný výkon práva na podání žaloby podle s. ř. s. Navíc je třeba připomenout úvodní ustanovení § 1 písm. b) zákona o vysokých školách, které konstatuje, že vysoké školy jako nejvyšší článek vzdělávací soustavy umožňují přístup k vysokoškolskému vzdělání v souladu s demokratickými principy. Mezi demokratické principy ve smyslu, v němž je tento pojem zákonem o vysokých školách užit (tedy v podstatě principy rovnosti a zákazu diskriminace a neodůvodněně nerovného zacházení jako esenciální zásady materiálního právního státu), jistě patří i fundamentální zásady správního řízení jako nutnost zohlednit při rozhodování konkrétní okolnosti daného případu a dbát na to, aby při rozhodování skutkově shodných nebo podobných případů nevznikaly nedůvodné rozdíly, přičemž tyto zásady nacházejí svůj výraz právě v odůvodnění rozhodnutí (viz rozsudek Nejvyššího správního soudu ze dne 21. 12. 2006, č. j. 2 As 37/2006 - 63, www.nssoud.cz).

Povinnost sdělit důvody rozhodnutí, které může záporně ovlivnit práva nebo zájmy soukromé osoby, je také jedním z důležitých principů dobré správy. Základ evropského standardu obecných pravidel správního práva, které jsou součástí souboru principů dobré správy, tvoří zejména základní rezoluce č. (77) 31 Výboru ministrů Rady Evropy, podle které by měly být správní akty odůvodňovány. Povinnost správních orgánů zdůvodňovat svá rozhodnutí je současně obsažena i v čl. 41 Charty základních práv Evropské unie, který stanoví právo na řádnou správní praxi.⁴²

Nejvyšší správní soud se tedy poměrně obsáhle vyjádřil k samotné potřebě odůvodnění. Ovšem nejen k jeho formální existenci, ale též k tomu, v jakém rozsahu a kvalitě musí být učiněno: odůvodnění musí vykazovat takové vlastnosti, aby z něj bylo bez důvodných pochybností patrné, jakými úvahami se rozhodující orgán při svém rozhodování řídil a z jakých právních skutečností (a z jakých zdrojů) při svém rozhodování vycházel. Teprve odůvodnění, které neposkytuje prostor pochybnostem o svévoli či nezákonnosti při rozhodování, a též se dostatečně vypořádává se všemi námitkami povinného, lze považovat za odůvodnění dostatečné.

Vzhledem k tomu, že možnost soudního přezkumu tohoto druhu rozhodnutí je, jak na úrovni krajských soudů rozhodujících ve správním soudnictví, tak i v judikatuře Nejvyššího správního soudu, bez jakýchkoli pochybností znovu a znovu konstatována, nemůže již být v tuto chvíli pochyb o tom, že rozhodnutí, jímž byl studentovi vyměřen poplatek za studium, je způsobilé být předmětem soudního přezkumu ve správním soudnictví.

Ne tak jednoznačný byl ovšem donedávna názor ohledně soudního přezkumu za situace, kdy byl sice v prvním stupni poplatek za studium děkanem vyměřen a v druhém stupni rektorem

⁴² Rozsudek č. j. 9 As 8/2007 – 89.

potvrzen, současně však došlo k jeho prominutí, a to v plné výši odpovídající výši vyměření.⁴³ Vznikla tím paradoxně situace, kdy sice došlo k autoritativnímu stanovení určité povinnosti, nicméně tato byla posléze odpuštěna, čímž vlastně de facto došlo k tomu, že ve výsledku student žádnou poplatkovou povinnost neměl.

2.2.5 NEJNOVĚJŠÍ JUDIKATURA TÝKAJÍCÍ SE PŘEZKOUMATELNOSTI ROZHODNUTÍ O VYMĚŘENÍ POPLATKU, JEHOŽ VÝSLEDKEM NENÍ POVINNOST STUDENTA PLATIT POPLATEK⁴⁴

Postatou kasační stížnosti podané proti usnesení Krajského soudu v Brně č. j. 30 Ca 1/2008 – 19 byla námitka odpírání spravedlnosti krajským soudem, který dne 11. února 2008 odmítl soudní přezkum individuálního správního aktu, když došel k závěru, že jím nedošlo ke zkrácení žalobcových hmotných práv, které je nezbytnou podmínkou žalobní legitimace.

Krajský soud při svém rozhodování vyšel z přesvědčení, že rozhodnutí o vyměření poplatku za studium, o němž rozhodoval v druhém stupni rektor veřejné vysoké školy, sestávalo ze dvou výroků, které je třeba chápat nikoli jako jednotlivé autoritativní výroky, jimiž dochází k mocenskému rozhodování o právech a povinnostech jednotlivce, ale jako celek, jímž dochází k samotnému rozhodnutí, které jako výsledek dopadá do právní sféry jednotlivce. Konkrétně šlo o rozhodnutí rektora, jímž bylo ve výroku I. potvrzeno rozhodnutí děkanky, kterým byl žalobci vyměřen poplatek spojený se studiem a současně ve výroku II. byl tento vyměřený poplatek prominut. Jinými slovy prvním výrokem bylo potvrzeno prvostupňové rozhodnutí, kterým byl žalobci vyměřen poplatek a tedy založena povinnost. Druhým výrokem však byl žalobci tento poplatek prominut a žalobce tedy byl zároveň této povinnosti zproštěn. Dle názoru krajského soudu tedy žalobou napadené rozhodnutí rektora jako celek nezasahovalo do hmotně právního postavení žalobce, a tudíž nemělo, s ohledem na výrok II., účinky předpokládané ustanovením § 65 odst. 1 SŘS, čímž nebyla dána žalobní legitimace.

K tomu stěžovatel uvedl, že není ústavně možné odmítnout přezkum individuálního správního rozhodnutí tam, kde se jedná o správní akt. V tomto případě o správní akt, jehož výsledkem byl výrok I (na základě rozhodnutí děkanky ve spojení s rozhodnutím rektora) a o další správní akt – s výrokem II. Vzhledem k tomu, že každý z nich jednotlivě vyhovuje požadavkům stanoveným § 65 odst. 1 SŘS, je třeba je též jednotlivě posuzovat. V žádném případě pak není možné uplatnit stěžovatelem pojmenovanou „slučovací teorii“, podle níž rozhodnutí, které stanoví povinnost a následně ji promine, vede k identické situaci „jakoby se nic nestalo“. Stěžovatel přitom namítá, že hmotněprávní postavení subjektu, o němž bylo takto rozhodnuto, je horší než postavení subjektu, kterému nebyl poplatek nikdy uložen.⁴⁵

Žalovaná vysoká škola ve svém písemném vyjádření vyslovila názor, dle něhož rozhodnutí potvrzené Krajským soudem v Brně není zjevně způsobilé zkrátit stěžovatele na jeho právech. Vzhledem k dalšímu uvedenému se lze domnívat, že se zásadním neztotožněním s přirovnáním situace adresáta rozhodování o vyměření poplatku za studium se situací osoby,

⁴³ Srov. rozsudek Krajského soudu v Brně ze dne 11. 2. 2008, č. j. 30 Ca 1/2008 – 19.

⁴⁴ Rozsudek NSS č. j. 7 As 30/2008 – 42 ze dne 11. září 2008.

⁴⁵ Stěžovatel blíže rozebírá sankční charakter poplatku za studium, který má mj. osobnostní dopady, a tuto situaci srovnává s postavením osob, z nichž jedna byla shledána vinou z trestného činu, nicméně výkon trestu jí byl prominut, a druhá nikdy vinou shledána nebyla. V tomto intenzivnějším přirovnání již lze mnohem lépe spatřovat rozdíly v nahlížení na osobu, o jejíž právech a povinnostech je rozhodováno. A to i s ohledem na vliv tohoto nazírání na osobu, která „se provinila či ne“ při dalším rozhodování o jejích právech a povinnostech.

o níž je rozhodováno v trestním řízení a též vyjádřením přesvědčení o nemožnosti následků rozhodnutí do budoucna neztotožnila s možností zásahu do jiných hmotných práv stěžovatele, o nichž je v řízení rozhodováno, než do práv finančního charakteru. Do nichž ovšem právě na základě rozhodnutí jako celku zcela nepochybně zasaženo nebylo.

Nejvyšší správní soud přisvědčil stěžovateli, že výrok I., tedy výrok, jímž bylo mj. konstatováno, že došlo k naplnění skutkových okolností nutných pro vyměření poplatku spojeného se studiem, naplňuje požadavky stanovené § 65 odst. 1 SŘS, a tedy, je sám o sobě vhodným být objektem přezkumu ve správním soudnictví, a to s ohledem na skutečnost, že žalobní legitimace není dána jen doslovným jazykovým výkladem tohoto ustanovení,⁴⁶ ale též pro všechny případy, kdy se autoritativní právní úkon dotýká právní sféry jednotlivce. Nebo též jinými slovy – pro všechny případy, kdy se dle tvrzení žalobce tento negativně projevil i v jeho právní sféře.

S ohledem na to tedy Nejvyšší správní soud zrušil rozsudek krajského soudu, jímž byla odmítnuta žaloba, a věc vrátil k dalšímu řízení.

Z výše uvedeného lze přitom dovést obecně použitelný vzkaz Nejvyššího správního soudu, který zní: „Rozhodnutí správního orgánu o uložení povinnosti je přezkoumatelné ve správním soudnictví z hlediska tvrzené nezákonnosti též tehdy, pokud byla uložena povinnost správním orgánem zároveň prominuta.“

3. ZÁVĚRY

Z popsaných rozhodnutí a úvah, na nichž jsou rozhodnutí postavena nebo které naopak odmítla, je patrné, že konstantní judikatura Nejvyššího správního soudu, která se pochopitelně opírá též o názory vyslovené Ústavním soudem, dlouhodobě bez jakýchkoli rozpaků konstatuje skutečnost, že rozhodnutí vydávaná vysokými školami v rámci autoritativního řízení podle zákona o vysokých školách jsou přezkoumatelná ve správním soudnictví. S tím je též nepochybně svázán požadavek, aby taková rozhodnutí byla náležitě odůvodněna, a to bez ohledu na to, zda je takový požadavek zákonem o vysokých školách přímo stanoven či nikoli.

Z toho lze též dovést, že všechna rozhodnutí, která podléhají soudnímu přezkumu ve správním řízení, musí být dostatečně odůvodněna, aby tím byl soudní přezkum reálně umožněn. Logicky též nedostatek odůvodnění jako takového či nedostatky v samotném odůvodnění musí být nutně důvodem pro zrušení každého správního rozhodnutí způsobilého být předmětem soudního přezkumu, což lze mj. tvrdit za pomoci argumentace ustálenou judikaturou Nejvyššího správního soudu.

Prameny:

- Ústavní zákon č. 1/1993 Sb., Ústava České republiky
- Listina základních práv a svobod
- Zákon č. 182/1993 Sb., o Ústavním soudu
- Zákon č. 99/1963 Sb., občanský soudní řád

⁴⁶ Srov. též názor krajského soudu, dle něhož při situaci, kdy byla založena povinnost a zároveň došlo k jejímu odpuštění, vlastně nedošlo ke zkrácení jejího adresáta na hmotných právech, čímž nedošlo ke splnění nezbytné podmínky žalobní legitimace.

- Zákon č. 72/1990 Sb., o vysokých školách
- Zákon č. 111/1998 Sb. o vysokých školách a o změně a doplnění dalších zákonů
- Zákon č. 150/2002 Sb., soudní řád správní
- Zákon č. 147/2001 Sb., kterým se mění zákon č. 111/1998 Sb., o vysokých školách
- Zákon č. 552/2005 Sb., kterým se mění zákon č. 111/1998 Sb., o vysokých školách
- Zákon č. 162/2006 Sb., o zřízení Vysoké školy technické a ekonomické v Českých Budějovicích
- Nález Ústavního soudu sp. zn. III. ÚS 86/98
- Nález Ústavního soudu sp. zn. I. ÚS 620/2000
- Nález Ústavního soudu sp. zn. I. ÚS 282/01
- Rozsudek Nejvyššího správního soudu č. j. 2 As 50/2004 - 64
- Rozsudek Nejvyššího správního soudu č. j. 7 As 13/2006 – 105
- Rozsudek Nejvyššího správního soudu č. j. 8 As 26/2006 – 71
- Rozsudek Nejvyššího správního soudu č. j. 3 As 35/2006 – 87
- Rozsudek Nejvyššího správního soudu č. j. 2 As 37/2006 – 63
- Rozsudek Nejvyššího správního soudu č. j. 9 As 8/2007 – 89
- Rozsudek Nejvyššího správního soudu č. j. 3 As 15/2007 – 37
- Rozsudek Nejvyššího správního soudu č. j. 7 As 30/2008 - 42
- Usnesení Krajského soudu v Brně ze dne 11. 2. 2008, č. j. 30 Ca 1/2008 – 19
- Důvodová zpráva k návrhu zákona č. 111/1998 Sb., o vysokých školách
- Stenografický záznam z projednávání sněmovního tisku č. 329: Návrh zákona o vysokých školách
- Pravidla pro poskytování příspěvků a dotací veřejným VŠ vyhlášená Ministerstvem školství, mládeže a tělovýchovy pod č. .j.: 4632/2006-30

Kontaktní údaje na autora – email:

veronika.kudrova@law.muni.cz

THE BRIEF HISTORY, DEVELOPMENT, TECHNICAL BASIS AND SPECIAL “PRIVATISATION” OF THE INTERNET

ANDRÁS LAPSÁNSZKY

Faculty of Law, Széchenyi University, Hungary

Abstract

The last few years are deeply influenced by the Internet: extreme fast communication, data exchange, internet banking etc. This essay tries to summarise the internet's history, the birth of the so called World Wide Web, the special “privatisation” of the Internet and much more, also from a legal, not only technological point of view. The work also outlines the actual technical and legal issues of the Internet today, like the need of legal standardization, international coordination bodies and state interventions, real-time IP networks, telecommunications and Internet.

Key words

Internet, history of the Internet, technical basis of the Internet, Internet market opening, governmental interventions, Internet standardization, international organizations, international legal documents.

1. THE BEGINNINGS

It is the strategic and defence research associated with the Cold War era that was underlying the development of the technical bases which have eventually lead to the emergence of the Internet. The military change in strategy during the Cold War brought about new requirements in communications.

In the 1960s, one of the key elements of the new strategic concept of the United States has been to focus its defence powers previously “distributed” worldwide to its own territory and to establish the strategic system necessary for launching a destructive counterattack following a previous military strike potentially suffered by the United States. However, one of the most important factors of a successful, efficient counterattack and response is to ensure that the communications systems remain intact. It was evident to defence experts that a nuclear explosion in high altitudes would impair the high frequency (radio) information systems for hours and that a major damage to, or the destruction of, certain central switching systems of AT&T would be enough to make the remaining fixed-line networks non-functional. And in the case of an inoperative telecommunications network, the defence system developed for a counterattack including launching rockets would become de facto unusable.

It is important to note that in the 1960s computer network research was also conducted for other than military purposes, for example: Great Britain - National Physical Laboratory (1964), United States - Massachusetts Institute of Technology - MIT (1961). Nevertheless, the comprehensive results relating to the roots of the Internet have been achieved in the framework of defence-oriented research (Rand Corporation, the research management activity of ARPA).

The developmental process of the network system of the Internet was based upon the science and research management activity of ARPA (Advanced Research Projects Agency), which was founded in 1958 by the US Department of Defence (DoD) to supervise scientific and

technical research for military purposes. In 1972, the agency's name was changed to DARPA (Defence Advanced Research Projects Agency), to be termed ARPA again in 1993 and then again DARPA in 1996. The most general initial purpose of the foundation of ARPA was, on the one hand, to counterbalance the consequences of the lag that became obvious as the Soviet Union launched its satellite Sputnik 1 in 1957, and, on the other hand, to gradually realise the United States' supremacy in military, defence-oriented scientific, technical, and technological research.

The research programme on computer networks was launched in 1962 within the research management and support activity of the ARPA drawing on the research results and resources of the Massachusetts Institute of Technology (hereinafter as MIT). In the framework of the research, the principles of a digital communications system have been developed in which the data stream to be transmitted is packetized and each of these packets carry routing information. In addition, the system was to be designed in a way to be able to perfectly recover packets created in specific sizes – even in case of transmission errors.

Founded with the support of ARPA and relying on the research efforts of MIT, ARPANET was no longer envisaged to guarantee safe operations even in the case of a nuclear strike, which served as the initial objective. Instead, subsequent network research efforts extended to the robust and massive structure of the network as well as to guaranteed network operation upon the destruction of a major part of the network. The developmental process of the packet-switched data network showed significant results up to 1972 in the framework of ARPA.

The first network equipment using the principles of packet-switching (IMP - Interface Message Processor) was completed in the framework of the multi-centre packet-switched network plans of ARPANET in 1969 and was installed in Los Angeles (University of California) in the same year, and subsequently at three further locations (Stanford, Santa Barbara, Utah). Part of this project was the commissioning of the ARPANET network in 1969, with data transmission lines provided by AT&T. The development project of NCP (Network Control Protocol) was completed by December 1970. (NCP was the forerunner of TCP/IP in the network and the host-to-host protocol of ARPANET). The installation of NCP was completed by 1972 throughout the entire network. Electronic mail, the first real application system of the network was launched in 1972, the same year as ARPANET was first presented to the public.

2. OPEN ARCHITECTURE NETWORK: THE TCP/IP MODEL

To continue the ARPA project, with the DARPA programme the extensive development of technologies directed at the interconnection of different packet-switched networks was launched in 1973. One of the major goals of related research efforts was directed at the development of a communications protocol that enables transparent and uniform communication between the computers connected to the network through an unlimited number of data networks. Thus the objective of the research project was to develop a system of interconnected networks ("internetting").

In 1973, the development of a new open architecture protocol started as the NCP was suffering from a number of very serious limitations and operational errors. (E.g. ARPANET had no protection against line failures and the protocol froze in case of a packet loss.) Widely used also today, the new protocol was the TCP (Transmission Control Protocol). Some of the main principles that served as the basis for the development of TCP (allowing for the flexibility and continuous growth of the network) are as follows: a) The protocol must also be

able to communicate with unreliable connections and networks without the need to modify individual networks in order for such networks to be able to connect to ARPANET. b) It must be designed in a way that allows for endpoint-to-endpoint connections to be built on by both endpoints (the sender and the receiver, the two farthest elements of communication). c) Communication is of the best-effort type, meaning that the network does not provide any guarantees that the packet is actually delivered to the receiver, the control of which lays with the end system (the receiver must control it). (In this respect, it was based upon the principle that the source is able to re-send the information anyway.) d) There is no global control in the network. e) The network connection points (later gateways, then routers) are based upon simple operating principles and processes without recording or storing packets transmitted through them.

TCP as a completed system (which became a standard in 1981) has also featured several limitations. (The main reason for this was that neither the Ethernet nor the PC existed at the time of the design of TCP.) In other words, on the one hand, its address range was very limited and, on the other hand, only the virtual circuit version was accomplished but the circuit-free packet-based one was not.

TCP was suitable for different kinds of file transfer and remote login applications (remote access to the Internet), however, it was not able to operate or handle several applications such as voice transfer (which does not require the re-sending of lost packets). As a result, TCP was divided into two parts: TCP and IP, which are jointly referred to as TCP/IP. The IP standard was published in 1981 (RFC (Request for Comment) 791).

IP is one of the basic standards (protocols) of the Internet network system, working in a packet-switched system, thus building no connection between the source and the destination (end system, such as a PC), but using separate routing – controlling – mechanisms for each data packet.

According to the above principles related to the design of the TCP, IP does not detect, indicate or repair errors, the main aspect of its design being simplicity and uninterrupted operation (as part of which error control would unnecessarily involve or load routing nodes).

IP is a key element in realizing data transmission between Internet-related end systems, tools and end equipment. Therefore, IP is a connectionless and, in terms of the OSI model, a network level protocol. IP can handle network addressing and traffic control. On the other hand, TCP is connection-oriented and, in terms of the OSI model, a transport layer protocol, which provides reliable data transmission (host-to-host connection) regardless of the characteristics of the underlying network layer. TCP is to divide the bit stream originating from the end system and to be transmitted through the network into packets.

The resulting TCP/IP is a modular system, in which TCP is established on top of IP designed for simple operation every time the application requires reliability and virtual circuit design, in other words, connection-oriented operation. And if in the end-to-end data transmission a connectionless, datagram-type, packet-based operation is needed (or sufficient), then an UDP protocol is used on top of the IP (in the transfer layer according to the OSI system). (Particularly in those cases where the speed of sending the message is preferable to the reliability of its “arrival”.) UDP (User Datagram Protocol) specification was adopted as a standard in 1980. In certain Internet applications, UDP is used in place of TCP.

Therefore, the layer structure of the Internet (ARPANET) was/is different from the OSI standard. (The TCP/IP model of the Internet consists of five main layers – as opposed to the seven-layer OSI.) However, it must be emphasized that through the use of suitable procedures the TCP/IP model may be interconnected with systems developed in line with the OSI models. In 1982 DARPA designated the TCP/IP protocol set as an approved and applied protocol of ARPANET to replace the NCP protocol throughout the entire ARPANET in 1983.

From that time on, the open architecture interconnected network using the TCP/IP protocol family has been identifiable with the definition, mechanism and structure of what today is known as the Internet.

It is important to note, however, that it took a long time for TCP/IP protocols to become generally accepted and applied in the United States. As a result of vigorous developments in telecommunications, the need for technical standards and uniform open architecture and thus for standardization increased. Therefore, partly due to the increasing role of standardization, the US Department of Defence decided in 1988 to change to the OSI model in defence-oriented networks, simultaneously labelling the TCP/IP system merely a transition protocol family. This process involved the acceptance – in the United States – of a protocol architecture to be complied with by all products purchased by any government institutions (US Government OSI Profile - GOSIP). In 1990, as commissioned by the DoD, a software package was developed the main purpose of which was to enable OSI applications to run over the TCP/IP.

Nevertheless, the development and general economic importance of the telecommunications system as well as the increase and changing role of defence-oriented use related to the Internet-type network had a greater effect – also at government level – on the management of standardization carried out in line with more flexible principles. As a result of these developments, in 1994 the NIST (National Institute of Standards and Technology) initiated the acceptance of TCP/IP in GOSIP and the adoption of other models that ensured uniform network operation and complied with the general network cooperation to be operated alongside the complex structure of the OSI model. Thus in the United States – and gradually throughout the world – TCP/IP has become an approved standard also at government level.

3. THE BEGINNINGS OF THE “FREE” INTERNET

Based upon and due to a) the business opportunities of the network system afforded by the Internet, b) the great potential of Internet-related services, c) the gradually growing significance of open network principles also in the field of scientific research, and d) major developments in the IT industry, services and applications (such as the development of personal computers) increasingly interrelated with the unique process of telecommunications liberalization, in 1983 ARPANET was divided into two parts:

MILNET supporting defence and military purposes, and

ARPANET supporting private and commercial demands.

The fact that the “freedom” or “unregulatedness” of IT-based services, that is their market-based structure operating in the private sector, was consequentially maintained within the framework of the telecommunications liberalization in the United States also played a major role in the split of ARPANET.

Thus, the development of IT services and instruments, on the one hand, definitely encouraged telecommunications liberalization and, on the other hand, such development in the United States was not considered a “regulated”, i.e. public-service-type system. It is a definite regulatory and telecommunications policy principle in the United States that the development of the IT market is best promoted if the state refrains from market invention or regulation. Therefore, the government had a relatively uniform position with respect to “pioneers” working on the development of IT instruments and services exclusively considering “unregulatedness” as the best contribution to the development and growth of the IT market (especially at the outset). (And the development of informatics – owing to its major social and economic effects – constituted an important goal also for the government.)

With respect to the separation of the military part of ARPANET, it must be highlighted that along the technical development of telecommunications, the tendency of independent parallel operation of closed – defence, military – networks (as opposed to open networks) may be regarded as the general process of telecommunications liberalization.

4. THE COMMERCIAL OPENING OF THE INTERNET

The market or commercial opening of the Internet – similarly to the aspects briefly mentioned in connection with frequency trading – does not fall under the definition of liberalization and may be regarded as privatization only in a wider sense of the word. The “market” and service system related to the Internet was established upon the private opening up of the Internet, and within the private sector. This means that the government’s opening up of the set of tools developed within the scope of its defence duty, a purely public service duty, to commercial and business activities (upon almost complete withdrawal of government responsibility) may exclusively be regarded privatization only in a wider sense of the word with reference to the Internet.

It may be considered a specific privatization in the widest sense of the word to the extent that the government opened up (largely for free) to the public sector the Internet tools developed within the scope of its defence duty in order to ensure public use of the Internet. It must not, however, be regarded as liberalization in a wider sense of the word either, as instead of opening up the market structure of economic competition in a market of an operative public sector or market-based public service system, the government offered a tool to the economy and the society that could potentially contribute to the development of market processes based upon the given tool, i.e. the development of a new market structure.

This means that we cannot talk about liberalization without a market structure or an operating market, as liberalization (higher degree of market freedom) is an uninterpretable term without a market structure (of either the public or the private sector) being present. Moreover, in such cases liberalisation is uninterpretable because market development is far from being evident, i.e. economic or market mechanisms may not evolve or be facilitated based upon the given tool (e.g. there is no effective demand for it).

The process of liberalization remains an uninterpretable term after the private opening of the Internet as well, since the private, Internet-type network and service structure have evolved and gained momentum within the private sector in the market structure of economic competition. Thus, in the field of public or “commercial” Internet, the services did not qualify as government responsibilities and the service providers were not state-owned, either. Moreover, generally prevailing measures of the economic administration aimed at (public

power related) intervention in, or the legal regulation of, competitive market processes have not been introduced, either (or only very carefully or gradually).

5. POSSIBLE GOVERNMENTARY INTERVENTIONS VS. SELF REGULATION

It can generally be stated that throughout the world governments fundamentally refrain from intervention concerning the network system and the operation of the Internet (to the most necessary extent, regulation typically extends to restrictions based on public law). It is a generally accepted notion that, on the one hand, the Internet is one of the key network infrastructure bases of the freedom of expression, and that, on the other hand, it plays a fundamental role in economic and social development processes as well as in the efficient provision of public services and state functions of public interest. As a result, related legal regulations extend to:

the contents transmitted via the Internet (the scope of which is fundamentally limited by guarantees and institutions of rights to freedom within the freedom of expression (basic rights of communication), and

the provisions and legal institutions promoting the development and extensive use of the network infrastructure of, and the services related to, the Internet (the latter one falls clearly under the scope of telecommunications law).

It is important to note, however, that “freedom”, “unregulatedness” and the also commonly used term “self-regulation” of the Internet are typically overemphasized. Anyway, the term “self-regulation” is not elaborated. Moreover, this term is lacking logic by suggesting that there are special areas within the legal system that essentially operate independently of both the legal system and government intervention, in a structure of self-regulation. The rationale of using the term, however, is not justified when highlighting self-regulation and areas operating through self-regulation.

In terms exclusively of self-regulation and “freedom” within the state structure, it can be generally stated that within the framework of government intervention and the principles and regulations of economic administration, the Internet is no different from a) other sectors of the economy, and b) other defence-type basic rights as regards basic rights of communication (in terms of network contents and structure).

As regards the system of economic administration, governments will not intervene in the operation of the Internet to the extent affecting the market structure – similarly to other sectors appropriately operating under the mechanism of economic competition – because so far the market development of the Internet has proved to be functional based upon driving forces of the market. Thus, the lack of intervention is not regarded specific as opposed to other competitive market sectors, especially not to such an extent that the “degree of freedom” in question would require the introduction of special terms.

“Self-regulation” of the Internet within telecommunications may be understandable. However, it is not at all interpretable or is an unjustified category in terms of the economy and the economic administration. Other economic sectors (such as “shoe manufacturing”, telecommunications services, food industry and so on) are also “self-regulating” with regard to an endless number of aspects, while being regulated on the basis of other aspects. It works the same way for Internet service providers and the Internet. (E.g. satellite telecommunication

is also “self-regulating” in areas where it does not require regulation, but its significant frequency requirement for instance makes it regulated.)

In the United States, the distinction of regulated and unregulated market areas is of actual significance in terms of public services also from a theoretical point of view (a certain extent of regulation means public service and to some extent a lower degree of freedom in a number of sectors, including telecommunications). The network, market and service systems of the Internet are unregulated areas in the United States from a number of aspects, including particularly public service content and telecommunications administration. This approach, however, is not entirely acceptable in Europe, where public services are built upon totally different foundations. Moreover, public service is not even discussed separately within the framework of regulations. The Internet is, therefore, no more “self-regulating” than other areas of the economy operating in line with market competition.

Beyond the “simplifying and blurry perception of self-regulation”, the regulatory scheme of the Internet in fact requires a very thorough analysis of concepts and the application of law, still, the use of terms and categories of scientific value is a must. In other words, one should not unambiguously label the Internet using general terms or categories such as “self-regulating”, “freely operating” or “unregulated” either, as the network and the service system of the Internet, its related services, and the economic and telecommunications rules concerning the Internet represent a much more complex system.

The process of telecommunications liberalization in relation to the Internet is regulated in detail in line with the characteristics, special operational principles and market conditions of the Internet. Accordingly, the Internet is not unregulated in the framework of telecommunications administration. Instead, the basis and the goal of telecommunications regulation are in fact to promote the expansion of the Internet. (Consequently, there are obviously no detailed, sector-specific, telecommunications related requirements with reference to the Internet.)

From a different standpoint, however, besides the rules promoting the widespread use of the Internet, in a number of countries (including the United States), there is growing need for regulating telecommunications sector-specific liabilities concerning the Internet in terms of the development and economic power thereof. (E.g. the involvement and payment obligation of certain Internet service providers in the compensation and financing mechanism of the universal service.)

6. THE WORD WIDE WEB

The commercial success of the Internet was essentially based upon open network architecture and the robust operation of packet-switching. The following factors have also contributed to commercial or market success: a) On the one hand, the research efforts financed from defence funds resulting in operational principles, standards, and tools well-proven in practice and leading to the emergence of a systematically developed, extensive network system. b) On the other hand, development in technology and technical innovation, including particularly the development and widespread use of PCs (personal computers) and the appearance of the local network (LAN), which has rapidly expanded the system of interconnected networks and hosts. c) The mechanism of domain names introduced in 1984, which made the addressing of hosts significantly easier and widely usable.

The creation of the civil (market, economic, commercial) ARPANET enabled the rapid development of private and later of commercial applications. In 1985, the National Science Foundation (NSF) responsible for financing university research founded the computer bases for supporting TCP/IP-based research and developed the NSFNET network interconnecting several thousands of academic and research institutes (in operation until 1995). The NSF also played an important role in the expansion and development of the Internet by encouraging the different regional NSFNET branch networks to cater consumers' needs on a commercial basis.

Moreover, in 1991 the NSF lifted the bans and restrictions concerning the commercial use and market operation of the NSFNET, which at that time was already generally called the Internet. As a result, the convention and organization of CIX (Commercial Internet eXchange Association Inc.) was formed as an umbrella organization for network operators cooperating in market-based transmission of commercial information. In 1992, upon the initiative of the NSF, the Internet Society, a non-profit, non-governmental organization took over the following Internet-related functions a) coordination, b) technical and technological agency work, c) providing for operation and development, as well as d) promotion of simple applications for the society.

Market players then gradually established the operational and organizational framework for the commercial or market use of the Internet, such as: Based upon the economic growth, increasing significance and widespread use of the Internet as well as the growth of private and corporate networks and the networks of interconnected, "cooperating" non-profit and other organizations, the regional networks emerged as truly commercial branches of the NSF network. This gradually developing, uniform and "united" system of cooperation agreements concluded between regional private networks finally lead to the termination of the state-funded backbone of the Internet in 1995, which in fact constituted the "total privatisation" of the Internet.

The concept of the World Wide Web (www) was also published in 1991. It was developed by CERN in the framework of a kind of "supplementary" research with a view to enabling physicists to monitor the status of their experiments from offices located in several places (or countries). The original name of CERN – European Council for Nuclear Research (Conseil Européen pour la Recherche Nucléaire) refers to the meeting held about the formation of the organisation. CERN was officially founded in 1954 as the European Organization for Nuclear Research (Organisation Européen pour la Recherche Nucléaire). Nevertheless, the acronym CERN was retained. (The official English name of CERN is European Laboratory for Particle Physics.) CERN is an international organization founded by 12 European countries in 1954 (with Hungary joining in 1992). Its seat is near Geneva along the Franco-Swiss border. In 1993, CERN made the Web freely available to anyone. The Web makes the net of linked information relatively easy to manage with individual documents interconnected through hyperlinks.

Instead of the formerly used traditional menu system, the Web is built on the system of special procedures, including: a) URL (Uniform Resource Locator) describing the specific addresses of individual pages; b) HTTP (Hyper Text Transfer Protocol) referring to the process of information transfer between the server and the browser; c) Hypermedia, the extension of hypertext with video and audiovisual elements; and d) HTML (Hyper Text Markup Language) is an information encoding process to ensure the appearance of a given content in several media (media-independent).

Within the service system of the Internet, the networks of Internet service providers (ISPs) interconnect via so-called Internet eXchange Points (IXPs). Individual IXP centres are also linked with each other, thus their network form the national and international backbone of the Internet. (E.g. in Hungary, the IXP is the Budapest Internet Exchange - BIX, which provides network connection for Internet service providers providing service in Hungary or otherwise involved. One of the most general goals of the formation of BIX was to ensure traffic between Hungarian Internet service providers directly within the territory of Hungary. Without BIX, traffic between Hungarian Internet service providers would go through a given foreign IXP, bringing about extra costs and unnecessary network load.)

The internal structure of the networks of Internet service providers fundamentally consists of routing networks, which may as well form a multi-level hierarchic system, subject to the actual service provider's network. The users connect to the Internet service providers' networks via different access networks (e.g. ADSL, cable television network) through permanent or dial-up connection (e.g. modem). The internal networks of various organizations and institutions as well as other private networks (jointly referred to as internal networks: Intranet) may connect to the Internet in several ways, thus particularly: a) through the routers and network hierarchy of Internet service providers, b) through different call devices or c) by directly connecting to the Internet exchange points – IXP (e.g. major academic or research networks, large networks of cultural institutions).

7. ACTUAL LEGAL QUESTIONS AND INTERNATIONAL ORGANIZATIONS

Further important aspects to be noted in relation to the Internet that cannot be discussed here in greater detail for reasons of space are as follows:

IPv6 (Internet Protocol version 6). One of the most important reasons for the development of IPv6 was that the common IPv4 addresses available are quickly exhausted due to increased user requirements and that connection to the system would be impossible without the allocation of new IP addresses. The foundations of IPv6 developments were published in 1998.

Real-time IP networks. The Internet was developed as a technically robust data transmission network and it remained such until today. In addition, the growing number of Internet users and the rapid development of the bandwidth used have gradually shown that in the long run traditional voice services may also be cheaper on IP-based networks than on the existing circuit switched infrastructure. The VoIP (Voice over IP - IP telephony) service system has, however, several drawbacks that could not be eliminated to date.

Mobile telecommunications and the Internet, including: ca) mobile access to the Internet, (mobile IP) and cb) mobile Internet.

In 1996, the NSF, various government institutions, several independent agencies, universities and a few private companies launched the programme Internet2.

Based upon the significant characteristics concerning the operation, market development and regulation of its network and service system, the Internet represents a definite “subdivision” within the field of telecommunications. However, owing to its network structure and operational principles, it plays a larger and more decisive role than ever in the development of telecommunications as a whole. In addition, the access to the service system of the Internet has also become a key element of economic and social development exerting a decisive effect

on telecommunications policy, the content of government intervention, and telecommunications regulation.

Furthermore, it can be generally assumed that, in the framework defined by the characteristics of the Internet, significant differences and decisive characteristics surface in the international coordination structure of the Internet, as part of the system of international cooperation in telecommunications. Owing to the “World Wide Web” characteristics of the Internet, international cooperation concerning the network structure of the Internet represents a very broad and complex system.

Examples of various fields requiring international coordination are as follows: a) A uniform and open system of technological development complying with accelerated progress and meeting user requirements. b) Specific identification management, including particularly domain name management and IP address management as well as the coordination of the use of such names and addresses and the development of related requirements. c) Network planning and standardization creating a basis for cooperation. d) Comprehensive development of the quality of service. e) Security aspects related to the network and service system of the Internet, constituting a precondition of use and market growth. f) International, uniform system of standardization. Although the “standardization” of the Internet has a distinct framework in terms of organization, research and functions within the system of telecommunications standardization, by now very close cooperation has been established with intergovernmental and non-intergovernmental telecommunications organizations as well as with state standardization bodies of the individual countries. In the early days of telecommunications liberalization, the framework of this coordination was not sufficiently extensive and appropriate, which was partly due to the fact that the intergovernmental state (telecommunications) standardization bodies were simply not able to keep up with the pace of the development of the Internet. Since then all this has gradually and slowly changed but, of course, due to structural, functional and other differences, state standardization bodies and international organizations are not able to attain the flexibility, promptness and rapid pace of development witnessed in the case of Internet organizations.

The “Internet community”, therefore, creates its own standards (today in close cooperation with other standardization bodies of the telecommunications sector) and publishes them in RFCs (Request for Comment) of different statuses (e.g. draft, proposed or established standards). The organizations of the Internet are usually market-based and cover their expenses from their service provision. These organisations are fundamentally characterized by open operation, which means that normally everyone can join the given organization.

The most important organizations concerning the growth, coordination, operation, development and standardization of the Internet at the international level include:

1. ISOC (Internet Society). A non-profit organization founded in 1992. Its main functions and goals: broad social and political acceptance, development of open Internet, promotion of the market development of the Internet, organizational and operational support to, and coordination of, IAB and IETF, providing for the budgets of these organisations, organization of conferences and workshops, provision of extensive information services, dissemination and publication of information concerning the Internet, etc., drafting and the publication of RFCs serving as the standardization bases of the Internet, other administrative functions. Seat: Washington D.C., in Europe: Geneva.

2. IAB (Internet Architecture Board). Main activities: development of the network system of the Internet, definition and oversight of architecture, other developments. Formally it was the advisory, coordinating and supervising body of ISOC. IAB was founded back in 1979 within the framework of DARPA (under the name of Internet Configuration Control Board - ICCB). Due to the growth of the Internet, in 1984 it was transformed into the Internet Advisory Board, which in 1986 was followed by another reorganization into the Internet Activities Board. Upon the formation of the ISOC and the related organizational reform, the Internet Activities Board was replaced by the Internet Architecture Board in 1992. IAB is responsible for the supervision of the activities of the IETF and the IRTF.
3. IETF (Internet Engineering Task Force). It was formally founded by the IAB in 1986 to cater for the advancement, extensive coordination, deployment and accelerated developmental needs of the Internet, with its first meeting held in San Diego, USA. IETF is the most important standardization, development, expert, research and analysis-purpose organization of the Internet. In terms of organization, IETF is closely linked to ISOC (acting as an advisory body, managing the development of standards, etc.) One of its important activities within the framework of IETF is the development of the individual RFCs. Development work is generally pursued in separate working groups organized along different topics. Working groups are grouped into fields. Field directors are members of IESG (Internet Engineering Steering Group), the executive body of IETF.
4. IRTF (Internet Research Task Force). It is a research body for Internet-related computer networks. Its activities are managed and coordinated by IRSG (Internet Research Steering Group). The activities of IRTF are supervised by IAB and there is also a close organizational cooperation between the two bodies. Main activities: development and research related to Internet protocols, network architecture, applications and technologies.
5. As already mentioned above, the name and address management in relation to Internet identifications works independently of state telecommunications identification management systems. The international, worldwide (global) organizations of Internet name and address management, registration, domain name as well as IP address allocation and database management are as follows:
 - a. IANA (Internet Assigned Numbers Authority). The main responsibility of IANA is its registration function, including administration and coordination in relation to top-level IP addresses. The registration function concerning Internet addresses and names was already present in the DARPA programme. However, due to the evolution of the Internet, the registration function became a field of key importance by the end of the 1980s, necessitating – based upon the agreement between DARPA and ISI (Information Sciences Institute) – the launch of comprehensive operation and coordination of the registration functions concerning IP addressing, within the framework of IANA (formally established in 1988). Therefore, IANA was in a contractual relation with the organization and scope of authority of DoD. Nonetheless, based upon a) the progress in telecommunications liberalization, b) the increased market competition in relation to the Internet, c) the promotion of the widespread use of the Internet, and d) the protection of the freedom of content and economic competition, the intervention of IANA and thus DoD in the field of IP addressing was no longer sustainable and, as a result of market growth, the appropriate execution of significantly increased responsibilities, functions and user requirements related to IP addresses and domain names represented a heavy load on

the organization and operation of IANA. As a result of these (and several other) reasons:

- b. ICANN (Internet Corporation for Assigned Names and Numbers) was established in 1998, which is in contractual relation with (and is supervised by) the United States Department of Commerce. ICANN has taken over almost all functions of IANA (with the exception of a few registration and coordination related functions with reference to certain critical IP addresses) and uniquely “integrated” IANA – control, operative management, etc. – in terms of organization. ICANN is a non-profit organization with its seat in Marina Del Ray, California.
 - c. The increased regional tasks in relation to Internet identifiers are executed by regional organizations in close cooperation and management with ICANN/IANA organizations but acting as independent organizations (Regional Internet Registry - RIR): a) ARIN - American Registry for Internet Numbers, b) RIPE/NCC - Réseaux IP Européens Network Coordination Centre, c) APNIC - Asia Pacific Network Information Centre, d) LACNIC - Latin American and Caribbean Internet Addresses Registry, e) AfriNIC - African Network Information Centre.
6. W3C or WWWC (World Wide Web Consortium, founded in 1994). Today it is administered by a) the MIT/CSAIL (Massachusetts Institute of Technology Computer Science and Artificial Intelligence Laboratory, United States), b) ERCIM (European Research Consortium for Informatics and Mathematics, France), and c) Keio University (Japan). Its main activities: www-related user interfaces of public interest, development activities related to technology, architecture and network systems as well as research management promoting the widespread use and development of the world wide web. The function of W3C is similar to the operation of IETF, with the exception that the activities of W3C extend to the web, while those of IETF concern the Internet in a wider sense of the word.

Literature:

- ABBATE, Janet: *Inventing the Internet*. Cambridge, Massachusetts, MIT Press, 1999., p. 7-41., 113-145.
- BALDI, Pierre - Frascioni, Paolo - Smyth, Padhraic: *Modeling the Internet and the Web: Probabilistic Methods and Algorithms*. Chichester, West Sussex, John Wiley & Sons Ltd, 2003., p. 33-40.
- BRADNER, Scott: *The Internet Standards Process - Revision 3*. Cambridge, MA, Harvard University, (October) 1996., RFC:2026, p. 2-17., (www.rfc-editor.org or www.isoc.org).
- BRAY, John: *Innovation and the Communications Revolution*. London, The Institution of Electrical Engineers, 2002., p. 281-285.
- CASTELLS, Manuel: *Az információ kora. (Gazdaság, társadalom és kultúra), I. kötet: A hálózati társadalom kialakulása*. Bp., Gondolat - Infonia, 2005., p. 86-87., 89.

- CERF, Vinton: The Internet Activities Board. Reston, Virginia Corporation for National Research Initiatives, (September) 1989., RFC: 1120, p. 1-8., (www.rfc-editor.org or www.isoc.org).
- CERF, Vinton - Postel, Jonathan B.: Well Known Socket Numbers. Los Angeles, California, UCLA Computer Science Department, (March) 1972., RFC: 322, (www.rfc-editor.org or www.isoc.org).
- CSIKÓS-NAGY Béla: Közgazdaságtan a globalizáció világában. II. volume, (editor: Glatz Ferenc), Bp., MTA Társadalomkutató Központ, 2002., p. 304.
- DEERING, Steve - Hinden, R.: Internet Protocol, Version 6 (IPv6) Specification. The Internet Society, 1998., RFC: 2460, p. 1-7., (www.rfc-editor.org, vagy pl.: www.isoc.org).
- FEDERAL Trade Commission Staff Report: Broadband Connectivity Competition Policy. June 2007., p. 13-36.
- FRAZER, Karen D.: NSFNET: A partnership for high-speed networking: Final Report, 1987-1995. Merit Network, Inc., 1996., p. 4-19., 33., 40-43.
- GILLIES, James - Cailliau, Robert: How the Web was Born: The Story of the World Wide Web. Oxford, OX: Oxford University Press, 2000., p. 1-46.
- GLATZ Ferenc (ed.): Információs társadalom és jogrendszer. Bp., MTA Társadalomkutató Központ, 2002., p. 179-181.
- GOLDSTEIN, Fred R.: The Great Telecom Meltdown. Norwood, MA: Artech House, Inc., 2005., p. 23., 57-60., 62-66., 69-70.
- HILLS, Jill: Telecommunications and Empire. Urbana-Chicago, Illinois, University of Illinois Press, 2007., p. 139.
- HORTON, R. Mark: UUCP Mail Interchange Format Standard, Bell Laboratories, (February) 1986., RFC: 976, p. 1-6., (www.rfc-editor.org, vagy pl.: www.isoc.org).
- JOHNSON, David - Perkins, Charles - Arkko, Jari: Mobility Support in IPv6. The Internet Society, (June) 2004., RFC: 3775, p. 5-18., (www.rfc-editor.org or www.isoc.org).
- JUNG, Volker - Warnecke, Hans-Jürgen: Handbuch für die Telekommunikation. Berlin-Heidelberg, Springer-Verlag, 2002. (2nd edition), I. p. 80-83., III. p. 174-176.
- KEVICZKY László: Az internet rövid története. In.: Az információs társadalom, Glatz Ferenc (ed.), Bp., Magyar Tudományos Akadémia, 2000., p. 212-213., 215., 219., 222.
- KIM, Jae Young: Sorting Out Deregulation: Protecting Free Speech and Internet Access in the United States, Germany, and Japan. New York, NY: LFB Scholarly Publishing LLC, 2002., p. 41-56., 67-71., 74., 100., 136-137.

- MADDERS, Kevin: A New Force at a New Frontier: Europe's Development in the Space Field in the Light of its Main Actors, Policies, Law and Activities from its Beginnings up to the Present. Cambridge, CB: Cambridge University Press, 1997., p. 5-9.
- MANSELL, Robin - Steinmueller, W. Edward: Mobilizing the Information Society Strategies for Growth and Opportunity. Oxford, OX: Oxford University Press, 2000., p. 127-149.
- NAUGHTON, John: A Brief History of the Future: The Origins of the Internet. London, Phoenix - Orion Books Ltd, 2000., p. 77-91., 231-241.
- PLANT, Robert - Murrell, Stephen: An Executive's Guide to Information Technology: Principles, Business Models, and Terminology. Cambridge, CB: Cambridge University Press, 2007., p. 182-187., 189-190., 315-317.
- POSTEL, Jonathan B.: User Datagram Protocol. Marina del Rey, California, Information Sciences Institute, University of Southern California, (August) 1980., RFC: 768, p. 1-2., (www.rfc-editor.org or www.isoc.org).
- POSTEL, Jonathan B. (ed.): Internet Protocol. (DARPA Internet Program Protocol Specification), Marina del Rey, California, Information Sciences Institute, University of Southern California - Arlington, Virginia, Defense Advanced Research Projects Agency, Information Processing Techniques Office, (September) 1981., RFC: 791, p. 1-10., (www.rfc-editor.org or www.isoc.org).
- POSTEL, Jonathan B.: Simple Mail Transfer Protocol. Marina del Rey, California, Information Sciences Institute, University of Southern California, (August) 1982., RFC: 821, p. 1-18., (www.rfc-editor.org or www.isoc.org).
- POSTEL, Jonathan B. (ed.): Transmission Control Protocol. (DARPA Internet Program Protocol Specification), Marina del Rey, California, Information Sciences Institute, University of Southern California - Arlington, Virginia, Defense Advanced Research Projects Agency, Information Processing Techniques Office, (September) 1981., RFC: 793, p. 1-13., (www.rfc-editor.org or www.isoc.org).
- RUSSELL, D.: The Principles of Computer Networking. Cambridge, CB: Cambridge University Press, 1989., p. 181-191.
- SHY, Oz: The Economics of Network Industries. Cambridge, CB: Cambridge University Press., 2001., p. 175-182.
- WEINRIB, Abel - Postel, Jonathan B.: IRTF Research Group Guidelines and Procedures. Hillsboro, Oregon, Intel Corporation - Marina del Rey, California, Information Sciences

Institute, University of Southern California, (October) 1996., RFC: 2014, p. 1-6., (www.rfc-editor.org or www.isoc.org).

- WERBACH, Kevin: Digital Tornado: The Internet and Telecommunications Policy. Washington D.C., Federal Communications Commission, Office of Plans and Policy, OPP Working Paper No. 29., 1997., p. 10-25.

Contact – email

lapsan@nhh.hu

VZŤAH SPRÁVNEHO SÚDNICTVA A VEREJNEJ SPRÁVY VO ŠVÉDSKOM KRÁĽOVSTVE A VO FÍNSKEJ REPUBLIKE

ANTON MARTVOŇ

Právnická fakulta Univerzity Komenského v Bratislave, Slovenská republika

Abstrakt v rodném jazyce

V tomto príspevku je analyzovaný vzťah správneho súdnictva a verejnej správy vo Švédsku a Fínsku. Správne súdnictvo je i v týchto štátoch používané v súčasnosti ako kontrola verejnej správy a ako prostriedok na zabezpečenie ochrany práv ich občanov.

Klíčová slova v rodném jazyce

Správne právo, správne súdnictvo Švédska a Fínska, európske správne právo, verejná správa.

Abstract

In this article is analyzed the relationship of the administrative justice and the public government in Sweden and Finland. The administrative justice in the present is in these states used as the control of the public government and as the medium for the protection of the citizens' rights too.

Key words

The administrative law, The administrative justice of Sweden and Finland, The European administrative law, The public government.

1. NA ÚVOD

Hneď v úvode svojho príspevku si dovoľím poznamenať, že v ňom nejde o komplexnú analýzu aktuálneho stavu, ale iba o základnú charakteristiku línií a črt správneho súdnictva a hlavne o jeho vzťah k verejnej správe vo Švédskom kráľovstve a vo Fínskej republike.

2. ŠVÉDSKE KRÁĽOVSTVO

Švédske kráľovstvo sa v 17. storočí stalo veľmocou a začalo sa odlišovať od krajín západnej Škandinávie z pohľadu vývoja právnych inštitútov, pričom inšpiráciu čerpalo najmä z francúzskeho modelu usporiadania justície. Od roku 1789 tu pôsobil od kráľovskej rady oddelený Najvyšší súd ako súd s plnou jurisdikciou. Monarcha mal však právo určitú vec súdu odňať s tým, že o nej bude rozhodovať zvláštny exekutívny orgán. Neskôr takéto právo dokonca získala i vláda. Tak sa vo Švédsku ustálilo pravidlo, že o dôležitých verejnoprávnych veciach rozhodovali nie súdy, ale exekútiva.¹ V dôsledku tejto tradície nemiešania sa súdov do vecí výkonnej moci a do verejnej správy, bola dlho odmietaná ústavná záruka práva na preskúmanie administratívnych rozhodnutí nezávislými súdnymi orgánmi. Najvyšší správny súd tu vznikol až v roku 1909 a začal fungovať, v rámci tradícií, na enumeratívnom princípe taxatívneho výpočtu preskúmateľných rozhodnutí. Pri takomto vymedzení jeho právomoci sa vychádzalo z myšlienkového konštrukcie, ktorá hlásala, že Najvyšší správny súd má blízko k exekutive a preto by jeho jurisdikcia mala byť vymedzená podobne ako kompetencie správnych úradov. Vo švédskom správnom súdnictve sa konanie dodnes riadi prevažne

¹ Pítrová, L., Pomahač, R.: Evropské správní soudnictví. Praha: C. H. Beck, 1998, s. 145.

predpismi o správnom konaní a ustanovenia civilného procesu sa uplatňujú len subsidiárne. Konanie v správnom súdnictve je prevažne písomné.²

V súčasnosti existuje vo Švédsku dvojstupňové správne súdnictvo, vykonávané správnymi súdmi na troch úrovniach a správnymi tribunálmi. Sústavu všeobecných správnych súdov tvorí dvadsaťtri miestnych správnych súdov – Länsrätter, štyri odvolacie správne sudy – Kammarätter a Najvyšší správny súd so sídlom v Štokholme – Regeringsrätten.³

Špecializované tribunály pôsobia na poli sociálneho poistenia, ďalej ako obchodné sudy, ako pracovné sudy⁴, psychiatrické kolégia, patentové alebo ako volebné sudy.⁵ Dokonca vo veciach služobných sporov a v prípadoch žalôb napadajúcich všeobecné a normatívne rozhodnutia konajú a rozhodujú vládne komisie v postavení špecializovaných administratívnych tribunálov.⁶

Länsrätter (miestne správne sudy) prejednávajú väčšinu žalôb, týkajúcich sa rozhodovania miestnych orgánov verejnej správy, polície a miestnych finančných orgánov. Prevažnú časť ich agendy teda tvoria prípady z oblastí daní, sociálnych vecí, starostlivosti o mladých a o postihnutých, cudzineckého a azylového práva, migrácie, štátneho občianstva a prieskumu zákonnosti aktov miestnych orgánov verejnej správy. V správnych sporoch, kde vystupuje ako sporová strana ústredný správny orgán, je situácia komplikovanejšia, nakoľko príslušnosť na prejednanie takeého sporu je rozdelená medzi Kammarätter, Regeringsrätten a vládne komisie. Tie pôsobia podobne ako správne tribunály najmä pri prejednávaní služobných sporov.

Kammarätter (odvolacie správne sudy), ktoré sú iba štyri, sa nachádzajú v mestách Gothenburg, Jonkoping, Štokholm a Sundsvall, pričom prípady týkajúce sa cudzineckého a azylového práva, migrácie a štátneho občianstva, patria do výlučnej právomoci odvolacieho správneho súdu v Štokholme, ktorý má ako druhostupňová posledná inštancia v týchto veciach postavenie odvolacieho migračného (resp. azylového) súdu.⁷

Regeringsrätten (Najvyšší správny súd), ktorý má svoje sídlo v Štokholme, sa dnes momentálne skladá z devätnástich vysokých sudcov menovaných vládou na obdobie do dosiahnutia dôchodkového veku, najmä z radov sudcov, vládnych legislatívcoov alebo univerzitných profesorov práva.⁸ Najvyšší správny súd rozhoduje v trojčlenných alebo v päťčlenných senátoch, pričom v niektorých prípadoch môže rozhodnúť i samosudca. Súd sa delí na tri oddelenia, resp. kolégiá, z ktorých každé môže prejednávať všetky prípady, ktoré sa dostanú pred súd. V prípadoch, ak sa súd chystá odkloniť od svojho predchádzajúceho rozhodnutia, rozhodnutie sa prijme na plenárnom zasadnutí všetkých sudcov Regeringsrätten.

² Pítrová, L., Pomahač, R.: Evropské správní soudnictví. Praha: C. H. Beck, 1998, s. 146.

³ Gavalec, M.: Porovnávací prehľad členských štátov EÚ z hľadiska ich vrcholných orgánov poverených výkonom správneho súdnictva a niektorých vybraných odlišností týkajúcich sa vedenia súdneho konania. In Zborník „Správne súdnictvo“ zo seminára správneho kolégia NS SR a Katedry správneho a environmentálneho práva PraF UK v Bratislave. Bratislava: VO PraF UK, 2006, s.107.

⁴ <http://www.regeringsratten.se/>

⁵ <http://www.domstol.se/>

⁶ Pítrová, L., Pomahač, R.: Evropské správní soudnictví. Praha: C. H. Beck, 1998, s. 148.

⁷ <http://www.domstol.se/>

⁸ <http://www.regeringsratten.se/>

To isté platí, aj ak Najvyšší správny súd vyhlási v inom senáte rozsudok odlišný od predchádzajúceho rozsudku v tej istej veci (právo na vývoj vlastného názoru).⁹ Ide o zaistovanie stability verejnej správy vo Švédsku. V prípade zložitých prípadov si môže súd vyžiadať stanovisko právnych expertov vlády. Tento súd rozhoduje o odvolaniach voči rozhodnutiam odvolacích správnych súdov, pričom na takéto prejednanie neexistuje právny nárok odvolávajúceho (resp. odvolateľa). Najvyšší správny súd mu môže udeliť „povolenie“ (tzv. „resning“), ale len v prípadoch, ak rozhodnutie Najvyššieho správneho súdu v danom prípade bude mať za následok vznik nového precedensu, ktorý bude záväzný pre budúce rozhodovanie nižších správnych súdov.¹⁰ V praxi toto povolenie získava však len veľmi malé percento odvolaní adresovaných Najvyššiemu správneému súdu. Nie vždy je v ale potrebné toto povolenie. Nie je potrebné napríklad vtedy, keď ide o prípady žalôb generálneho prokurátora alebo ombudsmana týkajúcich sa porušenia disciplíny, odňatia alebo obmedzenia licencií v zdravotníctve alebo v oblasti sociálnej starostlivosti.

Najvyšší správny súd a ani Najvyšší všeobecný súd nemôžu zrušovať, ani vyhlasovať za neplatné, zákony a ani iné právne predpisy. Na druhej strane majú právomoc odmietnuť ho aplikovať v konkrétnom spore s odôvodnením, že je daný predpis v evidentnom rozpore s ústavou alebo s „najvyšším zákonom“.¹¹

V súlade s aproximáciou domáceho práva s právom Európskej únie, za účelom naplnenia práva na spravodlivé súdne konanie a prejednanie veci občana, bol do švédskeho správneho súdnictva zavedený inštitút „judicial review“, ktorý vo švédskom poňatí predstavuje preskúmanie administratívnych aktov v prípadoch, kde predtým poslednou inštanciou bol miestny orgán verejnej moci (resp. správy). V uvedenom prípade nie je na prejednanie veci pred Najvyšším správnym súdom potrebné povolenie a výsledkom môže byť súdne rozhodnutie, ktoré zrušuje žalovaný správny akt v oblasti verejnej správy a vracia ho na nové rozhodnutie. Takéto potom rozhodnutie miestneho orgánu verejnej moci, resp. verejnej správy ako miestnej politickej autority však nemôže byť už Najvyšším správnym súdom zmenené.¹² Špecifikum švédskeho právneho systému je ale i v tom, že tu neexistuje striktná požiadavka na ústne vyhlásenie rozsudku, a preto sa tu rozsudok ani verejne nevyhlasuje.¹³

3. FÍNSKA REPUBLIKA

Na rozdiel od Švédskeho kráľovstva, sa právne dejiny Fínska začínajú až v 20. storočí, pretože Fínsko bolo do roku 1809 súčasťou Švédska a po prehratej švédsko-ruskej vojne bolo

⁹ Gavalec, M.: Porovnávací prehľad členských štátov EÚ z hľadiska ich vrcholných orgánov poverených výkonom správneho súdnictva a niektorých vybraných odlišností týkajúcich sa vedenia súdneho konania. In Zborník „Správne súdnictvo“ zo seminára správneho kolégia NS SR a Katedry správneho a environmentálneho práva PraF UK v Bratislave. Bratislava: VO PraF UK, 2006, s.107.

¹⁰ Pítrová, L., Pomahač, R.: Evropské správní soudnictví. Praha: C. H. Beck, 1998, s. 148 – 149.

¹¹ Gavalec, M.: Porovnávací prehľad členských štátov EÚ z hľadiska ich vrcholných orgánov poverených výkonom správneho súdnictva a niektorých vybraných odlišností týkajúcich sa vedenia súdneho konania. In Zborník „Správne súdnictvo“ zo seminára správneho kolégia NS SR a Katedry správneho a environmentálneho práva PraF UK v Bratislave. Bratislava: VO PraF UK, 2006, s.108.

¹² http://www.iasaj.org/juridic/f_set.html (Sweden)

¹³ Gavalec, M.: Porovnávací prehľad členských štátov EÚ z hľadiska ich vrcholných orgánov poverených výkonom správneho súdnictva a niektorých vybraných odlišností týkajúcich sa vedenia súdneho konania. In Zborník „Správne súdnictvo“ zo seminára správneho kolégia NS SR a Katedry správneho a environmentálneho práva PraF UK v Bratislave. Bratislava: VO PraF UK, 2006, s.111.

jeho územie odstúpené Rusku. Aj Fínska ústava z roku 1919 bola ovplyvnená švédskym vzorom. Až ústavné zmeny v rokoch 1994-1995 priblížili ochranu základných práv vo Fínsku európskym štandardom. Podľa dnes platnej fínskej ústavy je každej osobe zaručené právo na prejednanie veci bez prietáhov súdom alebo iným príslušným orgánom. Každé rozhodnutie orgánov verejnej moci (resp. verejnej správy) musí byť preskúmateľné súdom alebo nezávislým tribunálom.¹⁴

Správne súdnictvo má v súčasnosti vo Fínsku podobu dvojstupňovej súdnej sústavy oddelenej od všeobecného súdnictva.

Žaloby, napádajúce rozhodnutia väčšiny miestnych správnych úradov, prejednáva na prvom stupni 12 prvostupňových oblastných (resp. regionálnych) správnych súdov – Hallinto-Oikeudet alebo niektorý zo špeciálnych nezávislých administratívnych tribunálov (napr. daňový tribunál alebo súd pre problematiku vôd – tzv. vodný súd).

Niektoré úrady vytvárajú dokonca špeciálne kolégiá (resp. komisie) na prejednávanie sporov, pričom je nutné ich využiť pred podaním žaloby na súd.¹⁵

Na vrchole sústavy správnych súdov, teda na druhom stupni, stojí Najvyšší správny súd – Korkein Hallinto-Oikeus, ktorý sa skladá z prezidenta súdu, z 20 riadnych sudcov (menovaných na funkčné obdobie dosiahnutia dôchodkového veku – 67 rokov) a z niekoľko pridelených (resp. mimoriadnych) sudcov (max. 4) menovaných na určený čas. Prezidenta Najvyššieho správneho súdu a všetkých sudcov tohto súdu menuje prezident republiky.¹⁶ Najvyšší správny súd tvoria tri kolégiá; prvé z nich rozhoduje o odvolaniach v oblasti stavebného konania a územného plánovania, realít, ochrany životného prostredia, licencií pre činnosti v oblasti životného prostredia, odpadového hospodárstva, ciest a pozemných komunikácií, miestnej správy, poľnohospodárstva, lesníctva, štrukturálnych fondov Európskej únie, evidencie vlastníctva a o všeobecných otázkach správneho práva.¹⁷ Druhé kolégium rozhoduje o odvolaniach v oblasti finančného práva, verejného obstarávania a hospodárskej súťaže, licenčného konania, evidencie a registra obyvateľstva, dopravných priestupkov, slobodného prístupu k informáciám a štátnej služby.¹⁸ Tretie kolégium rozhoduje o odvolaniach v oblasti sociálneho zabezpečenia, štátneho občianstva, cudzineckého a azylového práva, v oblasti sporov s obcami, v oblasti patentového práva, cirkevných vecí, školstva, kultúry, zdravotníctva, verejného zdravia, verejného poriadku a protipožiarnej ochrany.¹⁹

Tento spomínaný Najvyšší správny súd rozhoduje väčšinou v senáte, pozostávajúcom z piatich sudcov, vo významných prípadoch i na plenárnom zasadnutí. Rozhoduje o odvolaniach voči rozhodnutiam nižších oblastných (resp. regionálnych) správnych súdov,

¹⁴ Pítrová, L., Pomahač, R.: Evropské správní soudnictví. Praha: C. H. Beck, 1998, s. 149.

¹⁵ Pítrová, L., Pomahač, R.: Evropské správní soudnictví. Praha: C. H. Beck, 1998, s. 149.

¹⁶ http://www.iasaj.org/juridic/f_set.html (Finland)

¹⁷ <http://www.kho.fi/>

¹⁸ Gavalec, M.: Porovnávací prehľad členských štátov EÚ z hľadiska ich vrcholných orgánov poverených výkonom správneho súdnictva a niektorých vybraných odlišností týkajúcich sa vedenia súdneho konania. In Zborník „Správne súdnictvo“ zo seminára správneho kolégia NS SR a Katedry správneho a environmentálneho práva PraF UK v Bratislave. Bratislava: VO PraF UK, 2006, s.100 - 101.

¹⁹ <http://www.kho.fi/>

špeciálnych administratívnych tribunálov a ústredných orgánov štátnej správy.²⁰ Vo väčšine prejednávaných prípadov nie je potrebné získať „povolenie“ na podanie odvolania a jeho prejednanie na Najvyššom správnom súde. Avšak proti rozhodnutiam prvostupňových správnych súdov týkajúcich sa daňových vecí, problematiky cudzincov a životných dávok je možné podať odvolanie na Najvyšší správny súd iba vtedy, keď je odvolávajúcemu udelené povolenie na podanie odvolania. Hlavným kritériom pre udelenie povolenia podať odvolanie týmto súdom (podobne ako to je vo Švédskom kráľovstve) je zistenie, že ide o rozhodnutie po právnej stránke zásadného významu (princíp tvorby precedensov a ich nemennosti).²¹

Žalobou je možné napadnúť len individuálny správny akt a aktívnu legitímáciu má osoba, ktorá je priamo jeho adresátom alebo ten, kto preukáže svoj právny záujem na rozhodnutí. Z normatívnych správnych aktov je umožnený len prieskum miestnych vyhlášok. V tomto prípade je prípustná dokonca *actio popularis*, ktorú môže použiť každá osoba, či už fyzická alebo právnická. Kontrola ústavnosti normatívnych aktov vydávaných exekutívou a verejnou správou je v pôsobnosti parlamentu, pričom najvyššie súdy krajiny môžu požiadať prezidenta republiky, aby inicioval preskúmanie súladu zákona alebo vykonávacieho predpisu, ktoré súdy považujú za neústavné alebo protizákonné.

Konanie pred správnymi súdmi vo Fínskej republike je založené na revíznom princípe, s výnimkou prejednávania aktov samosprávy, kedy je možné rozhodnutie len zrušiť. O prípadnej náhrade škody, spôsobenej nezákonným správnym rozhodnutím, rozhodujú však iba všeobecné súdy. Fínske právo pozná samozrejme i inštitút mimoriadnych opravných prostriedkov, s pomocou ktorých môže Najvyšší správny súd v päťročnej objektívnej lehote znovu otvoriť už právoplatne rozhodnutý prípad.²² Správne súdnictvo vo Fínsku, ako také, sa riadi osobitným procesným správno-súdnym predpisom (resp. poriadkom).

V závere svojho príspevku si dovoľím povedať, že správne súdnictvo vo Švédskom kráľovstve a vo Fínskej republike slúži v súčasnosti v týchto štátoch ako kontrola verejnej správy a ako prostriedok na zabezpečenie ochrany práv ich občanov, čím tvorí neoddeliteľnú súčasť európskeho štandardu v rámci vývoja spravodlivej a legálnej verejnej správy v Európe.

Literatura:

- Gavalec, M.: Porovnávací prehľad členských štátov EÚ z hľadiska ich vrcholných orgánov poverených výkonom správneho súdnictva a niektorých vybraných odlišností týkajúcich sa vedenia súdneho konania. In Zborník „Správne súdnictvo“ zo seminára správneho kolégia NS SR a Katedry správneho a environmentálneho práva PraF UK v Bratislave. Bratislava: VO PraF UK, 2006, 129 s., ISBN 80-7160-212-4.
- Pítrová, L., Pomahač, R.: Evropské správní soudnictví. Praha: C. H. Beck, 1998, 343 s., ISBN 80-7179-183-0.

²⁰ Pítrová, L., Pomahač, R.: Evropské správní soudnictví. Praha: C. H. Beck, 1998, s. 150.

²¹ Gavalec, M.: Porovnávací prehľad členských štátov EÚ z hľadiska ich vrcholných orgánov poverených výkonom správneho súdnictva a niektorých vybraných odlišností týkajúcich sa vedenia súdneho konania. In Zborník „Správne súdnictvo“ zo seminára správneho kolégia NS SR a Katedry správneho a environmentálneho práva PraF UK v Bratislave. Bratislava: VO PraF UK, 2006, s.101.

²² Pítrová, L., Pomahač, R.: Evropské správní soudnictví. Praha: C. H. Beck, 1998, s. 150.

- <http://www.domstol.se/>
- <http://www.regeringsratten.se/>
- http://www.iasaj.org/juridic/f_set.html (Sweden)
- <http://www.kho.fi/>
- http://www.iasaj.org/juridic/f_set.html (Finland)
- <http://www.google.com>

Kontaktní údaje na autora – email:

anton.martvon@flaw.uniba.sk

VÝSTAVBOVÝ PROJEKT CHARAKTERU PPP

DANA MĚŠŤANOVÁ

Fakulta stavební ČVUT v Praze, Česká republika

Abstrakt

Perspektivy výstavby v České republice lze realizovat pomocí PPP projektů – projektů spolupráce veřejného a soukromého sektoru. Za legislativní průběh projektů spolupráce veřejného a soukromého sektoru je zodpovědné Ministerstvo pro místní rozvoj ČR. Strategie rozvoje veřejného vybavení pro zajištění funkce sídel a regionů vyžaduje také mechanismus financování a kontroly.

Klíčová slova

Kvalifikační kritéria pro projekty PPP, projekty spolupráce veřejného a soukromého sektoru, Ministerstvo pro místní rozvoj ČR, strategie rozvoje, udržitelný rozvoj území, veřejná vybavenost.

Abstract

Czech perspectives in construction permit proceedings for building realized by PPP - Public Private Partnership. For legislative procedure PPP – Public Private Partnership is responsible the Ministry for Regional Development – public serves central organ for legislative. Strategy of development of civic facilities in the territory of settlements and regions need also financial and control mechanism.

Key words

Qualification Criterion for Public Sector Projects, Public Private Partnership, Ministry for Regional Development, Strategy of Development, Sustainable Development of the Territory, Civic Facilities.

1. PRÁVNÍ ÚPRAVA PROJEKTŮ PPP

1.1 PRÁVNÍ ÚPRAVA PROJEKTŮ PPP V EVROPSKÉ UNII

Evropská unie prozatím nemá jednotně specifickou právní úpravu pro projekty PPP – tzv. projekty spolupráce veřejného a soukromého sektoru. Pro vytvoření právní úpravy byla učiněna řada kroků. Jedním z kroků bylo vydání „Zelené knihy o partnerství veřejného a soukromého sektoru a právu společenství o veřejných a zakázkách a koncesích“. Zelená kniha byla určena především k diskuzi o právní úpravě a výstupy diskuze byly postupně vyhodnocovány Evropskou komisí.

Zelená kniha řešila dva základní druhy projektů PPP. Jednou skupina byla zaměřena na projekty, které vznikají na základě smlouvy mezi veřejným a soukromým subjektem. Druhá skupina na smlouvy, kde spolupráce probíhá prostřednictvím zvláštního subjektu.

Již v listopadu 2005 vydala Evropská komise sdělení, které se týkalo veřejně-soukromých partnerství. Toto sdělení bylo výsledkem rozsáhlé diskuze, jejímž obsahem byla uvedená Zelená kniha.

Ještě o několik měsíců dříve, respektive v únoru roku 2004 bylo vydáno rozhodnutí, aby EUROSTAT zařadil smlouvy PPP do národních účtů jednotlivých států s tím, že se tyto smlouvy projeví ve schodku či přebytku státních rozpočtů.

1.2 PRÁVNÍ ÚPRAVA PROJEKTŮ PPP V ČR

V České republice byl dne 14. března 2006 vydán zákon o koncesních smlouvách a koncesním řízení, dále jen koncesní zákon. Důvodem vzniku právní úpravy byla skutečnost, že před vydáním tohoto zákona neobsahoval český právní řád souvislou úpravu pro projekty PPP. Tématika byla upravena pouze specifiky pro jednotlivé oblasti. Např. pro oblast výstavby dálnic se vycházelo ze Zákona č. 13/2000 Sb., o pozemních komunikacích a ze Zákona č. 137/2006 Sb., o veřejných zakázkách. Tyto legislativní podklady měly za následek nejistotu při realizaci projektů veřejně-soukromých partnerství. Za nedostatečnou právní úpravu byla Česká republika kritizována mimo jiné studií EBRD.

Na základě uvedené kritiky schválila vláda České republiky dne 20. července 2005 návrh koncesního zákona a také vládní návrh zákona, kterým se měnily některé zákony v souvislosti s přijetím koncesního zákona. Poslanecká sněmovna schválila oba tyto zákony a 1. července 2006 nabyly účinnosti.

Mezi hlavní důvody, které vedly ke vzniku koncesního zákona lze bezesporu zařadit převládající kontinentální pojetí Českého právního řádu, orientovaného na tvorbu právních vztahů ex ante, nutnost potřeby sestavit souhrnnou právní úpravu koncesních smluv, nutnost formulování jasného vodítka pro sestavování koncesních smluv pro veřejný sektor, sladění a soustředění stávající legislativy, kde byla problematika rozštěpena do několika právních norem.

2. KONCESNÍ ZÁKON

Vlastní Koncesní zákon byl zpracován a schválen v takové podobě, aby následně mohl řešit následující oblasti související s projekty PPP, jako: koncesní smlouva, specifikace veřejných subjektů činných při realizaci projektů PPP, koncesní řízení (výběr koncesionáře), projektová společnost, rozpočtový dozor Ministerstva financí nad koncesními smlouvami, dozor Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže nad projekty PPP, vedení rejstříku koncesních smluv.

Již při schvalování zákona byly řešeny četné rozdílné názory. Např., že není pro projekty PPP potřeba zvláštní právní úpravy, jiné názory však byly opačné. Jedním z názorů bylo zařazení problematiky PPP do Zákona o veřejných zakázkách. To se ukázalo po vyhodnocení velice nepraktické. Samotný zákon byl shledán již tak dost složitý a přidání kapitol řešících projekty spolupráce veřejného a soukromého sektoru do zákona o veřejných zakázkách bylo prakticky nemožné. Přes tuto skutečnost vznikla mezi oběma zákony úzká vazba, plynoucí mimo jiné z blízkosti obou problematik.

Vydaný Koncesní zákon je v souladu s evropskými směrnici, které se zákona týkají. Hlavní normou Evropského společenství, jež ovlivnila vznik zákona je Směrnice Evropského parlamentu a Rady 2004/18/ES. Uvedená směrnice uložila členským státům přijmout právní úpravu nadlimitních koncesních smluv do 31. ledna 2006.

Koncesní zákon, respektive jeho struktura, sestává ze sedmi částí, z nichž každá řeší určitou oblast problematiky veřejně-soukromých partnerství.

Část první: obecná ustanovení

Tato část definuje předmět úpravy, pojem veřejného zadavatele a působnost zákona. Jsou zde definovány termíny, jako je veřejný zadavatel, koncesionář, koncesní smlouva. Jedná se o právníké výrazy, které ale často bývají nahrazovány výrazy ekonomickými, jako je například veřejný partner, soukromý partner a smlouva o partnerství. Tato obecná stanovení termínů jsou zcela logická, ale v praxi je možno se setkat s oběma typy výrazů.

Část druhá: koncesní řízení

Pojednává o postupu zadavatele při zadávání zakázky a výběru koncesionáře. Koncesní řízení je obdobné jako u veřejných zakázek. Nejprve je nutné uveřejnit oznámení o zahájení koncesního řízení. Hlavní rozdíl mezi veřejnými zakázkami a koncesním řízením je, že zadavatel může koncesní řízení kdykoliv zrušit, ale musí to být uvedeno v oznámení o koncesním řízení. Důvodem pro toto ustanovení je především fakt, že projekt může v průběhu přípravy dostat značných změn.

Zákon umožňuje zadavateli přistoupit k debatě s účastníky koncesního řízení a to v kterékoliv etapě koncesního řízení, což znamená i před odevzdáním nabídek. Tento dialog nesmí diskriminovat žádného, do té doby nevyločeného, účastníka koncesního řízení. Smyslem dialogu je vyjednat co nejlepší podmínky. Dialog může být veden se všemi účastníky dohromady nebo s každým zvlášť.

Na základě korektního výběrového řízení provede zadavatel výběr ekonomicky nejvýhodnější zakázky a podepíše koncesní smlouvu. Zadavatel je povinen o tom informovat všechny do té doby nevyřazené účastníky.

Další specifikou je, že zadavatel může uzavřít smlouvu s právnickou osobou, která nebyla zastoupena ve výběrovém řízení a tím pádem ani nepodala nejvýhodnější nabídku. Tento způsob se využívá pro projekty, které se realizují společností, která je speciálně založená kvůli tomuto projektu (tzv. projektová společnost neboli Special Purpose Vehical). Základní podmínkou je, že hlavní činnost této právnické osoby musí být realizace předmětu koncesní smlouvy.

Část třetí: koncesní smlouva

Koncesní smlouva je vztah mezi soukromým a veřejným subjektem. Základní rozdíl mezi veřejnou zakázkou a koncesní smlouvou je v tom, že podle koncesní smlouvy není protihodnota poskytována peněžní platbou, ale právem na provozování určité věci a inkasovat s tím spojený užitek. S právem užívat je také spojeno příslušné riziko. V zákonu jsou popsány především podmínky pro podepsání koncesní smlouvy, pro odstoupení od smlouvy, vymezení právních vztahů a jiné náležitosti. Pokud má zadavatel právo vybírat od uživatelů poplatky, může toto právo přenést na koncesionáře. Dále se v této části řeší odpovědnost zadavatele za škodu způsobenou uživatelům.

Část čtvrtá: významné koncesní smlouvy

Tato část zákona upravuje projekty většího významu podle velikosti příjmu koncesionáře. Mezi významné smlouvy se řadí smlouvy, kde zisk koncesionáře přesáhne:

500 mil. Kč, je-li zadavatelem Česká republika, státní příspěvková organizace, anebo jiná právnická osoba ovládaná Českou republikou,

250 mil. Kč, je-li zadavatelem kraj, hlavní město Praha, jimi řízené příspěvkové organizace, nebo jiné právní subjekty jimi řízené,

200 mil. Kč, je-li zadavatelem obec nad 100 000 obyvatel, jí řízená příspěvková organizace, nebo jiné právní subjekty jí řízené,

100 mil. Kč, je-li zadavatelem obec nad 25 000 do 99 999 obyvatel, jí řízená příspěvková organizace, nebo jiné právní subjekty jí řízené,

50 mil. Kč, je-li zadavatelem obec do 24 999 obyvatel, jí řízená příspěvková organizace, nebo jiné právní subjekty jí řízené.

V těchto případech je zadavatel povinen zajistit vypracování koncesního projektu dle prováděcího předpisu. Jedná se vlastně o analýzu, která má vyvrátit či potvrdit vhodnost použití daného typu projektu na projekt. Dále je nutné, aby uzavření smlouvy schválil příslušný řídicí orgán zadavatele (vláda, zastupitelstvo kraje, obce atd.).

Část pátá: dohled nad dodržováním zákona

Zákon stanovuje jako dohled nad koncesním řízením Úřad pro hospodářskou soutěž, stejně jako je tomu u veřejných zakázek.

Část šestá: společná a závěrečná ustanovení

V této části je stanoven další dozor, který dohlíží na jednotlivé zadavatele. Tím je Ministerstvo financí České republiky. Samotná kontrola probíhá tak, že ministerstvo vydá stanovisko, které územně samosprávním celkům musí projednat při projednávání koncesní smlouvy v zastupitelstvu. Ministerstvo financí posuzuje zejména, zda uzavření smlouvy neohrozí ekonomickou stabilitu subjektu. Tato část také upravuje oznámení o zahájení koncesního řízení, rejstřík koncesních smluv, uchování dokumentace koncesního řízení atd.

Část sedmá: účinnost zákona - stanovuje účinnost zákona.

3. APLIKACE ZÁKONA PŘI VÝSTAVBOVÝCH PROJEKTECH

3.1 VÝSTAVBOVÝ PROJEKT

Výstavbový projekt je komplexní proces, v němž rozlišujeme řídicí procesy, tj. management všech fází výstavbového projektu. Řízený proces představuje obecně navrhování stavby formou projektování, tj. pořízení dokumentace projektu. Dále realizaci, tím se rozumí pořízení stavby v souladu s dokumentací projektu a v neposlední řadě užívání, tj. provozování stavby.

Systém organizace výstavbového projektu má řadu forem – např. může být realizován systémem jediného dodavatele, dále systémem více dodavatelů a též kombinací předchozích možností. Lze rozlišit způsob výstavby dodavatelský, investorský či kombinovaný, systém s vyšším dodavatelem, s vyšším dodavatelem na klíč apod.

Existují a využívají se různé formy organizace řízení výstavbových projektů, jež jsou realizovány projektovým managementem. Výstavbový projekt zahrnuje v přiměřeném rozsahu, úměrně k charakteru, velikosti a složitosti stavby obvyklé součásti managementu. Především: management kvality (jakosti), času, nákladů a zdrojů, finanční management, obstarávání vč. smluvního managementu, management lidských zdrojů, management rizik a

změn. Jedna z forem realizace výstavbového projektu je financování s aplikací tzv. PPP projektu.

3.2 VYMEZENÍ POJMU PPP

Pojem PPP vychází z anglického Public Private Partnership, což v překladu znamená veřejně-soukromé partnerství. Spojení veřejného a soukromého sektoru je označováno různě, záleží také na kontextu, ve kterém se o něm hovoří. Veřejně-soukromé partnerství znamená spojení veřejného a soukromého sektoru za účelem realizace projektů a činností, kterými jsou uspokojovány veřejné potřeby, a tradičně je zajišťuje veřejný sektor.

Dále se lze setkat s výrazy: PFI (Private Finance Initiative), PSP (Private Sector Participation), PPI (Private Participation in Infrastructure) Obecně používaný je termín veřejně-soukromé partnerství nebo také zkratku PPP. Je to proto, že nejlépe vystihuje věcný význam a také je přesným překladem anglické verze.

Velký význam mají projekty PPP především v budování infrastruktury. Základ projektů tvoří koncesní smlouva neboli koncese, pomocí ní jsou projekty PPP uzavírány. V poslední době se začíná využívat aplikace těchto nástrojů především díky nevyrovnanosti veřejných rozpočtů.

Dle výše uvedeného textu je za PPP považován smluvní vztah mezi veřejným a soukromým sektorem, kde se soukromý sektor zavazuje k provozování veřejných služeb nebo výstavbě infrastruktury.

Projekty PPP lze aplikovat ve formě dodávky služeb či infrastruktury, kdy je přejímána soukromým sektorem, přičemž ze strany privátního sektoru dochází současně k přejímání rizik. Dále v případě dlouhodobých závazků, majících trvání delší jak tři roky a v neposlední řadě při sdílení zkušeností mezi veřejným a soukromým sektorem a tím lepším využití veřejných zdrojů vč. zlepšení kvality výsledných služeb.

3.3 FAKTORY POSOUZENÍ PPP

PPP projekt se realizuje, pokud stát nemá dostatečné prostředky k realizaci projektu nebo poskytování služby a stojí před rozhodnutím, zda si peníze půjčit, nebo použít projektu PPP. Při použití koncesní smlouvy se pak soukromý subjekt zaváže daný projekt zrealizovat na své náklady, ty se mu vrací buď přímo od občanů (mýtné) nebo od státu ve formě pravidelných plateb. Jelikož státní sektor má možnost si půjčit prostředky za 4-6% úrokové sazby a úroková míra u projektů PPP vychází 5-13%, zdá se být využití projektů pouze z tohoto jediného pohledu finančně nevýhodné.

Výhoda však na druhé straně spočívá v efektivnějším využití prostředků u soukromého sektoru. Privátní firmy jsou totiž schopny lépe alokovat riziko a tak snížit celkové náklady projektu po celou dobu jeho životnosti a tím ušetřit veřejnému sektoru finanční prostředky.

Dalším faktorem je lhůta provádění projektu, kde v případě realizace projektu soukromým sektorem nebývá problém s dodržením termínu. Britská obdoba našeho kontrolního úřadu zjistila, že pouze 30 procent tradičně realizovaných projektů se daří dokončit ve stanoveném čase a pouze 28 procent je zrealizováno dle stanoveného rozpočtu. Projekty veřejně-soukromého partnerství se vyznačují naprosto odlišnými výsledky: 80 procent projektů je dokončeno v stanoveném termínu a bez navýšení nákladů.

Faktem je, že existují mylné domněnky, že projekty PPP vyřeší zadluženost státních rozpočtů. Je sice pravdou, že se přímo neprojeví ve veřejném dluhu, ale nakonec jsou vždy uhrazeny z veřejných financí. Důležité je si uvědomit, že PPP není vhodné využít pro každý projekt. Investiční záměr musí být proto podrobně prozkoumán, aby se zjistilo, zda rozdíl mezi efektivností soukromého a veřejného sektoru je dostatečný. V opačném případě se jedná pouze o drahé vypůjčení peněz ze soukromého sektoru.

3.4 POLITIKA VLÁDY ČESKÉ REPUBLIKY

Pro účel posouzení vhodnosti zabezpečení akce formou PPP projektu je zpracován vládou ČR materiál Politika vlády České republiky v oblasti partnerství veřejného a soukromého sektoru. Materiál formuluje základní principy, které by měly být při projektech PPP dodržovány. Mezi základní patří:

Hodnota za peníze = požadavek, aby ekonomický přínos projektu byl vyšší, než kdyby bylo použito standardního způsobu realizace projektu.

Přenesení rizik = ten, kdo je schopen lépe řídit riziko, musí nést toto riziko. Velká část rizik by měla být přenesena na soukromý sektor.

Specifikace standardů veřejné služby = přesná definice požadavků na projekt, jaké jsou jeho cíle a jaká bude kvalita provozovaných služeb. Jelikož jednou z předností projektů PPP je zkvalitnění služeb, měl by zadavatel tomuto bodu věnovat dostatečnou pozornost tak, aby později nedošlo k nedorozumění. Smlouvené standardy je zadavatel oprávněn také kontrolovat.

Údržba hodnoty veřejných aktiv = je třeba jasně definovat, jak bude nakládáno s veřejnými aktivy. Většinou aktiva nepřecházejí na soukromý subjekt, nebo se po skončení doby trvání projektu vrací zpět veřejnému sektoru, proto je třeba stanovit práva povinnosti s nakládáním s těmito tak, aby nedošlo k jejich znehodnocení.

Zajištění inovace a konkurence = smlouvy veřejně – soukromého partnerství nesmí nikomu zajišťovat monopolní postavení. Musí být podporována dostatečná konkurence, protože jenom tak dochází k maximálnímu počtu inovací v dané oblasti.

Makroekonomické aspekty = je důležité provést makroekonomickou analýzu a vyhodnocení dopadů na ekonomiku daného projektu.

Vyhodnocení efektu času.

Rozložení plateb do delšího časového období.

4. VÝHODY A NEVÝHODY PPP PROJEKTŮ

4.1 VÝHODY

Hlavní výhodou je ekonomický přínos projektu. Tak lze alespoň charakterizovat zkušenosti z řady zemí. A sice, i když úroková míra plynoucí z použití projektu PPP je vyšší než úrok z půjčení si peněz pro veřejný sektor, je soukromý sektor schopen lépe využít prostředky a tak je výsledný ekonomický přínos vyšší než by byl u klasicky realizovaného projektu.

Projekty PPP mají velký význam především na municipální úrovni. Starostové malých obcí se velice často potýkají s problémem financí a úspěšnost zastupitelstva mnohdy závisí pouze na

tom, kolik peněz jsou schopni pro svou obec získat. V takovýchto případech mohou být projekty PPP použity i na velmi malé projekty, jakými jsou opravy komunikací či budov nebo zajištění veřejného osvětlení. Pro investory je veřejný sektor velmi dobrým partnerem, který jim poskytuje dobrou ochranu jejich investic. Dále se podnikatel může dostat k výhodám, které by mu jinak byly zapovězeny, jako jsou například: zajímavé obecní pozemky, politická podpora schvalovacího řízení, menší rizikovitost, daňové úlevy atd.

Urychlení realizací akcí je dalším kladem pro veřejný sektor. Jelikož platby pro soukromého investora jsou přímo svázány s dokončením realizace, je investor tlačěn k co nejefektivnější práci, která vede ke krátké době realizace. Projekty veřejně soukromého partnerství obsahují nejen samotnou realizaci, ale také provoz investice po celou dobu trvání projektu, což vede investora k minimalizaci nákladů na celou dobu životnosti projektu.

Lepší rozložení rizika mezi smluvní partnery je také jednou s předností projektů PPP. Jelikož rizika jsou přenášena na toho z partnerů, který je schopen tyto rizika lépe řídit - dochází ke snižování nákladů na rizika projektu. Například riziko plynoucí z právní regulace je vhodné svěřit veřejnému sektoru a naopak stavební a kvalitativní riziko je lépe svěřit sektoru soukromému.

U mnohých projektů dochází k plné úhradě financí jen tehdy, je-li dosahováno příslušných standardů, což ve svém důsledku vede k zlepšení kvality služeb dodávaných soukromým investorem. I mezinárodní zkušenosti svědčí o tom, že kvalita služeb se s používáním projektů veřejně-soukromého partnerství zlepšuje. Pokud nedochází k dodržování smluvených standardů, je možné použít systému sankcí, který je součástí smlouvy mezi soukromým a veřejným partnerem.

V některých projektech může soukromý sektor získávat z projektu dodatečné příjmy, které snižují potřebu plateb od veřejného zadavatele.

Jelikož veřejný sektor neurčuje prostředky kterými má být dané služby dosaženo, ale určuje pouze typ a kvalitu služby, je investor motivován k tvorbě moderních technologií a postupů, které vedou ke snížení nákladů na daný projekt nebo ke zvýšení jeho životnosti. Tento mechanismus funguje automaticky a představuje obrovský potenciál, který klasicky financované projekty nemají.

S dvěma předešlými tématy je také spojeno lepší využití zdrojů. Až zkušenosti s projekty PPP ukázaly, že veřejný sektor při svých investicích nevyužívá některé zdroje dostatečně efektivně.

Při projektech PPP se veřejná aktiva dostávají do soukromých rukou, to může mít za následek jejich komerční využití. To se týká zejména obranných nebo informačních technologií.

Tím, že stát umožní realizaci takovýchto projektů a tedy vstup veřejných prostředků do soukromého sektoru, také nepřímo podporuje zaměstnanost obyvatelstva. Což z projektů PPP dělá nástroj přírůstové hospodářské politiky.

4.2 NEVÝHODY

Je nezbytné si uvědomit, že projekty PPP nejsou vhodné k řešení všech potřeb veřejného sektoru. Samotný vstup soukromého subjektu není výhodou, pokud nejsou podmínky vztahu správně nastaveny. Podstatou soukromého subjektu je tvorba zisku, a tak pokud není dostatečně motivován ke zvyšování výkonu, stane se celý projekt neekonomickým.

V rámci hodnocení projektu je třeba si ujasnit, co se dá považovat za úspěšný projekt. Ten by se dal definovat tak, že byl dokončen ve smluveném čase, nepřekročil rozpočet, došlo ke zkvalitnění služeb a služby jsou realizovány s nižšími náklady než v předešlém období, budí předpokládanou poptávku a veřejný subjekt započal se splácením investice.

Další problém je na straně veřejného sektoru. Jelikož se jedná o projekty, které jsou realizovány dnes ze soukromých zdrojů, ale později jsou veřejným sektorem spláceny, vzniká tak veřejnému subjektu dluh. Podle současných pravidel není tento dluh schvalován jako součást veřejného rozpočtu, což může vést k omezování některých budoucích plateb, v krajním případě riskuje veřejný subjekt insolventnost.

Příprava projektu veřejně-soukromého partnerství je velice složitou procedurou, která může trvat roky, což vede k oddalování realizace projektu oproti běžnému způsobu zadávání. Samotná realizace je naproti tomu zase kratší. Také se odhaduje, že až 8% z ceny projektu stojí příprava projektu.

Problémem může být také délka trvání smluv, která snižuje flexibilitu veřejného sektoru. Například při čtyřicetiletém kontraktu se těžko odhaduje, jak se bude stav během doby trvání smlouvy vyvíjet. Pokud se daná služba ukáže jako nepotřebná, nemá veřejný subjekt možnost přestat ji provozovat.

5. SUBJEKTY ÚČASTNÍCÍ SE PROJEKTŮ PPP A TYPY PROJEKTŮ

5.1 ÚČASTNÍCÍ SE SUBJEKTY

Je důležité si uvědomit, že všichni účastníci projektu mají určité cíle, kterých chtějí dosáhnout a že tyto cíle mohou být také protichůdné. Projektů PPP se účastní čtyři základní subjekty, které mají následující cíle a požadavky.

Soukromý partner (koncesionář): přiměřený zisk, odměna za převzetí rizik, jasné právní a regulatorní podmínky, možnost růstu rozsahu činností, politická podpora politická stabilita.

Veřejný partner (zadavatel): výhodné a rozšířené financování, urychlená realizace projektu, zlepšená kvalita služeb, větší rozsah služeb, přínosy z efektivnosti, jednodušší realizace.

Evropská komise (v případě financování z prostředků EU): dosažení standardů EU, maximalizace společenských výnosů, průhledná a otevřená soutěž, kontrola poskytnutých prostředků, zamezení nepřiměřenému soukromému zisku, přínosy z efektivnosti, jednodušší realizace.

Věřitelé (finanční instituce): přísná finanční analýza, konzervativní odhad nákladů a příjmů, jistota veřejných dotací a financování, jasné právní a regulatorní podmínky, technická způsobilost vlastníka/provozovatele, politická stabilita.

5.2 TYPY PROJEKTŮ PPP

Do výčtu možných typů projektů PPP je možno zařadit následující: Build-Operate-Transfer (BOT, Postav-Provozuj-Předej), Build-Transfer-Operate (BTO, Postav-Předej-Provozuj), Build-Own-Operate (BOO, Postav-Vlastni-Provozuj), Buy-Build-Operate (BBO, Odkup-Postav-Provozuj), Smluvní poskytování služeb (Service Contract), Provoz a údržba (Operations and Maintenance), Provoz, údržba a správa (Operations, Maintenance and Management), Design-Build (DB, Vyprojektuj-Postav), Design-Build-Maintain (DBM,

Vyprojektuj-Postav-Udržuj), Design-Build-Operate (DBO, Vyprojektuj-Postav-Provozuj), Design-Build-Operate-Transfer (DBOT, Vyprojektuj-Postav-Provozuj-Převed'), Design-Build-Own-Operate (DBOO, Vyprojektuj-Postav-Vlastní-Provozuj), Design-Build-Finance-Operate (DBFO, Vyprojektuj-Postav-Financuj-Provozuj), Design-Build-Finance-Transfer (DBFT, Vyprojektuj-Postav-Financuj-Převed'), Lease-Develop-Operate (LDO, Pronajmi-Rozvíjej-Provozuj), Buy-Develop-Operate (BDO, Kup-Rozvíjej-Provozuj), Build-Lease-Transfer (BLT, Postav-Pronajmi-Převed'), Lease-Purchase (LP, Pronajmi-Prodej), Sale-Leaseback (SL, Zpětný leasing).

6. ZDROJE FINANCOVÁNÍ A ZAVÁDĚNÍ V ČESKÉ REPUBLICCE

6.1 FINANCOVÁNÍ PROJEKTŮ PPP ZE ZDROJŮ EU

Mezi základní zdroje financí plynoucích z EU lze zařadit dotace a příspěvky z evropských fondů. Veřejná sféra se potýká s obecným nedostatkem financí a tak roste tlak na využívání fondů Evropské unie. Projekty PPP nejsou v tomto směru žádnou výjimkou. Čerpání přináší výhody ale i nevýhody. Mezi výhody patří možnost financovat projekty, které by jinak být provedeny nemohly. Značnou nevýhodou však je snížení efektivnosti, která je charakteristická pro komerční financování. Jelikož se tyto prostředky nemusí vracet, mohou vytlačovat používání soukromých zdrojů. Další nevýhodou je i administrativa ztěžující a prodlužující přípravu projektu.

6.2 REALIZOVANÉ PROJEKTY V ČR

Jedním z prvních projektů připravovaných k realizaci formou PPP byla výstavba dálnice D47. Tento projekt měl být ukázkovým projektem použití PPP v ČR. Na základě řady jednání a příprav byla v březnu roku 2001 uzavřena koncesní smlouva českou stranou s konsorciem, které vedla společnost Hausing and Construction. Smlouva byla uzavřena bez předchozího výběrového řízení, nebylo dokončeno územní a stavební řízení a celková finanční náročnost projektu nebyla známa. Důsledkem následného vývoje byla koncesní smlouva vypovězena a Český stát byl nucen vyplatit konsorciu odškodné ve výši 626 100 000 Kč. Dálnice se v následných letech začala stavět tradičním způsobem, bez příspěvků EU a českými kapacitami.

Jiným příkladem je projekt realizovaný hlavním městem Praha na správu veřejného osvětlení a veřejných hodin, jenž se ukázal jako úspěšný. V roce 1999 uzavřelo Hlavní město Praha se společnostmi Citelum a Eltodo smlouvu na provoz a údržbu veřejných svítidel a hodin s platností do roku 2012. Obě firmy se ve smlouvě zavázaly investovat do veřejného osvětlení 800 000 000 Kč v prvních pěti letech a dalších 420 000 000 Kč v dalších letech. Těmito investicemi se snížila energetická náročnost a zároveň se zvýšila funkčnost zařízení na 99%. Město Praha platí za provoz služby pevnou cenu a firmy zase platí pronájem za svítidla a hodiny. Dle smlouvy si obě firmy mohou nechat přiměřenou část zisku, zbytek musí proinvestovat.

V současné době je připravována výstavba jednoho úseku dálnice D3 Praha - České Budějovice formou PPP projektu. Ve sdělovacích prostředcích jsou uváděny přípravy dalších akcí touto formou. Jako příklad lze uvést výstavbu pražského metra – nové trasy D formou tzv. lehkého metra a řadu dalších.

6.3 ZODPOVĚDNÉ INSTITUCE V ČR PRO APLIKACI PROJEKTŮ PPP

Zodpovědnost je na Ministerstvu pro místní rozvoj (MMR), které se spolu s Ministerstvem financí ČR (MF) podílí na tvorbě koncesních smluv a organizaci průběhu koncesního řízení. Podle koncesního zákona je MF pověřeno vedením rejstříku koncesních smluv. Ministerstvo financí má za úkol především kontrolu projektů PPP, monitorování projektů, vedení evidence projektů a zajištění fiskální bezpečnosti projektů.

Nově bylo zřízeno PPP centrum na základě usnesení Ministerstva financí. Cílem PPP centra je implementace projektů PPP v ČR, zavedení aplikací pro vedení a hodnocení PPP projektů, zajištění výměny informací, minimalizace rizik, asistence veřejným subjektům při realizaci projektů PPP, zavedení etických standardů do projektů, spolupráce s útvary MF.

Dále vznikla např. Asociace pro podporu projektů PPP. Jedná se o sdružení fyzických a právnických osob, působících v oblasti investic a služeb poskytovaných veřejnému sektoru, za účelem podpory projektů PPP v ČR. Mezi její náplň patří poskytování aktuálních informací o legislativě, propagace PPP, součinnost s orgány státní správy a parlamentem ČR, aktivní účast na projektech PPP, výměna zkušeností a poznatků s veřejným sektorem, pomoc při přípravě regionální a municipálních strategií pro oblast PPP, provoz knihovny, ve které soustřeďuje materiály ze seminářů a konferencí, podpora společných zájmů asociace, pomáhá při vzdělávání členů Asociace, navazuje kontakty se zahraničními institucemi a zajišťuje výměnu zkušeností.

7. ZÁVĚR

Jednou z forem možného financování investičních aktivit v České republice popsané financování formou PPP projektů vč. jeho výhod a nevýhod. Aplikace výstavbových projektů s využitím této formy financování je i velmi diskutovanou otázkou jak na ministerstvu financí, tak i na vládní úrovni. Využití této formy financování má řadu výhod především na municipální úrovni.

Pro investory je veřejný sektor velmi dobrým partnerem, který poskytuje spolehlivou ochranu investic. Kladem zapojení soukromého sektoru pro veřejný sektor je urychlení výstavby.

Projekty veřejně soukromého partnerství mohou obsahovat nejen realizaci, ale také provoz investice po celou dobu trvání projektu, což vede investora k minimalizaci nákladů po dobu životnosti projektu. S aplikací financování formou PPP dochází k lepšímu využití zdrojů. Realizací projektů se vstupem veřejných prostředků do soukromého sektoru, se i nepřímo podporuje zaměstnanost obyvatelstva a to z projektů PPP dělá nástroj přírůstové hospodářské politiky.

Vyhodnocení realizovaných projektů ukázalo, že veřejný sektor při svých investicích nevyužívá ve srovnání s projekty PPP některé zdroje dostatečně efektivně.

Literatura:

- Zákon č. 139/2006 Sb., o koncesních smlouvách a koncesním řízení (koncesní zákon)
Zákon č. 320/2001 Sb., o finanční kontrole
- www.mfcr.cz
- www.mvcr.cz

- <http://www.evropska-unie.cz/cz/documents.asp?folder=01020104> – Pravidelná zpráva Evropské komise o České republice – finanční kontrole
- Hromada, E.: Pilotní projekty PPP, In: Veřejné zakázky. 2005, ročník 2005, č. 2, s. 16-17.
- Měšťanová, D. Analýza procesu implementace auditu výkonnosti v souvislosti se vstupem ČR do EU. Praha: ČVUT Praha, fakulta stavební, katedra ekonomiky a řízení ve stavebnictví, 2007, 1-90 s., ISBN 978-80-01-03931-1

Kontaktní údaje na autora – email:

dana.mestanova@fsv.cvut.cz

IS AWARDING A MEDAL AN ADMINISTRATIVE DECISION?

MICHAŁ PATER

M.A./Wyższa Szkoła Administracji publicznej im. Stanisława Staszica w Białymstoku,
Poland

Abstract

In this article I tried to show that the public administration agency in Poland should use the regulations of the Code of Administrative Proceedings in the procedure of awarding a medal. This question is not clear in doctrine's opinions. Some of authors think that decorating with a medal is not an administrative decision especially due to the absence of a legal matter on the interested person in result of the case. They think that the law of holding a medal is not a law, but rather a reward for deeds (for example a deed of heroism, act of courage). The main aim of this article is to show the procedure rights of the person interested (of awarding a medal) in each stage of the procedure (which is of on administrative character) and try to consider whether the person interested can change the result of their case by appealing against it.

Key words

Administrative decision, awarding a medal, a medal, procedure of awarding a medal, procedure rights of person interested of awarding a medal.

Awarding citizens for virtues, civic attitudes and outstanding achievements is a national tradition in the Third Republic of Poland (as in many other countries in the world). Under the today's legal conditions, the implementation of this custom is ensured by the legal regulations of the Act of 16th October 1992. - On medals and decorations (hereinafter referred to as: A.M.D.). Pursuant to its article 1 section 2 medals and decorations are the highest status distinctions for civic and military merits given in the time of peace or war for the sake of Poland's glory and development. Like in the Czech Republic, they are awarded by the head of the state (the President of the Republic of Poland). Awards are given to Polish citizens as well as foreigners for the merits they have given to the Republic of Poland or its citizens, and in accordance with international customs. A detailed procedure of the proceedings regarding the award of medals and decorations was regulated, except for the regulations mentioned above, with the Resolution by the President of Poland as of 15th December 2004.¹ (hereinafter referred to as: The Resolution of 15th December 2004), which is the Act's executive tool. As per the title of the foregoing paper, the answer regarding the form in which the head of the state makes a declaration of will on awarding a medal, as well as the consequences this produces will be the main issues presented herein.

Giving a positive answer to this basic question raised in the title hereof, the procedure of awarding medals should be deemed as one of the legislative administrative procedures, with the regulations of the Code of Administrative Procedure applying (hereinafter referred to as C.A.P.). The person concerned (to be awarded a medal) and other participants of the

¹ The Resolution by the President of Poland of 15th December 2004 on a detailed procedure of awarding medals and decorations as well as forms of appropriate documents (Journal of Laws of 2004., no 277, item 2743). The last amendment to this act took place on 10th October 2008 with the Resolution by the President of Poland of 31st July 2007 amending the resolution on a detailed procedure of awarding medals and decorations as well as forms of appropriate documents (Journal of Laws of 2007, no 151, item 1076).

proceedings would hold legal rights as results from the Act's regulations. Using these rights, they could influence the course of the proceedings from the moment of their commencement till they are accomplished with an administrative act, including, which is important, the questioning of the very act in the course of an appeal (within the framework of the institution for the reviewing of the case by the body that has issued the decision under the Act. 127 § 3 C.A.P.).

At the same time, it is worth examining what entities would be entitled to appeal against the decision of the President of Poland as regards these issues (following the appeal in by means of administrative proceeding)? Assuming that the President's decision is not an administrative one, awarding a medal will be a special declaration of President's will, which results from the general prerogatives of President (as regulated by the Constitution). It could be altered only by President himself in the course of the proceedings commenced by virtue of his office. The change to the decision could be made only by means of another decision: on depriving a person a medal and only if the medal was awarded on error grounds or the person awarded committed a deed that made them unworthy of the medal or decoration. The act of awarding a medal could be subject to the examination conducted by the administrative court for decisions other than the administrative ones.

In accordance with the definition commonly accepted in administrative law, an administrative decision is an act undertaken based on the norms of the administrative law by the competent public administration authority upon completing legally defined (by C.A.P. regulations) proceedings (defined as general or legislative proceedings) stipulated by the law. As a decisive and unilateral declaration of will, it decides on the rights and obligations of the particular addressee in their individual case. It differs from other forms of public administration authorities' activity as it is an external act – its addressee cannot be an entity that is subordinated, officially or organizationally, to the authority that decides on its rights and obligations (in other words, that does not decide on the rights and obligations that result from these relations). Analyzing the problem of classifying the act of awarding a medal as an administrative decision, first of all, one should define the following:

1. Whether the legal grounds for awarding a medal are administrative law regulations and whether it is an act addressed to the outside of the public administration structures?
2. Whether awarding a medal is accompanied by defining the rights and obligations of this decision's addressee?
3. Whether the addressee of the medal awarding decision will always be an individually defined entity?

The answer to the above questions will enable us to resolve another one that refers to defining the rights of the participants in this procedure (in their course or upon their completion).

Ad 1

The regulations that give the President of Poland the right to award medals and decorations are contained in the Constitution of Poland of 2nd April 1997.² Pursuant to art. 138 and 144, section 3 item 16 of the Constitution, this right is a special prerogative of the head of the state,

² Journal of Laws of 1997, No. 78, item 483 and Journal of Laws of 2001, No. 28, item. 319.

the execution of which takes the form of a decision that does not need to be countersigned by the Prime Minister. The relation between the individual (a Polish citizen or a foreigner, including also a military formation or a place in the case of some medals and decoration) and the authority acting on behalf of the state is defined by the Act on medals and decorations. The regulations are the norms of the commonly applied administrative law, because it is on their basis that a typical administrative and legal relation is established. Its fundamental features include the following: the authority of one of the parties (to this relation), and what follows – no equality between the parties that participate in it.

A person to be awarded a medal is every Polish citizen (as well as a foreigner), whose merits and outstanding achievements justify this award. Thus, it cannot be said that the act of awarding a medal is an act of the internal nature. Outstanding achievements in the service for the country within the framework of the function performed in the public administration are not rewarded here. The decision made in relation to an official will be of external character towards them, as their civic behaviour is rewarded and not their services to their employer. The latest amendments to A.M.D. reflect this opinion. As results from art. 3 section 1 and 2 of the Act (as per the content of 10th October 2007), medals cannot be awarded to officials in managerial positions while they hold the position, as well as to the members of Parliament and senators during their seat. Of course, the amendment should be read as an example of the correctly understood medal awarding policy, with this term having been used by prof. Szreniawski. It is an important factor in establishing the correct interpersonal relations, which influences the activation of citizens and groups of citizens in the right direction, the effective and supported by the society activities of the state authorities, particularly of the public administration apparatus. According to the author, the principles of awarding medals (medal awarding policy) should be closely related to the actual achievements and accomplishments of the persons awarded in their service to the state and society, and not to their performance of the tasks within their regular obligations resulting from their professional work, or to their various connections, e.g. political or social ones, with the applicants. Undoubtedly, the change is to strengthen the social belief in the existence of objective criteria for awarding medals. It is also an execution of the constitutional principle of citizens' equality as regards access to medals.

Ad 2

Decorating with the majority of medals (and decorations) takes the form of a decision, which is then published in "Monitor Polski"- the Official Journal of the Republic of Poland. The publication of the President's decision may be abandoned in cases of important state interest. Therefore, it should be considered whether the publishing of this act brings more rights and obligations to its addressee.

The opponents of the view that assumes the decision of the President of Poland to change the legal situation of the person awarded think that when the decision is published, it is only a confirmation of some factual state of civil or military merits, civic virtues, outstanding achievements, or the fact of having been married for fifty years. A recognized Polish constitutionalist, prof. Piotr Winczorek states that: "being awarded a medal or decoration is not an individual's subjective right, but an honourable reward"³. This is confirmed by another great authority on constitutional law, prof. Paweł Sarnecki. He claims that „awarding a medal

³ P. Winczorek: Komentarz do Konstytucji z dnia 2 kwietnia 1997 roku, Warszawa: Liber, 2000, 321, ISBN: 83-7206-048-7, page: 183.

or decoration is not an administrative decision, even though legal regulations associated some privileges to being awarded a medal (e.g. retirement allowances)⁴. A more liberal view is presented by prof. Banaszak (also a representative of the constitutional law doctrine). He states that awarding a medal, despite being not an administrative decision, refers also to the sphere of the awarded person's entitlements⁵. Therefore, it is worth defining these entitlements and obligations that will be imposed on the person once they have been awarded a medal.

Pursuant to § 8 section 2 and 3 of the Resolution of 15th December 2004, a medal along with the identity card is presented to the person rewarded within six months following the decision of the President of Poland on awarding a medal or decoration Both of the items are free of any charge. Once presented with the medal and card, the person becomes the only holder of these items. Such person also acquires the right to bear the medal in situations that are closely defined. The situations are indicated in the regulations of the Resolution by the President of Poland of 10th November 1992 on the description, material, dimensions, drawing models, and the manner and circumstances of wearing medals and decorations (hereinafter referred to as the Resolution of 10th November 1992). Pursuant to § 18 of the Act, "medals and decorations are worn mostly during:

- 1) national celebrations with the participation of the President of Poland, Parliament Chairman, or the Prime Minister,
- 2) official ceremonies during national and military holidays,
- 3) presenting medals and decorations,
- 4) other national ceremonies, according to the recommendations included in the invitation".

The content of § 19 of the Resolution imposes on the holder the obligations of wearing a full distinction of the medal held (at least the oldest one) in the above situations. What is more, this obligation was defined in detail by other regulations of the Resolution, which describe the manner medals should be worn, as well as oblige the holder to dress suitably to the grandeur of presenting the medal. The decision on awarding a medal will also oblige the holder to abandon any activities disreputable for people honoured with this distinction (committing a deed that qualifies for taking up proceedings to deprive the person of the medal). Moreover, it is worth noticing that (pursuant to art. 61 § 1 of the Act of 20th May 1971. Petty Offences Code) unauthorized wearing of the medal in public places qualifies as an offence (with a fine up to PLN 1000 or a punishment of reprimand). It follows that the decision of the President of Poland on awarding a medal grants the person awarded the right to hold the medal, wear it in defined situations (obeying the obligation to adjust the outfit to the grandeur due to wearing a medal), and what is more, it cancels the possibility to punish the person holding a medal for the offence (due to no grounds for applying it).

⁴ P. Sarnecki in: L. Garlicki (red.): *Konstytucja Rzeczypospolitej Polskiej. Komentarz I*, Warszawa: Wydawnictwo Sejmowe, 1999, 530, ISBN: 83-7059-450-6, page: 268.

⁵ B. Banaszak: *Prawo konstytucyjne*, Warszawa: Wydawnictwo C. H. Beck, 2004, 760, ISBN: 83-7387-567-0 page: 608.

One cannot accept the opinion of prof. Winczorek, as well as prof. Sarnecki, who claim that awarding a medal is not equivalent to awarding them specific rights and obligations. I cannot agree with the view presented by prof. Banaszak either. He refuses the resolution by the President of Poland the character of an administrative decision (as regards awarding a medal) due to the fact that the criteria for awarding medals and decorations are not clear, and the head of the state himself has much discretion in the scope of granting medals⁶. The author also claims that it is not possible for the person concerned to use any legal measures in order to question the decisions of the head of the state. He accepts, however, that awarding a medal refers to the sphere of rights of the person concerned and that this person may decide whether they will accept the award and whether and when they want to bear an external symbol of the distinction awarded to them (the right to refuse the medal is also granted to relatives of the person receiving the distinction posthumously). In spite of the fact that this declaration of will has not been defined in legal categories, it may, according to the author, bring a result of losing the effect of the President's Resolution towards the person awarded a medal.

Since the President's resolution on awarding a medal grants entitlements in the sphere of the rights and obligations of the person awarded a medal, cannot it have an influence on the shape of these entitlements in the course of the proceedings that awards the entitlements? This is about the right to make such a declaration of will with a legal effect that will result in public administration authorities' obligation to abandon the proceedings (before making a decision on the issue). Assuming that the above decision by the head of the state is an administrative one, and the regulations of A.M.D. that define the procedure of awarding medals are special regulations (*lex specialis*) to the general procedure regulations (stipulated by C.A.P.), such entitlement could be inferred from art. 105 § 1 C.A.P., which obliges the authority conducting the procedure to discontinue it, if it has become aimless. It needs emphasizing that there is a relation between the decisive authority and the beneficiary of the rights resulting from the future decision that is defined under the laws regulating the course of proceeding in a given case. The unclear criteria applied to state whether the merits of a citizen (as well as the achievements or civic virtues) are so outstanding as to award this person a medal are such for the person concerned as well. For various reasons, this person may not be interested in being awarded a medal. This person, presenting their standpoint while the proceedings are in progress, expresses their refusal to accept the entitlements awarded to them under the decision of the head of the state, and thus continuing the procedure will be pointless. Such petition should be treated as a request to discontinue the proceedings officially.

One needs to agree with prof. Banaszak that the person concerned has no entitlements to request to be awarded a medal. The proceedings are always initiated by the President of Poland. This does not involve the expression of will of the authority itself (the will to undertake the proceedings of its own accord), but the absence of legal interest on the part of the entities applying for initiating the procedure). However, assuming that the medal awarding decision is an administrative one, the person concerned will have the right to apply for reviewing their case (pursuant to art. 127 § 3 C.A.P.) and to complain about the decision of the administrative court. A consequence of this assumption will be the possibility of moving this act, also in case when the person concerned is willing to change the decision of the President of Poland refusing them to a medal.

Ad 3

⁶ Ibidem, page: 607.

When deeming the medal awarding act to be an administrative decision, one should consider whether its addressee will always be an individually defined entity. As mentioned before, the addressees of the decisions by the President of Poland may be both Polish citizens and foreigners. What will decide on a given person acquiring the rights and obligations resulting from holding a medal is their legal capacity, which lasts from birth to death. The regulations of A.M.D. stipulate some exceptions to this rule:

- 1) Pursuant to art. 7 medals and decorations can be awarded posthumously (the medal is received by the relatives of the deceased),
- 2) in case of one medal - the Silver Cross of the Virtuti Militari Order – it can be awarded to a military formation or place (pursuant to art. 11 section 4 A.M.D.).

The above situations may lead to the conclusion that a medal awarding decision is not the administrative one, as it is given in relation to: A physical person that has a legal interest and capacity to be awarded the rights and obligations under administrative law regulations, so the person has to be alive at the moment of issuing the act. Otherwise, the decision will be made invalid because taken with a violation of law regulations (art. 156 § 1 item 2 C.A.P.)⁷. However, it is worth considering the possibility of the relatives of the deceased, to whom the medal awarding decision is to refer, holding a legal interest in this case. I believe that it is possible to infer it from the law regulations, which are termed as the basic human rights in science. Pursuant to article 17 section 1 of the International Covenant on Civil and Political Rights of 1966,⁸: „no person should be prone to unauthorized or illegal interference in their private or family life, home or correspondence, or to illegal attempts on their honour and good reputation". The initiative of conducting the procedure in the case of awarding a medal to a deceased citizen should be conducted upon the consent from this person's family members. Having no such consent, the persons in charge of the proceedings interferes with the family life of the surviving relatives of the person to whom the decision is to refer. Furthermore, as claimed by prof. Piasecki in his comment to art. 23 of the Civil Code, among the rights that has not been listed in the content of the article and that make so called personal good, one should mention also the emotional sphere associated to the commemoration of the deceased⁹, which as stated by the Supreme Court in its sentence of 12th June 1968¹⁰ may be subject to legal protection based upon art. 23 and 24 of the Civil Code. Therefore, the participation of the nearest family in the proceedings aiming to award a medal to the deceased and the right to express their will in this matter seem justified due to their personal legal interest related to the protection of the cult of the deceased and law regulations regarding the protection of family life.

Certain human community cannot be the address of an administrative decision either. The addressee may be only a physical person, who is the representative of this community.

⁷ The thesis was expressed in the judgment by the SAC in Warsaw on 27th April 1983 (File record no: II SA 261/83, published in: „Orzecznictwo Sądów Polskich” z 1984 r., zeszyt 5, poz.108).

⁸ Journal of Laws of 1977r., no 38, item 167.

⁹ K. Piasecki: Kodeks cywilny. Księga pierwsza. Część ogólna. Komentarz, Warszawa: Wydawnictwo Zakamycze, 2003, 484, ISBN: 8373332847, page: 56.

¹⁰ File record no.: I CR 252/68, published in : „Orzecznictwo Sądu Najwyższego Izby Cywilnej” z 1970r., zeszyt 1, poz. 18.

The Supreme Administrative Court in Warsaw, in its sentence of 27th May 1988,¹¹ stated that an administrative decision resolves in each case the rights or obligations of the parties, and not of the people who are directly interested in resolving the matter. Mentioning a place or a fighting formation as the addressee in the administrative act makes it impossible to qualify it as a resolution that is a result of a general administrative procedure. As regards the possibility of issuing an administrative decision on awarding a medal to a place, one should consider how the term "place" should be understood. If it is a commune (rural or municipal), it is also a legal entity (as stipulated by the law). It may be regarded as a local government unit, which is not such an entity (on the condition that this is a result of the commune council's resolution). The entities defined in this way, as stipulated by art. 29 C.A.P., may be parties to administrative proceedings, and at the same time the addressees of administrative decisions.

Making an attempt to define the legal status of a „fighting formation”, one should reach to the law of the Act of 21st November 1967 on common obligation to defend the Republic of Poland. Despite the absence of the definition of the term itself: „a fighting formation” can be understood as „a military unit”, and thus such organizational unit, which makes part of the Armed Forces and functions based on the post granted by the Minister of National Defence. Moreover, it has a defined internal structure and appropriate equipment. It has the right to use its official seal with the national emblem of Poland and the name (number) of the unit. Hence, it is a state organizational unit, which does not hold legal personality, and as such can, in accordance with art 29 C.A.P., be a party to an administrative procedure.

The supporters of the opinion that refuses the medal awarding decision the character of an administrative decision could point out that there can be a situation in which the proceedings will regard a place being neither a commune nor commune assistance unit (so such that is not a local government unit without legal personality). Then, the addressee of the proceedings becomes their subject. Taking „a fighting formation” for a military unit may be, according to them, pointless, because the legal regulations on medals and decorations do not specify this term by recalling to General regulations that could be used for defining this term. Yet, will such a definition of the entities mentioned here improve the understanding of what actually are the medal awarding proceedings? Their administrative nature is beyond any doubt. Why should it not be deemed as one of the special administrative proceedings, which characterize with special solutions due to the result, with the regulations of C.A.P. to be applied?

The Resolution by the President of Poland on awarding a medal bears all the features of an administrative decision. It is a decisive and unilateral declaration of will, which defines the legal situation of a specific addressee in their administrative case. The addressee acquires the right to hold the medal, wear it particularly during important national ceremonies. At the same time, the addressee is obliged to behave in the manner that is proper for a person awarded a medal. The acquisition of this right discharges the person from the legally defined ban on bearing a medal without a legal title as this person has acquired this title by means of a decision. No definition of the means to verify a medal awarding decision (particularly a refusal to award a medal) can be reconciled with the content of art. 78 of the Constitution of Poland of 2nd April 1997, which stipulates that „each of the parties has the right to appeal against the judgements and decisions of the first instance The exceptions to this principle and

¹¹ File record no: IV SA 164/88, published in: Smoktunowicz E., Kijowski D., Mieszkowski J.: Postępowanie administracyjne, podatkowe i administracyjnosądowe, Warszawa: Wydawnictwo Prawo i Praktyka Gospodarcza, 2001, 944, ISBN: 83-87611-14-X, pages: 203-204.

the course of appeal are defined by the act." It should be added that the regulations of A.M.D. do not even define exceptions this general rule (none of the regulations mentions that the resolutions awarding a medal are final). The gap could be filled by classifying the discussed resolutions of the President of Poland as administrative decisions, which would allow the person concerned to use the right of petitioning for reviewing the case (due to the fact that there is no higher authority over the President of Poland) and it would ensure the person appealing to the administrative court. It seems that the regulations of the Act on medals and decorations should include a regulation that would provide the possibility of applying C.A.P. to the proceedings conducted on its basis. Such a construction is predicted for example in art. 29 section 1 of the Act of 14th March 2003 on scientific degrees and scientific titles as well as on degrees and titles in art. Awarding a scientific title is also a distinction for scientific and didactic achievements. Hence, comparing these two acts and the suggestion to consolidate the proceedings of granting awards within the framework of administrative proceedings seems justified. The proposal seems just as the editing of the act on medals and decorations is very general, particularly when it comes to defining the boundaries of the President's discretion, both in awarding medals and decorations.

Literature:

- K. Piasecki: Kodeks cywilny. Księga pierwsza. Część ogólna. Komentarz, Warszawa: Wydawnictwo Zakamycze, 2003, 484, ISBN: 8373332847,
- Sarnecki in: L. Garlicki (red.): Konstytucja Rzeczypospolitej Polskiej. Komentarz I, Warszawa, Wydawnictwo Sejmowe, 1999, 530, ISBN: 83-7059-450-6,
- Smoktunowicz E., Kijowski D., Mieszkowski J.: Postępowanie administracyjne, podatkowe i administracyjnosądowe, Warszawa: Wydawnictwo Prawo i Praktyka Gospodarcza, 2001, 944, ISBN: 83-87611-14-X,
- P. Winczorek: Komentarz do Konstytucji z dnia 2 kwietnia 1997 roku, Warszawa: Liber, 2000, 321, ISBN: 83-7206-048-7.

Contact – email

michalpater@wsap.edu.pl

VEŘEJNÁ SLUŽBA A SYSTÉMY VEŘEJNÉ SLUŽBY

JITKA PĚKNÁ

Národohospodářská fakulta, Vysoká škola ekonomická, Česká republika

Abstrakt v rodném jazyce

V tomto příspěvku je nastíněn pojem "veřejná", resp. "státní služba", jsou uvedeny principy, ze kterých státní služba vychází, a jsou rozebrány systémy veřejné služby (karierní, meritní), včetně jejich předností a nedostatků. V příspěvku jsou zmíněny i poměry v České republice včetně okolností plánované nabytí účinnosti nového služebního zákona a poměry v jiných státech obecně. Příspěvek se dále věnuje nástinu služebního poměru.

Klíčová slova v rodném jazyce

Veřejná služba, karierní systém, meritní systém.

Abstract

There is described the term "public", respectively the term "state service" in this contribution, the principles from which the state service comes are named, and the systems of public service (career and merit) are analysed including their advantages and disadvantages. The conditions are mentioned in the Czech Republic including the circumstances of a planned entry into the effect of new service law, and conditions in other states in general terms. The contribution is also devoted to the outline of the service law.

Key words

Public service, career system, merit system.

1. K POJMU VEŘEJNÉ, RESP. STÁTNÍ SLUŽBY

Pojem „veřejná služba“ můžeme považovat za termín, který označuje právní postavení veřejných zaměstnanců. V současném pojetí se veřejná služba vztahuje hlavně k právnímu postavení „civilních zaměstnanců veřejné správy“.

Za veřejné lze považovat ty zaměstnance, kteří mají zaměstnanecký (či obdobný) poměr ke státu nebo jinému veřejnoprávnímu zaměstnavateli. Takový zaměstnanecký poměr má tyto znaky, jako trvalost, spočívající v odborném zajišťování veřejných úkolů. Za další znak lze považovat placení zaměstnanců z veřejných prostředků.

Pojem státní služba se používá k označení právních poměrů zaměstnanců působících ve státní správě, případně v dalších institucích. Může znamenat i okruh těchto zaměstnanců nebo jejich činnost. Platí tyto principy:

- princip demokratického a právního státu – tzn. že např. zaměstnanci musí dodržovat právní a služební předpisy
- princip politické nestrannosti a zdrženlivosti – tj. omezení některých politických práv státních zaměstnanců po dobu výkonu služby
- princip nestrannosti a bezúhonnosti – tj. výkon státní služby musí být nezávislý na vnějších tlacích

- princip otevřenosti – tzn. že státní služba musí zajistit všem zájemcům o službu, kteří splňují dané požadavky pro její výkon, stejné podmínky
- princip stability – právní úprava státní služby má být nastavena tak, aby v úřadech pracovali kvalifikovaní státní zaměstnanci. Je tedy zapotřebí vytvořit státním zaměstnancům podmínky, aby byli motivováni k setrvání ve službě co nejdéle. Stabilní státní služba na druhou stranu zvyšuje riziko uzavřenosti a izolovanosti.

Postupem doby (především v souvislosti s utvářením právního státu) se vytvářely různé systémy veřejné služby. V současné době se ve správně-právní teorii rozlišují dva základní systémy této veřejné služby, v oblasti správně-právní praxe lze hovořit o třech systémech:

1. karierní systém

Tento systém spočívá na zákonné úpravě služebních vztahů – v tomto systému jde o právně garantovaný trvalý služební poměr, který spočívá v celoživotní profesionální dráze ve státní službě, a také o garantovaný služební a platový postup. Karierní systém je koncipován tak, že je výhodné setrvat ve veřejné službě jako v celoživotním zaměstnání. Noví zaměstnanci jsou do služby přijímáni na nástupní pozice, na začátek své kariéry, v níž jsou postupně povyšováni, splňují-li zákonem nebo jiným předpisem stanovené předpoklady pro postup, nebo-li povýšení. Výhodou tohoto systému je poměrně profesionální, loajální a zkušený aparát.

V karierním systému je státní služba rozdělena do několika úrovní, které se dále člení do jednotlivých stupňů, přičemž každá úroveň předepisuje vlastní požadavky na kvalifikaci. V rámci tohoto systému existuje zajištěný služební postup do vyšších služebních tříd, a to na základě uplynutí služebních let. Výběr uchazečů o státní službu se řídí striktními pravidly. Najímání nových státních zaměstnanců se děje prostřednictvím výběrových řízení pouze na nejnižší stupeň, na vyšší stupně může tento zaměstnanec postoupit. Mezi jistá omezení státních zaměstnanců ve službě patří např. výrazné omezení nebo úplný zákaz vedlejší výdělečné činnosti, omezení práva na stávku, omezení politické aktivity při výkonu služby, neumožnění kolektivního vyjednávání a uzavírání kolektivních smluv. Jako kompenzace jsou státním zaměstnancům ve službě nabízeny automatické funkční a platové postupy ve službě či různé příspěvky např. na ošacení při výkonu služby apod. Uvedený systém se využívá např. ve Francii, Rakousku, Německu či v Polsku

V souvislosti s karierním systémem se rovněž často hovoří o tzv. „definitivě“. Definitivou se označuje zásadní nevypověditelnost služebního poměru ze strany zaměstnavatele. Ve své čisté podobě se v současné době uplatňuje pouze v některých státech (např. Belgie, Francie, Německo, Rakousko) a většinou jen pro omezenou kategorii úředníků.

Kladem karierního systému je hlavně stabilita výkonu služby, její profesionalita a nezávislost na politickém prostředí. Nedostatkem je především uzavřenost, strnulost státní služby, která je dána jistotou postupu podle odsloužených let. Státní zaměstnanci ve většině případů postrádají motivaci k vyšším pracovním výkonům, k sebevzdělávání, klesá jejich vlastní aktivita. Další nevýhodou se jeví to, že na nejvyšše postavená místa se dostávají až lidé vyššího věku, což je dáno postupným postoupením z nižšího stupně do vyšších stupňů na základě odsloužených let.

2. meritní systém (též nazývaný poziční)

Základem tohoto systému je katalog služebních míst, tj. jakýsi podrobný přehled zaměstnaneckých míst, která jsou systemizována s popisy jednotlivých činností. Tak je sestaven široký registr jednotlivých pracovních míst a pro každé místo jsou detailně určeny popisy práce. Na každé takto katalogově určené místo se může v rámci výběrového řízení hlásit jakýkoliv uchazeč, přičemž o jeho přijetí rozhodují pouze jeho schopnosti, kvalifikace a pracovní výsledky, bez ohledu na to, kde předtím zájemce působil. V „meritním systému“ (merit system) byl původně zaměstnanec povyšován podle svých zásluh, nikoliv automaticky ze zákona. Pro tento systém se později vyvinul termín „poziční systém“ (position system), podle něhož se na určité místo (pozici) přijímal uchazeč, pokud měl pro její výkon požadované předpoklady (myslí se dovednosti, znalosti).

Služba se zakládá smlouvou, a sice na dobu, která může být časově ohraničená či neohraničená. Neexistují v tomto systému žádné garance kariéry. Daný systém bere v úvahu fluktuaci mezi veřejným a soukromým sektorem a mezi jednotlivými úrovněmi.

Výhodou tohoto systému je jeho dynamičnost, flexibilita při náboru zaměstnanců a obsazování pracovních míst, řízení odměn na základě zásluhovosti a menší finanční náklady. Neexistují ale téměř žádná kompenzační opatření, přesto politika odměňování je předurčena takovými podmínkami, které jsou schopné nalákat občany ke vstupu do státní služby. Velikým mínusem je těžké měnění seznamu pracovních míst a jejich popisu činností. Další nevýhodou je nízká stabilita a vyšší provázanost s politickým prostředím.

Tento systém je v současné době praktikován především v severských zemích (Nizozemsko, Dánsko, Finsko, ale především Švédsko). Zaměstnanecké vztahy se řídí smlouvou a předpisy, které vyjadřují specifika výkonu veřejné služby v nezbytném rozsahu. Tak jako každý systém má i tento své výhody i nevýhody. Do skupiny výhod je teorií řazena větší pružnost a přizpůsobivost aktuálním potřebám či výkonnost a soutěživost, do skupiny nevýhod pak větší fluktuace zaměstnanců nebo menší stabilita celkového směřování úřadu.

3. Kombinace výše uvedených systémů

Lze ještě hovořit o třetím systému, či přesněji o třetí kategorii veřejné služby, kterou je kombinace kariérního a smluvního systému. Dá se říci, že v dnešní době se základní prvky obou systémů vzájemně prolínají, takže vznikají systémy spíše smíšené, kde převažují buď prvky kariérního nebo meritního systému.

2. STÁTNÍ SLUŽBA V JINÝCH ZEMÍCH

Odkazy na státní službu bývají upraveny v samotných ústavách, čímž je zdůrazněn veřejnoprávní charakter služebních poměrů státních zaměstnanců. Co je však odlišuje, je jak rozsah, tak i obsah jednotlivých právních úprav. Bližší podmínky služebních poměrů státních zaměstnanců definují zákony a popřípadě prováděcí předpisy či služební předpisy státních úřadů. Zaměstnanci státu vykonávající mocenské a správní činnosti jsou v různých státech různě označováni a do svých funkcí jmenováni. Ostatní zaměstnanci veřejných služeb či zaměstnanci obecních (územních) samospráv na všech stupních bývají přijímáni do služby buď jmenováním, nebo na základě pracovní smlouvy. V mnoha evropských zemích je běžné, že zaměstnanci ve veřejných službách podléhají zvýšené povinnosti a mnohým omezením při výkonu své služby. Na druhé straně byla přijata jistá dorovnávací opatření, která souvisí se

stanovením větší nebo menší míry jistoty státního úředníka před propuštěním (mám na mysli tzv. definitivu), výhod v nemocenském či důchodovém zabezpečení.

Obsah zákonů o státní službě v jednotlivých zemích je spjat se služebními záležitostmi, které se týkají vzniku a průběhu služebního poměru, principiálních povinností státních úředníků, k nimž se řadí např. povinnost vykonávat službu osobně, řádně a svědomitě, povinnost rozhodovat a jednat nestranně, a to v zájmu společnosti, povinnost dbát zákona a ostatních právních předpisů a služebních příkazů, povinnost mlčenlivosti o věcech, o kterých se úředník při výkonu služby dozvěděl, povinnost složit stanovený služební slib apod. Dále jsou vytvořeny příkazy, které omezují výdělečnou činnost, které zakazují přijímat jakékoliv dary a výhody a které omezují současné zastávání některých služebních míst a funkcí. Dále obsah zákonů o státní službě v jednotlivých zemích souvisí s vymezením služebních práv, např. se jedná o právo na služební postup po splnění stanovených podmínek, právo na vyšší kvalifikaci, právo účastnit se rozhodovacího procesu ve věcech organizace státní správy, právo na zastupování při řízení o personálních záležitostech atd.

V rámci Evropské unie není tedy předepsán jednotlivým zemím jednotný systém státní služby. Ústředním pilířem, který je položen jako základní prvek úpravy státní služby v zemích Evropské unie je účelná a na občany orientovaná státní služba. A navíc právní postavení zaměstnanců má stanovit zákon nebo jiný právní nástroj.

3. PRÁVNÍ ÚPRAVA VEŘEJNÉ SLUŽBY V ČR V SOUČASNOSTI

V Ústavě ČR nalezneme v článku 79 odst. 2 ustanovení, že – „Právní poměry státních zaměstnanců v ministerstvech a jiných správních úřadech upravuje zákon.“ A právě tímto institucionálním vymezením a personální působností je určen předmět právní úpravy služebního zákona (viz níže). To znamená, že se vztahuje výlučně na ministerstva, ústřední orgány státní správy a jiné správní úřady a na státní zaměstnance a na zaměstnance, kteří v nich vykonávají státní správu jako službu pro veřejnost. Dále mohou být vymezeny základní ústavní principy veřejné služby (rovný přístup k veřejným funkcím – čl.21 odst.4 Listiny základních práv a svobod, uplatňování veřejné moci jako služby všem občanům – čl.2 odst.3 Ústavy České republiky, atd.).

Veřejnou službu upravují zejména následující zákony:

1. Zákon o službě státních zaměstnanců ve správních úřadech a o odměňování těchto zaměstnanců a ostatních zaměstnanců ve správních úřadech (služební zákon) – který má číslo 218/2002 Sb. v platném znění

Tento zákon tvoří základ právní úpravy veřejné služby. Upravuje např. služební poměry státních zaměstnanců, organizační věci státní služby, přípravu na službu, řízení ve věcech služby a odměňování státních zaměstnanců. Služební poměr státního zaměstnance podle zákona o státní službě je poměrem k České republice, nikoliv ke konkrétnímu úřadu. Takový poměr má charakter veřejnoprávního vztahu založeného jmenováním na služební místo v oboru služby a vznikajícího po složení slibu jmenovanou fyzickou osobou. Tím se odlišuje služební poměr státního zaměstnance od pracovního poměru všech ostatních zaměstnanců, který vzniká na základě dvoustranné smlouvy mezi zaměstnancem a zaměstnavatelem a je tedy vztahem soukromoprávním. Tímto zákonem se upravuje služební poměr pouze zaměstnanců „občanské státní služby“, neboť většina „uniformovaných“ zaměstnanců již status státních zaměstnanců má, a to na základě individuálních zákonů, jež

byly v průběhu 90. let minulého století vydány, např. pro příslušníky Policie ČR, příslušníky Vězeňské služby ČR, pro vojáky z povolání apod.

Náš služební zákon považuje státní službu jako službu v systému kariérním. Toto tvrzení lze podpořit několika fakty – existence zvláštního veřejnoprávního zákona (myslí se SZ), ale také celková koncepce této služby v praxi. Přijímání do přípravy na službu a do služby, jakož i změny služby se sice váží k určitému služebnímu místu (což by mohlo být považováno za prvek pozičního systému), nicméně mnohem silnější je zde vazba na službu jako takovou. Při obsazování služebních míst mají přednost dosavadní zaměstnanci, a to i z jiného oboru služby. Zaměstnanec, který nemůže dočasně vykonávat službu, je za podmínek stanovených zákonem suspendován, nikoliv ze služby propuštěn. Jak je vidět, i zde se jedná spíše o systém smíšený, ovšem s převahou prvků kariérního systému.

Subjekty služebních vztahů jsou státní zaměstnanci a stát. Stát zde vystupuje jako právnická osoba, zastoupená služebními orgány, příp. dalšími osobami na základě zákona, které vystupují jménem státu. Státními zaměstnanci jsou pak podle služebního zákona fyzické osoby, které splňují zákonem stanovené předpoklady, absolvovaly přípravu na službu, byly do služby jmenovány a složily předepsaný služební slib.

Zákon ve svých ustanoveních stanoví množství povinností. Řádné plnění povinností státních zaměstnanců tvoří obsah „služební kázně“, přičemž za její porušení nese zaměstnanec kárnou odpovědnost. Mezi základní povinnosti státního zaměstnance patří např. povinnost vykonávat službu (myslí se plnit úkoly osobně, řádně a včas, vykonávat službu v mezích svého oprávnění apod.), povinnost věrnosti ČR, povinnost dodržovat služební předpisy apod.

Služební zákon je platný od 28. 5. 2002. Úplná účinnost služebního zákona, která měla nastat 1. 1. 2004, byla nejprve odložena k 1. 1. 2005, pak k 1. 1. 2007, pak k 1. 1. 2009 a naposled k 1. 1. 2012. Opakované odkládání plné účinnosti služebního zákona bylo zdůvodňováno vysokou finanční náročností, resp. nedostatkem finančních prostředků na jeho realizaci, dále náročnou administrativou.

Služební zákon má za cíl, aby Česká republika měla kvalitní státní správu, kterou potřebuje, a vytváří základ pro kvalitativní přeměnu nynější státní správy ve veřejnou službu nejvyšší kvality. Cílem jednotlivých průběžných změn je uplatnit jednotný způsob řízení státní služby, který má mj. prosadit zásadu co největší hospodárnosti, a to převážně, jde-li o počet zaměstnanců.

2. Zákon o úřednících územních samosprávných celků a o změně některých zákonů – který má číslo 312/2002 Sb. v platném znění

Na rozdíl od státní služby se právní poměry zaměstnanců územních samosprávných celků řídí zákoníkem práce, nestanoví-li zvláštní zákon jinak. Tito úředníci jsou v pracovním poměru k územnímu samosprávnému celku. Zvláštní zákon, kterým je výše uvedený zákon č. 312/2002 Sb. o úřednících územních samosprávných celků a o změně některých zákonů, vnáší do pracovní právní regulace těchto poměrů veřejnoprávní prvky (např. zvláštní předpoklady pro způsobilost zastávat funkci, výběrové řízení jako podmínka uzavření pracovní smlouvy apod.). Potřebnost zákonné úpravy poměrů samosprávných úředníků je dána nejen obecnými požadavky (např. jednotnost a koordinovanost územní samosprávy),

ale hlavně tím, že tito úředníci vykonávají vedle samosprávné funkce též přenesenou státní správu

Uzavření pracovní smlouvy předchází veřejná výzva. Pro jmenování do vedoucích funkcí a pro vznik pracovního poměru v úřadech, v nichž se koncentruje výkon státní správy (zejména krajské úřady, ale i OÚ obcí s rozšířenou působností nebo pověřené obecní úřady) je nezbytným předpokladem výběrové řízení. Pracovní poměr se zásadně uzavírá na dobu neurčitou, což podporuje stabilitu zaměstnání. Odvolání z vedoucí funkce je možné jen ze zákonných důvodů. Zákon řeší ve své druhé části i další vzdělávání úředníků.

ZÁVĚR

Cílem tohoto příspěvku bylo zamyslet se především nad podstatou karierního a meritního systému a dotknout se českého služebního zákona, jehož plná účinnost se neustále odkládá.

Literatura:

- Alinče, F., Tomší, I.: Katalog prací: Uplatňování podle povolání a platových tříd ve veřejných službách a správě od 1. 1. 2006. Olomouc: ANAG, 2005
- Kocourek, J.: Odměňování zaměstnanců ve veřejných službách a správě. Praha: C. H. Beck, 2007, 132 str., ISBN 978-80-7179-615-2
- Lacina, K.: Evropské systémy veřejné správy. Praha: Vysoká škola finanční a správní, 2005, 123 str., ISBN 80-86754-37-5
- Rýznar, L.: Systémy veřejné a státní správy ve vybraných zemích Evropské unie. Praha: Parlament ČR, 1998
- Trykar, L: Služební poměr státních zaměstnanců. Praha: Leges, 2008, 176 str., ISBN 978-80-87212-05-9
- Veselá, M.: Státní služba. Brno: Masarykova univerzita, 1997, 115 str., ISBN 80-210-1660-4

Kontaktní údaje na autora – email:

peknej@vse.cz

NĚKOLIK POZNÁMEK K MOŽNOSTI ÚHRADY REGULAČNÍCH POPLATKŮ Z ROZPOČTŮ ÚZEMNÍCH SAMOSPRÁVNÝCH CELKŮ

PETR POSPÍŠIL

Právnická fakulta Masarykovy univerzity, Česká republika

Abstrakt v rodném jazyce

Předmětem předkládaného příspěvku je aktuálně diskutovaná otázka možnosti úhrady regulačních poplatků z rozpočtů územních samosprávných celků. V úvodu jsou rozebírány možnosti naplňování slibů, které byly voličům dány v letošních krajských volbách. Východiskem příspěvku je platná právní úprava vztahující se k problematice regulačních poplatků, tj. zejména zákon č. 48/1997 Sb., o veřejném zdravotním pojištění, ve znění pozdějších předpisů. V příspěvku jsou naznačeny některé postupy, jimiž by dle práva mohlo být dosaženo splnění předvolebních slibů, konkrétně možnost poskytování darů či dotací pacientům nebo převzetí jejich závazku zaplatit poplatek krajem. V závěru příspěvku je pak poukazováno na některé obtíže, s nimiž je nezbytné v souvislosti s úhradou regulačních poplatků za pacienty krajem počítat.

Klíčová slova v rodném jazyce

Regulační poplatky, územní samosprávný celek, kraj, zdravotnické zařízení, příspěvková organizace, dar, dotace, převzetí dluhu, rada kraje, hejtmán kraje, plná moc, smlouva.

Abstract

The subject of proposed contribution is at present discussed question of possibility of regulation fee payment from the budget of self-governing territorial unit. There are analysed some pre-election promises of political parties and possibilities of their observance in the opening part of the contribution. The main starting points of presented ideas are the current legal regulation of Czech administrative (health) law defining the conditions of regulation fee payment as a duty of patients. The contribution deals with some possible methods of realizing mentioned above pre-election promises. I point out some troubles which must be noted during the process of regulation fee payment from the budget of regions.

Key words

Regulation fees, self-governing territorial unit, region, health service, allowance organization, gift, grant, assumption of debt, regional council, president of the region, procuration, contract.

1. ÚVODEM

Jako již několikrát dříve, i v nedávných krajských volbách, se jedním z klíčových předvolebních témat stalo zdravotnictví. Některé politické strany se zaměřily na „zastavení privatizace krajského zdravotnictví“ a také na „zrušení poplatků ve zdravotnictví“.¹ Vzhledem k výsledkům voleb lze očekávat, že nové politické reprezentace v rámci realizace svých volebních programů přistoupí v krajích k naplňování uvedených slibů.

Pominu-li odborné otázky o vhodnosti takového postupu a nebudu-li rozporovat používaný a poněkud sporný pojem „privatizace“, mohu konstatovat, že naplňování prvního z uvedených

¹ viz Volební program ČSSD – Program Naděje, str. 10, dostupný z www.cssd.cz

slibů v zásadě nepředstavuje právní problém, neboť změna právní formy, rušení nebo zakládání (zřizování) právnických osob je plně v dispozici příslušného kraje nebo obce.

Pokud jde o druhý z uvedených slibů, ten na první pohled vyvolává řadu otázek o samotné právní možnosti a případných způsobech jeho realizace. Především slib, tak jak byl formulován tj. „zrušení poplatků ve zdravotnictví“ je na úrovni krajů nerealizovatelný. Právní ani faktické „zrušení“ poplatků přímo krajským zastupitelstvem nepřichází v úvahu, když jejich právní regulace je obsahem zákonů přijatých Parlamentem České republiky. Krajské zastupitelstvo může v rámci svých pravomocí dle čl. 41 odst. 2 Ústavy České republiky využít zákonodárné iniciativy a předložit návrh zákona, kterým by se poplatky zrušily. Druhou iniciační možností krajského zastupitelstva je podání ústavní stížnosti podle čl. 87 odst. 1 písm. c) Ústavy, z důvodu (v této věci ne zcela zřetelného a spíše hypotetického) porušení zaručeného práva územního samosprávného celku na samosprávu nezákonným zásahem státu. Zastupitelstvo však již nemůže dále přímo ovlivnit osud těchto případně podaných návrhů, neboť rozhodování o nich přísluší Parlamentu České republiky resp. Ústavnímu soudu.

Už z vyjádření politiků v předvolebních debatách vyplynulo, že slib „zrušení poplatků ve zdravotnictví“ nelze brát tak zcela doslova. Na dotazy o konkrétním způsobu jeho splnění bylo odpovídáno buď zcela obecným konstatováním o „odpuštění poplatků pacientům v krajských nemocnicích“², k němuž se následně připojil dovětek o tom, že „třicetikorunový poplatek v ambulancích všech zdravotnických zařízeních, která patří kraji, místo pacientů zaplatí kraj“. Dle vyjádření nově zvolených představitelů některých krajů by se deklarované „odpuštění“ nemělo týkat šedesátikorunového poplatku za pobyt v nemocnicích³. Představitelé jiných krajů hovoří otevřeně o „odpuštění“ i tohoto poplatku. Jak je z těchto prohlášení zřejmé, naplňování politického hesla „stop poplatkům ve zdravotnictví“ pravděpodobně prozatím není podloženo relevantním právním rozbohem a postup v jednotlivých krajích může být odlišný.

2. CÍLE PŘÍSPĚVKU

Rozhodně není mým cílem v tomto příspěvku hromadit právní argumenty proti realizaci popsaneho záměru. Politická vůle všech nových krajských zastupitelstev je jasná a také voliči očekávají naplnění předvolebního slibu. Chtěl bych proto dále nastínit některé možné postupy a poukázat na případná právní úskalí, s nimiž bude nezbytné se při realizaci výše uvedeného zadání v praxi vypořádat. Vycházet přitom budu z toho, že úhrada poplatků se bude týkat pacientů v krajských zdravotnických zařízeních.

3. K PLATNÉ PRÁVNÍ ÚPRAVĚ REGULAČNÍCH POPLATKŮ

Právní normou, která platbu regulačních poplatků upravuje, je zákon č. 48/1997 Sb., o veřejném zdravotním pojištění a o změně a doplnění některých souvisejících zákonů, ve znění pozdějších předpisů (dále jen „zákon o veřejném zdravotním pojištění“). Právní úprava problematiky regulačních poplatků byla do tohoto zákona vkomponována s účinností k 1. lednu 2008 zákonem č. 261/2007 Sb., o stabilizaci veřejných rozpočtů. V ust. § 16a zákona o veřejném zdravotním pojištění je uvedeno, že pojištěnec, anebo za něj jeho zákonný zástupce,

² viz např. iDnes.cz, 18. května 2008 – Rath lanaří voliče: Odpuštíme vám poplatky krajských nemocnic, dostupné na www.iDNES.cz

³ viz např. ČESKÉ noviny.cz, 2. září 2008 – ČSSD slibuje zrušení poplatků v ambulancích krajských nemocnic, dostupné z www.ceskenoviny.cz

je povinen v souvislosti s poskytováním hrazené péče platit zdravotnickému zařízení v zákonem stanovené výši regulační poplatek. Zmiňovaný předpis také taxativně vymezuje případy, ve kterých se regulační poplatky nehradí nebo jejich úhrada není požadována. Výběr poplatků je zpravidla v ambulancích realizován přímo, u ústavní péče je jejich úhrada v souladu se zákonem požadována nejpozději do 8 kalendářních dnů po propuštění. Výjimku tvoří případy, kdy je nemocný hospitalizován po dobu delší než 30 dní a poplatky jsou pak hrazeny vždy k poslednímu dni každého kalendářního měsíce. Dle zákona o veřejném zdravotním pojištění je zákonnou povinností zdravotnického zařízení regulační poplatek od pojištěnce nebo jeho zákonného zástupce ve stanovených případech vybrat. Při zjištění opakovaného a soustavného porušování této povinnosti je zdravotní pojišťovna oprávněna tomuto zdravotnickému zařízení uložit pokutu až do výše 50 000 Kč. Pokutu je možno uložit i opakovaně. Při ukládání pokuty zdravotní pojišťovna přihlíží k závažnosti porušení, k míře zavinění a k okolnostem, za nichž k porušení povinnosti došlo. Pokutu lze uložit do jednoho roku ode dne, kdy zdravotní pojišťovna zjistila porušení nebo nesplnění povinnosti, nejdéle však do 3 let ode dne, kdy k porušení nebo nesplnění povinnosti došlo. Pokuta je příjmem zdravotní pojišťovny, která ji uložila. V krajním případě, po opakovaném udělení pokuty zdravotnickému zařízení, má zdravotní pojišťovna možnost bez výpovědní doby ukončit smlouvu o poskytování a úhradě zdravotní péče.

Z dikce zákona, dle mého mínění, poměrně jednoznačně vyplývá, že případné úplné osvobození pacienta od úhrady regulačního poplatku za poskytnutou péči (resp. jejich nevybrání) není možné (samozřejmě mimo zákonem daných výjimek). Dále je stanoveno, že je povinností pojištěnce nebo jeho zákonného zástupce poplatek zaplatit a také, že zdravotnické zařízení je povinno vybrat poplatek přímo od těchto osob. To v podstatě znamená, že dle zákona nelze pacienta z celého procesu vynechat (nepožadovat jakýkoliv jeho úkon) a převést peníze třetích subjektů (tzn. krajů) za pacientovi poskytnutou péči přímo zdravotnickému zařízení. Otázkou samozřejmě zůstává případná tolerance či netolerance zdravotních pojišťoven k takové praxi, pokud by se realizovala, resp. její prokazatelnost.

4. NÁSTIN NĚKTERÝCH MOŽNOSTÍ ÚHRADY REGULAČNÍCH POPLATKŮ ZA PACIENTY KRAJEM

Vstup „krajských peněz“ do procesu úhrady regulačních poplatků by zřejmě nejtransparentněji mohl probíhat formou vyplácení finančních prostředků konkrétním pacientům či jejich zákonným zástupcům, kteří by je následně uhradili příslušnému zdravotnickému zařízení. Poněkud komplikovaně a absurdně ale působí představa, že pacient se cestou do zdravotnického zařízení „zastaví“ na krajském úřadě, kde v pokladně (zřejmě s nepřetržitým provozem, aby si peníze mohli vyzvednout i návštěvníci nočních pohotovostí) obdrží příslušnou částku na úhradu regulačního poplatku a takto finančně vybaven bude plynule pokračovat do ambulance či nemocnice. Obtížná kontrolovatelnost, snadná zneužitelnost, komplikovaná vymahatelnost a další problémy spojené s takovým postupem jsou nabíledni.

Pro všechny zúčastněné strany by proto zřejmě bylo efektivnější uvedený postup obrátit, pacienta nechat poplatek zaplatit ve zdravotnickém zařízení a následně jej „poslat“ na krajský úřad, kde by mu byla příslušná částka, kterou na poplatcích zaplatil zdravotnickému zařízení, uhrazena. Pro zvýšení komfortu pacienta by tento nemusel na krajský úřad zamířit neprodleně po ošetření ve zdravotnickém zařízení, ale mohlo by být stanoveno časové období, za které by mohl žádat proplacení regulačních poplatků najednou při jedné návštěvě (pravděpodobně nejdéle za období jednoho roku zpětně).

Cesta finančních prostředků od kraje k pacientovi by v popisovaném režimu úhrady (ať by šlo o předběžné nebo následné proplacení z rozpočtu kraje) byla pravděpodobně možná formou daru nebo dotace. Každý takto poskytnutý dar či dotace musí projít účetnictvím (být účetně evidován). Darovací smlouva uzavíraná podle občanského zákoníku v případech, kdy nejde o nemovitost, nevyžaduje písemnou formu. V tomto případě by však zřejmě z hlediska zákonem požadované finanční kontroly ve veřejné správě⁴ byla písemná forma darovací smlouvy nezbytná. Převod finančních prostředků by mohl být realizován i formou dotace na základě uzavření dotační smlouvy. Dotační smlouva by umožňovala podrobnější nastavení práv a povinností obou stran včetně stanovení určitých kontrolních mechanismů.

Realizace uvedeného postupu by však zřejmě vyvolala problémy administrativního charakteru. Administrativní náročnost v případě darovacích i dotačních smluv je v podstatě stejná. Zejména je potřeba si uvědomit, že při stávajících počtech ošetřených (příp. hospitalizovaných) pacientů by bylo nezbytné na každém krajském úřadě vyčlenit určitý počet zaměstnanců pro administraci této agendy (jednání s pacienty, příprava smluv, účetní záležitosti). K růstu administrativy by došlo také v samotných zdravotnických zařízeních, neboť by jistě vzrostla četnost vystavování dokladu o zaplacení regulačního poplatku.⁵ Tento doklad by byl totiž nezbytný pro následné zaplacení (vrácení) regulačního poplatku na krajském úřadě.

V neposlední řadě nelze pominout ani skutečnost, že podle zákona č. 129/2000 Sb., o krajích (krajské zřízení), ve znění pozdějších předpisů, by rozhodnutí o poskytnutí daru nebo dotace v daném případě příslušelo radě kraje – rada by tedy stejně jako v jakémkoliv jiném případě měla rozhodovat o poskytnutí daru či dotace a až na podkladě tohoto jednoznačného rozhodnutí rady by mohla být uzavřena smlouva s konkrétním pacientem. Čistě hypoteticky lze dovozovat, že v případě poskytování dotace pacientovi na úhradu regulačního poplatku by se nemuselo jednat o rozhodování o dotaci v režimu ust. § 59 odst. 2 písm. a) krajského zřízení, ale o rozhodování o tzv. ostatní záležitosti patřící do samostatné působnosti kraje dle ust. § 59 odst. 3 s možností jeho svěřením hejtmánovi dle odst. 4.

Jakkoli se výše popisovaný mechanismus jeví jako realizovatelný, jeho administrativní náročnost a také určitá „nepohodlnost“ pro samotného pacienta jsou zřejmé. Proto mám zato, že je namístě hledat spíše jednodušší systém, který celou operaci „placení – neplacení“ regulačního poplatku omezí na kontakt mezi pacientem a zdravotnickým zařízením, aniž by pacient musel navštívit krajský úřad.

Zdravotnická zařízení zřizovaná kraji v právní formě příspěvkové organizace (těch je v Moravskoslezském kraji většina) jsou povinna při finančních vztazích respektovat zákon č. 250/2000 Sb., o rozpočtových pravidlech územních rozpočtů, ve znění pozdějších předpisů (dále jen „rozpočtová pravidla“). Podle ust. § 37 rozpočtových pravidel příspěvková organizace není oprávněna poskytovat dary jiným subjektům a rozpočtová pravidla rovněž

⁴ srov. zákon č. 320/2001 Sb., o finanční kontrole ve veřejné správě a o změně některých zákonů (zákon o finanční kontrole), ve znění pozdějších předpisů

⁵ srov. ust. § 16a odst. 6 zákona o veřejném zdravotním pojištění: Zdravotnické zařízení je povinno vystavit pojištěnci nebo jeho zákonnému zástupci na jeho žádost doklad o zaplacení poplatku s uvedením čísla pojištěnce (§ 40 odst. 3), výše regulačního poplatku, dne jeho zaplacení, otiskem razítka zdravotnického zařízení a podpisem osoby, která regulační poplatek přijala, a jde-li o zařízení lékárenské péče, též s uvedením názvu léčivého přípravku nebo potraviny pro zvláštní lékařské účely a výše doplatku, který se započítává do limitu podle § 16b odst. 1.

nepočítají s tím, že by příspěvková organizace mohla sama poskytovat jiným subjektům dotace nebo převzít závazek (dluh) jiného subjektu. Zdravotnické zařízení ve formě příspěvkové organizace tak fakticky nemůže samo za sebe ve vztahu k pacientovi přímo finančně řešit „vrácení“ či „nezaplacení“ regulačního poplatku. Domnívám se však, že by zdravotnické zařízení mohlo ve vztahu k pacientovi jednat jménem svého zřizovatele – tj. kraje.

Celý mechanismus by, dle mého mínění, mohl vycházet z toho, že rada kraje schválí materiál, který by byl nazván např. „Systém úhrady regulačních poplatků za pacienty ve zdravotnických zařízeních zřizovaných krajem“. Současně se schválením takového materiálu by rada kraje v rámci výkonu zřizovatelských funkcí⁶ uložila příspěvkovým organizacím tento systém realizovat včetně činění nezbytných právních úkonů jménem kraje (k tomu by příspěvková organizace obdržela od kraje plnou moc, anebo by vzájemný vztah kraje a příspěvkové organizace mohlo být ošetřeno smluvně). Systém by fungoval tak, že by pacient při návštěvě zdravotnického zařízení podepsal jednoduchou (formulářovou) smlouvu, která by svým obsahem v podstatě byla dohodou o převzetí dluhu dle ust. § 531 občanského zákoníku.⁷ Z této dohody by vyplývalo, že závazek pacienta uhradit regulační poplatek přebírá kraj, za nějž by dohodu na základě plné moci podepsal příslušný zástupce zdravotnického zařízení. Současně by dohoda obsahovala ustanovení o tom, že zdravotnické zařízení jako věřitel s převzetím dluhu pacienta krajem souhlasí. Dále by dohoda měla obsahovat prohlášení pacienta o tom, že souhlasí se zpracováním osobních údajů za daným účelem a také jeho prohlášení o tom, že celková výše jím zaplacených regulačních poplatků v kalendářním roce nedosáhla zákonem stanoveného limitu 5.000,- Kč.⁸ Jednalo by se tedy v podstatě o trojstranný právní úkon, v němž by zdravotnické zařízení jednalo jak za kraj, tak za sebe. Podpisem dohody bude záležitost úhrady poplatků pro pacienta skončena.

Následně bude nezbytné provést finanční operaci k faktickému přesunu prostředků za regulační poplatky z kraje na zdravotnické zařízení. Aby bylo možné při případné kontrole zdokumentovat uhrazení regulačního poplatku za konkrétního pacienta, bude vhodné provádět finanční vypořádání za určené období (např. měsíc) na základě faktury vystavené zdravotnickým zařízením, jejíž přílohou budou seznamy pacientů s uvedením výše regulačního poplatku. Fakturace bude, jak se domnívám, z hlediska kontroly transparentnější, a tedy vhodnější než prosté navýšení příspěvku na provoz.

⁶ srov. ust. § 59 odst. 1 písm. i) krajského zřízení: Radě je vyhrazeno vykonávat zakladatelské a zřizovatelské funkce ve vztahu k právnickým osobám, organizačním složkám, které byly zřízeny nebo založeny krajem nebo které byly na kraj převedeny zvláštním zákonem, včetně jmenování a odvolávání jejich ředitelů a stanovení jejich platu a odměn; k tomu pravidelně jedenkrát ročně projednávat zprávu o jejich činnosti, o plnění jejich úkolů, pro které byly založeny nebo zřízeny, a přijímat příslušná opatření k nápravě.

⁷ srov. ust. § 531 občanského zákoníku: Kdo se dohodne s dlužníkem, že přejímá jeho dluh, nastoupí jako dlužník na jeho místo, jestliže k tomu dá věřitel souhlas. Souhlas věřitele lze dát buď původnímu dlužníku nebo tomu, kdo dluh převzal. Smlouva o převzetí dluhu vyžaduje, aby byla uzavřena písemnou formou.

⁸ srov. ust. § 16b odst. 1 zákona o veřejném zdravotním pojištění: Pokud celková částka uhrazená pojištěncem nebo za něj jeho zákonným zástupcem za regulační poplatky podle § 16a odst. 1 písm. a) až d) a za doplatky za předepsané ze zdravotního pojištění částečně hrazené léčivé přípravky nebo potraviny pro zvláštní lékařské účely, vydané na území České republiky, překročí v kalendářním roce limit ve výši 5 000 Kč, je zdravotní pojišťovna povinna uhradit pojištěnci nebo jeho zákonnému zástupci částku, o kterou je tento limit překročen.

V případě krajských zdravotnických zařízení, fungujících již v právní formě obchodní společnosti, odpadájí omezení vyplývající pro příspěvkové organizace z rozpočtových pravidel. Tzn., že zdravotnické zařízení by mohlo samo svým jménem poskytnout pacientovi finanční prostředky k úhradě regulačního poplatku, např. jako dar. Aby celá transakce nešla k tíži zdravotnického zařízení, bylo by i zde namístě zajistit transfer prostředků z rozpočtu kraje ke zdravotnickému zařízení. Převod finančních prostředků kraje jako jediného akcionáře do obchodní společnosti je obecně vnímán jako problematická záležitost, a proto by, dle mého mínění, bylo vhodné uvažovat i v případě obchodních společností s aplikací obdobného systému, jaký jsem výše nastínil pro příspěvkové organizace, tzn. spočívajícího v převzetí závazku pacienta krajem a následné fakturace.

5. KRÁTCE O MOŽNÝCH PROBĚMECH

Výše nastíněné možnosti postupu jsou popsány z úhlu pohledu kraje a vztahu k jim zřizovaným (zakládaným) zdravotnickým zařízením. Vycházím přitom z ryze pragmatického přístupu a jsem veden snahou nalézt konstruktivní a v praxi aplikovatelné řešení. Při realizaci jakékoliv formy systému úhrady regulačních poplatků za pacienty v krajských zdravotnických zařízeních je však třeba počítat s tím, že postup nebude bezproblémový a může být z právních i politických důvodů napadán.

Především je důležité, zda nakonec budou skutečně regulační poplatky propláceny pacientům pouze za ošetření ve zdravotnických zařízeních, jejichž zřizovatelem či zakladatelem je kraj. Jen pro představu, např. na území Moravskoslezského kraje bylo k datu 30. 9. 2008 registrováno 3081 zdravotnických zařízení (v tomto čísle jsou mimo nemocnic a léčeben zahrnuty také jednotlivé ambulance a lékárny). Přitom z tohoto počtu je jen 14 zdravotnických zařízení v přímé řídicí působnosti kraje. Ačkoliv jde jen o 14 zdravotnických zařízení, jejich význam v kraji je klíčový, neboť se většinou jedná o nemocnice poskytující komplexní ambulantní i lůžkovou péči a často provozující také lékárny.

Nabízí se tak otázka, zda postupem krajů nedojde k narušení hospodářské soutěže zvýhodňováním krajských zdravotnických zařízení oproti jiným subjektům na trhu a rovněž zda tento postup nebude naplňovat znaky nepřípustné veřejné podpory. Posouzení těchto otázek přísluší Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže, který se již předběžně vyjádřil tak, že pokud budou krajské úřady kompenzovat regulační poplatky přímo občanům a nikoliv zdravotnickým zařízením, k diskriminaci zdravotnických zařízení by dojít nemělo. Dále Úřad pro ochranu hospodářské soutěže předběžně konstatoval, že v případě koncipování úhrady poplatků jako příspěvku občanům by z hlediska veřejné podpory neměl vzniknout žádný problém.⁹ Každopádně bude vhodné využít deklarovanou ochotu Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže a konzultovat s ním před zavedením konkrétního systému, který by měl v daném kraji fungovat.

Možná ještě významnější než hledisko souladu s pravidly hospodářské soutěže či veřejné podpory je hledisko konformnosti postupu kraje s Listinou základních práv a svobod (dále jen „Listina“), a to zejména z hlediska rovnosti v právech deklarované v čl. 1 Listiny.¹⁰ Pacienti krajských zdravotnických zařízení budou reálně ekonomicky zvýhodněni oproti pacientům

⁹ Viz tisková zpráva „ÚOHS nabízí konzultace“ publikovaná pod č. 08/124/VP019 dne 21. října 2008 na www.compet.cz.

¹⁰ srov. čl. 1 Listiny: Lidé jsou svobodní a rovní v důstojnosti i v právech. Základní práva a svobody jsou nezadatelné, nezcižitelné, nepromlčitelné a nezrušitelné.

jiných zdravotnických zařízení a toto zvýhodnění může dosáhnout až částky 5.000,- Kč na jednoho pacienta ročně.¹¹ V takovém případě by mohlo dojít k řešení věci Ústavním soudem na základě ústavní stížnosti jednotlivce proti jinému zásahu orgánů veřejné moci do ústavně zaručených základních práv a svobod dle čl. 87 odst. 1 písm. d) Ústavy České republiky.

Literatura:

- Volební program ČSSD – Program Naděje, str. 10, dostupný z www.cssd.cz
- Rath lanaří voliče: Odpustíme vám poplatky krajských nemocnic, iDnes.cz, 18. května 2008, dostupné na www.iDNES.cz
- ČSSD slibuje zrušení poplatků v ambulancích krajských nemocnic, [ČESKÉ noviny.cz](http://CESKÉ noviny.cz), 2. září 2008, dostupné z www.ceskenoviny.cz
- „ÚOHS nabízí konzultace“ tisková zpráva publikovaná pod č. 08/124/VP019 dne 21.října 2008 na www.compet.cz

Kontaktní údaje na autora – email:

petr.pospisil@kr-moravskoslezsky.cz

¹¹ viz pozn.pod čarou č. 8

ROZHODNUTÍ, TZV. JINÉ ÚKONY A OPATŘENÍ OBECNÉ POVAHY

LUKÁŠ POTĚŠIL

Právnická fakulta Masarykovy univerzity, Česká republika

Abstrakt v rodném jazyce

Príspevok pojednáva o jednostranných verejnemocenských úkonech správnych orgánů vydávaných při výkonu veřejné správy. Věnuje se charakteristice správního rozhodnutí, tzv. jiných úkonů správních orgánů a opatření obecné povahy. Poukazuje přitom na jejich společné a rozdílné znaky, právní význam a proces jejich vydávání. Stranou nezůstává ani možnost soudní ochrany vůči těmto úkonům, souhrnně označovaným jako správní akty.

Klíčová slova v rodném jazyce

Správní orgán, rozhodnutí, tzv. jiný úkon, opatření obecné povahy.

Abstract

This entry deals with the unilateral and public power acts of the administrative bodies issued by the realization of public administration and focuses on the characteristics of administrative decision, so called other administrative acts and measure of general nature. The author adverts to their jointly and different character, legal relevance and legal procedure of their issue. Mentioned is also the possibility of wardship against these activities called as administrative acts.

Key words

Administrative body, decision, so called other administrative act, measure of general nature.

1. ÚVOD

Zatímco v uplynulých letech se pozornost vědy správního práva a správní vědy¹ převážně zaměřovala na reformu veřejné správy především v rovině jejích jednotlivých systémových součástí v podobě územní reformy a reformy organizace veřejné správy, v současné době se již oproti tomu pozornost čím dál tím více upíná na její poslední součást, kterou byla reforma činnosti veřejné správy.

Pomyslné vyvrcholení této zmíněné etapy představuje nabytí účinnosti nového správního řádu, zákona č. 500/2004 Sb., k datu 1. 1. 2006. Správní řád má být pomyslným kodexem činnosti veřejné správy,² čemuž odpovídá široké nastavení jeho rozsahu působnosti³ a dále i univerzálně nastavená působnost tzv. principů dobré správy, vycházející z § 177 odst. 1 správního řádu.⁴

¹ Samozřejmě stejně jako dalších disciplín, jejichž předmětem zájmu je veřejná správa, přičemž opomenout nelze ani správní praxi.

² Srov. Skulová, S. in Skulová, S. et al. Správní právo procesní. Plzeň : Aleš Čeněk, 2008, s. 11.

³ A to v kombinaci tzv. pozitivního vymezení obsaženého v § 1 odst. 1 správního řádu s tzv. negativním vymezením podle § 1 odst. 3 správního řádu.

⁴ Podle § 177 odst. 1 správního řádu se základní zásady činnosti správních orgánů uvedené v § 2 až 8 použijí při výkonu veřejné správy i v případech, kdy zvláštní zákon stanoví, že se správní řád nepoužije, ale sám úpravu odpovídající těmto zásadám neobsahuje.

Vedle rozsahu působnosti je třeba zmínit i na něj navazující vnitřní členění správního řádu, které zcela koresponduje snahám představovat základní právní úpravu regulující pravidla výkonu veřejné správy. V tomto ohledu, a pro účely tohoto příspěvku, je na místě poukázat zejména na část druhou a třetí správního řádu, která představuje obecnou⁵ právní úpravu postupu při správním řízení; dále pak na část čtvrtou, která rovněž v obecné rovině upravuje vydávání úkonů správních orgánů, které ale nemají povahu a důsledky rozhodnutí; a konečně i na část šestou správního řádu, která představuje taktéž obecný režim procesu vydávání specifického právního institutu, kterým je opatření obecné povahy.

Ve svém příspěvku se hodlám zabývat institutem rozhodnutí, tzv. jiných úkonů správních orgánů a opatření obecné povahy. Především pro poslední dva zmíněné platí, že stávající právní úprava pro ně znamená podstatné novum, neboť v minulosti nebyvaly v obecné rovině upraveny vůbec (což je případ opatření obecné povahy), nebo jen velmi dílčím a nedostatečným způsobem (tzv. jiné úkony).⁶ Půjde mi hlavně o vymezení jejich společných, ale i rozdílných znaků a vlastností. Stranou pozornosti nezůstane ani příslušná procesní úprava, stejně jako možnost soudní ochrany před těmito úkony a důsledky, které přinášejí a vyvolávají.

2. SPRÁVNÍ AKTY

Vyjdeme-li z tzv. materiálního pojetí veřejné správy, které ji chápe jako činnost spočívající ve správě veřejných záležitostí, spravovaných příslušnými subjekty veřejné správy ve veřejném zájmu, můžeme označit za nejčastější a nejtypičtější vnější výsledek, neboli za obsahové vyjádření činnosti (výkonu) veřejné správy pojem „správní akt“. Na nejvyšším stupni zobecnění, v rámci nauky o správních aktech, lze poukázat na vyjádření významného představitele tzv. prvorepublikové nauky správního práva J. Hoetzela,⁷ podle kterého je pojem „správní akt“ všeobecným a souhrnným označením pro formy manifestace veřejné moci. Dnes již toto všeobecné označení není dostatečně výstižné, neboť veřejná správa se realizuje taktéž způsobem bezprostředních a faktických zásahů, které povahu správních aktů nemají. Současná teorie správního práva nicméně za základ správní činnosti bere „správní akt“ a pro větší přehlednost rozlišuje správní akty na tzv. normativní a individuální, přičemž pod vlivem nové právní úpravy se v poslední době setkáváme ještě s kategorií tzv. smíšených správních aktů.⁸

Pro správní akty je typická jednostrannost, závaznost, vyvolání právních důsledků a mocenská povaha. Protože rozhodnutí, tzv. jiný úkon a opatření obecné povahy jsou vydávány příslušnými správními orgány při výkonu veřejné správy, a protože mají i zmíněné vlastnosti, lze i je označit za správní akty.

⁵ Srov. § 1 odst. 2 správního řádu, který zakotvuje celkové subsidiární použití správního řádu.

⁶ Podle § 3 odst. 5 zákona č. 71/1967 Sb., správního řádu, se ustanovení o základních pravidlech řízení přiměřeně použila též při vydávání osvědčení, posudků, vyjádření, doporučení a jiných podobných opatření.

⁷ Hoetzel, J. Nauka o správních aktech. Praha : Bursík & Kohout v Praze, 1907, s. 64.

⁸ Srov. Průcha, P. Správní právo. Obecná část. 7., doplněné a aktualizované vydání. Brno : Masarykova univerzita, 2007, s. 266.

Zatímco rozhodnutí bývá tradičně řazeno mezi tzv. individuální správní akty,⁹ tzv. jiné úkony bývaly kupř. J. Hoetzelem nebo A. Merkleem do jisté míry souhrnně označovány jako „akty osvědčovací“,¹⁰ přičemž Z. Lukeš¹¹ je spíše podřazoval, a to již společně s posudky, vyjádřeními, stanovisky a dalšími úkony, pod materiálně technické činnosti správy, což však nebylo všeobecně přijato. Dnes jsou tzv. jiné úkony řazeny společně se správními rozhodnutími do širší kategorie individuálních správních aktů, což výstižně prezentuje P. Průcha,¹² když uvádí, že *individuální správní akty přitom nemusejí mít vždy jen povahu správních rozhodnutí vydávaných ve správním řízení. Mohou jimi být a často také jsou, nejrůznější opatření, vyjádření, stanoviska, posudky, osvědčení apod., jimž právní úprava povahu rozhodnutí vydávaného ve správním řízení nepřiznává. Přitom platí, že některé z těchto individuálních správních aktů nemusejí být právně závazné, a lze o nich obecně hovořit jako o jiných správních úkonech.*

Vedle toho opatření obecné povahy, které je podle § 171 správního řádu vydáváno v případě, kdy zvláštní zákon ukládá povinnost vydat závazné opatření obecné povahy, které není právním předpisem ani rozhodnutím, nelze pod souhrnnou kategorií individuálních správních aktů zařadit, stejně jako jej nelze zařadit ani pod tzv. normativní správní akty a je tedy zmíněným tzv. smíšeným správním aktem.

3. ROZHODNUTÍ

Rozhodnutí vydávané ve správním řízení je podle § 9 správního řádu účelem a cílem řízení ve věci konkrétních práv a povinností individualizovaných účastníků tohoto procesu, jimž má rozhodnutí založit, změnit nebo zrušit konkrétní právo nebo povinnost anebo prohlásit, že práva nebo povinnosti mají nebo nemají. Tím je současně naznačena dvojí kategorie správních rozhodnutí, které lze v zásadě členit na rozhodnutí konstitutivní a deklaratorní.

V obecné rovině je správní rozhodnutí individuálním aktem aplikace právních předpisů na konkrétní případy směřující vůči jednoznačně vymezeným a nezaměnitelným účastníkům řízení. Rozhodnutí je jednostranným a vrchnostenským úkonem příslušného správního orgánu, který má závažné právní důsledky na sféru subjektivních práv a povinností těch subjektů, o nichž se řízení vede (účastníků).

Vydává se v řízení zahajovaném buďto z moci úřední nebo na základě kvalifikovaného návrhu, správním řádem označovaným jako žádost. Vlastní pojem „rozhodnutí“ je souhrnným označením, pod kterým se nachází jak rozhodnutí o věci samé; tak i usnesení jako rozhodnutí, jímž se v zákonem stanovených případech rozhoduje o procesních otázkách (§ 67 odst. 1 a § 76 odst. 1 správního řádu); příkaz; stejně jako pro další názvy rozhodnutí jakým je kupř. povolení, či koncese. Proces jeho vydání v obecném režimu upravuje část druhá a třetí správního řádu.

⁹ V pojetí představovaném tzv. pražskou školou správního práva je samo označováno jako „správní akt“, což souvisí s tamním členěním správních úkonů na správní akty (individuální správní akty) a nařízení (normativní správní akty). Blíže srov. Staša, J. in Hendrych, D. a kol. Správní právo. Obecná část. 6. vydání. Praha : C. H. Beck, 2006, s. 193 a násl.

¹⁰ Hoetzel, J. Nauka o správních aktech. Praha : Bursík & Kohout v Praze, 1907, s. 94; nebo Hoetzel, J. Československé správní právo. Část všeobecná. Praha : Melantrich, 1934, s. 240; Merkl, A. Obecné právo správní. Díl druhý. Praha : Nakladatelství Orbis, 1932, s. 21.

¹¹ Lukeš, Z. a kol. Československé správní právo. Praha : Panorama, 1981, s. 149 a násl.

¹² Průcha, P. Správní právo. Obecná část. 7., doplněné a aktualizované vydání. Brno : Masarykova univerzita, 2007, s. 278.

Proti rozhodnutí jsou ve správním řízení přípustné řádné opravné prostředky (tj. odvolání a rozklad), jejichž vyčerpání bývá tradičně podmínkou přístupu k soudnímu řízení a soudní ochraně.¹³ Vedle opravných prostředků řádných, připadají v úvahu za specifických okolností též opravné prostředky mimořádné (žádost o obnovu řízení; poněkud specifická je úloha přezkumného řízení).

Zatímco pojem rozhodnutí vymezuje správní řád ve svém § 9 a § 67 odst. 1, pak z hlediska soudního přezkumu, a jeho nejvýznamnější větve, kterou bezesporu představuje správní soudnictví, je třeba zmínit § 65 odst. 1 s. ř. s., přičemž správní judikatura se sjednotila na preferenci tzv. materiálního pojetí rozhodnutí.¹⁴ Dlužno v této souvislosti poznamenat, že současné tendence postřehnutelné v recentní judikatuře Nejvyššího správního soudu skutečně směřují k co nejširšímu¹⁵ pojetí rozhodnutí, jako aktu přezkoumávatelného ve správním soudnictví. Důvodem je zřejmě snaha o poskytnutí co největší míry ochrany adresátům veřejné správy, kterou právě zabezpečuje procesní režim žaloby proti rozhodnutí správního orgánu.

4. TZV. JINÉ ÚKONY

Část čtvrtá správního řádu představuje obecný režim pro postup při vydávání vyjádření, osvědčení, provádění ověření nebo činění sdělení, přičemž jak stanoví § 158 odst. 1 její ustanovení se použijí i v případech, kdy správní orgán provádí jiné úkony, které nejsou upraveny v jiných částech správního řádu. Obdobně totéž stanovuje i § 177 odst. 2 správního řádu. Díky tomu můžeme rozlišovat mezi tzv. jinými úkony, což je souhrnná legislativní zkratka pro všechny úkony správního orgánu výslovně neupravené ve správním řádu a vyjádřením, osvědčením, ověřením a sdělením, což jsou výslovně části čtvrtou pojmenované druhy tzv. jiných úkonů. K nim bychom mohli ještě zařadit závazné stanovisko podle § 149 správního řádu.

Když J. Hoetzel¹⁶ dělil jednostranné (individuální) správní akty uvedl, že vedle aktů, které autoritativním způsobem upravují konkrétní právní poměry (tj. rozhodnutí), existuje ještě kategorie „úkonů osvědčovacích“, které podle něj nemají za účel rozhodovat o právních

¹³ Srov. § 68 písm. a) s. ř. s., § 247 odst. 2 o. s. ř. a § 75 odst. 1 zákona č. 182/1993 Sb., o Ústavním soudu, ve znění pozdějších předpisů. Podle rozsudku Nejvyššího správního soudu ze dne 12. 5. 2005, čj. 2 Afs 98/2004-65, publikovaný pod č. 672/2005 Sb. NSS, podmíněnost vyčerpání opravných prostředků ve správním řízení před podáním žaloby k soudu [§ 5, § 68 písm. a) s. ř. s.] je nutno vnímat jako provedení zásady subsidiarity soudního přezkumu a minimalizace zásahů soudů do správního řízení. To znamená, že účastník správního řízení musí zásadně vyčerpat všechny prostředky k ochraně svých práv, které má ve své procesní dispozici, a teprve po jejich marném vyčerpání se může domáhat soudní ochrany. Soudní přezkum správních rozhodnutí je totiž koncipován až jako následný prostředek ochrany subjektivně veřejných práv, který nemůže nahrazovat prostředky nacházející se uvnitř veřejné správy.

¹⁴ Srov. rozsudek Nejvyššího správního soudu ze dne 24. 5. 2006, čj. 1 Afs 147/2005-17, publikovaný pod č. 926/2006 Sb. NSS.

¹⁵ Např. podle usnesení rozšířeného senátu Nejvyššího správního soudu ze dne 6. 2. 2007, čj. 2 As 64/2005-108, je právo na zvolení místa trvalého pobytu veřejným subjektivním právem, proti jehož porušení rozhodnutím správního orgánu se může občan dovolat ochrany postupem podle § 65 a násl. s. ř. s. Obdobně též usnesení rozšířeného senátu Nejvyššího správního soudu ze dne 21. 10. 2008, čj. 6 As 7/2005-97, podle kterého závazné stanovisko, jako je kupříkladu souhlas (či nesouhlas) orgánu ochrany přírody a krajiny k povolení stavby vydaný podle § 44 zákona č. 114/1992 Sb., o ochraně přírody a krajiny, ve znění pozdějších předpisů, je správním rozhodnutím ve smyslu § 65 odst. 1 s. ř. s. a podléhá samostatnému přezkumu ve správním soudnictví. Nepublikovaná rozhodnutí Nejvyššího správního soudu jsou dostupná na www.nssoud.cz.

¹⁶ Hoetzel, J. *Nauka o správních aktech*. Praha : Bursík & Kohout v Praze, 1907, s. 94; Hoetzel, J. *Československé správní právo. Část všeobecná*. Praha : Melantrich, 1934, s. 251.

vztazích, ale toliko konstatovat a udržovat v patrnosti faktické stavy. Zmíněné osvědčovací akty jsou podle něj *projevy veřejné moci, kterými se nechce ani odklízovati spor ani zakládati pro občany nová právní pozice.*

Osvědčovací úkony pouze dosvědčují, že určitá skutečnost nastala, nebo že určitý právní poměr trvá. Osvědčení potvrzuje skutečnosti, jež jsou v něm samotném obsaženy, a i když není rozhodnutím má autoritativní povahu. Uplatňuje se u nich domněnka pravdivosti a jejich účelem je ulehčení důkazní situace. Je nicméně třeba jednoznačně odlišit osvědčení, jako druh tzv. jiného úkonu od deklaratorního rozhodnutí. Zatímco osvědčení se nevydává se správním řízením, kde se vede dokazování a případně řeší právní spor, deklaratorním rozhodnutím se po proběhlém řízení autoritativně vyřešil spor s tím, že určité právo nebo povinnost je, nebo není.¹⁷

Správní řád ve své části čtvrté upravuje tzv. jiné úkony, se kterými počítají především zvláštní zákony na specifických úsecích veřejné správy. Vedle toho některé z nich používá i sám správní řád.¹⁸

Teorie správního práva se víceméně sjednotila na tom existují ještě další správní úkony, než je osvědčení, které rovněž nejsou rozhodnutími vydávanými ve správním řízení, přičemž ani nemají tak závažné právní důsledky jako rozhodnutí.¹⁹ Ale protože jsou vydávané správními orgány při výkonu veřejné správy, bezsporu právní relevanci a význam mají.

Často se vydávají se pro potřeby dalších správních orgánů jako tzv. podklady pro vydání rozhodnutí. V takovém případě mají orgány, které je vydávají podle § 136 odst. 1 písm. a) správního řádu postavení tzv. dotčeného orgánu. Zvláštní právní předpisy pak mohou stanovit jejich závaznost tak, že nejsou závazné, nebo naopak jsou závazné.²⁰ Pokud plní úlohu podkladu pro rozhodnutí správního orgánu, jejich závaznost či nezávaznost svědčí o jejich míře důležitosti pro rozhodující správní orgán. Tyto tzv. jiné úkony slouží pro kvalifikované vyjádření odborného právního názoru ze strany správního orgánu, který je povolán k ochraně zvláštních zájmů a jehož „stanovisko“ je potřebné pro posouzení a rozhodnutí určité věci. Nejedná se o právní předpisy, nejde ani o rozhodnutí, současně však tyto úkony nepředstavují pouhá irelevantní sdělení, k nimž se nemusí přihlídnout. Pokud jsou jiné úkony podkladem pro vydání rozhodnutí, je povinností správního orgánu se s nimi v odůvodnění svého rozhodnutí náležitým způsobem vypořádat.

Jiné z nich jsou zase vydávány nikoliv prioritně pro účely řízení, v němž plní úlohu závazného či nezávazného podkladu, ale jsou vydávány pro účely dotčených osob, které je hodlají využít pro uplatňování svých práv.

¹⁷ K tomu srov. rozsudek Nejvyššího správního soudu ze dne 18. 4. 2007, čj. 8 As 29/2005-71, definující deklaratorní rozhodnutí jako rozhodnutí, jímž se autoritativně určuje, že tu právo nebo povinnost je nebo není, přičemž podle Nejvyššího správního soudu deklaratorní rozhodnutí nejsou pojmově vyloučena z přezkumu soudem ve správním soudnictví.

¹⁸ A to, když počítá s tím, že podle § 42 správního řádu správní orgán bude činit sdělení, nebo když při vyřizování stížností bude rovněž na místě učinit tzv. jiný správní úkon, kterým se stěžovateli sdělí s jakým výsledkem byla jeho stížnost vyřízena.

¹⁹ Srov. usnesení Ústavního soudu ze dne 25. 5. 1999, sp. zn. IV. ÚS 158/99, dostupné na <http://nalus.usoud.cz>.

²⁰ Srov. § 4 odst. 2 písm. a) zákona č. 183/2006 Sb., stavebního zákona, ve znění pozdějších předpisů, podle kterého dotčené orgány vydávají závazná stanoviska (v režimu § 149 správního řádu), která nejsou samostatným rozhodnutím.

Ve svém souhrnu se tzv. jiné úkony nedotýkají přímo práv a povinností, nicméně začasť představují podklady pro vydání rozhodnutí, tudíž zprostředkovaně jistý vliv na práva a povinnosti účastníků řízení a dotčených osob mají.

Z hlediska právního režimu, se pro jejich vydání uplatní právní úprava obsažená v části čtvrté správního řádu, přičemž její ustanovení převážně odkazují na přiměřené či obdobné využití dalších ustanovení správního řádu, a to tak, že se může použít skoro celý správní řád. Nejedná se tedy o správní řízení a tento proces se neukončuje vydáním rozhodnutí. Ohledně procesních specifik této části je třeba uvést to, že ve zvláštních případech, kdy to nevyklučuje povaha a kdy není třeba zkoumat skutkový stav nebo čerpat z určité evidence, může tzv. jiné úkony vydat kterýkoliv věcně příslušný správní orgán. Je-li tento orgán o vydání úkonu požádán a jsou-li splněny předpoklady pro jeho vydání, je zákonem uloženou povinností tento úkon učinit. V opačném případě je povinen písemnou formou uvědomit dotčenou osobou a sdělit jí důvody, pro které jí nemohlo být vyhověno. V daném ohledu je poměrně zajímavé, že při nevyhovění žádosti o vydání tzv. jiného úkonu správní orgán přesto podle § 155 odst. 3 správního řádu vydává tzv. jiný úkon (patrně sdělení), kterým se dotčené osobě oznámí, že jí požadovaný úkon nelze uskutečnit. Oproti tomu poněkud specificky je řešena náprava vad tzv. jiných úkonů, které se napravují v procesní formě rozhodnutí – usnesení.

Veřejný zájem na tom, aby byly vydávány takové tzv. jiné úkony, které jsou v souladu s právními předpisy, má zajistit možnost konání přezkumného řízení. V takovém případě lze v přezkumném řízení a to, podle mého názoru poněkud problematickou formou usnesení, tento tzv. jiný úkon pro rozpor s právními předpisy zrušit. Přezkumné řízení navíc nevede nadřízený správní orgán, ale ten orgán, který předmětný úkon sám vydal. Zákonodárce zde nedbal zachování formy tzv. jiného úkonu pro jeho zrušení, jako je tomu v případě nevyhovění žádosti, protože je tak rozhodnutí (usnesení) postaveno na vyšší stupeň pomyslné hierarchie jednotlivých správních úkonů (aktů). Specifikem předmětné právní úpravy je i možnost tzv. konverze vadného úkonu v jiný úkon, jehož náležitosti splňuje.

Protože tzv. jiné úkony nejsou rozhodnutími ve smyslu § 9 a § 67 odst. 1 správního řádu, bude třeba v každém případě důkladně zkoumat možnost, zda přesto nenaplnují materiální znaky rozhodnutí podle § 65 odst. 1 s. ř. s. V opačném případě by přicházela v úvahu ochrana v režimu tzv. podkladových úkonů podle § 75 odst. 2 s. ř. s., za předpokladu, že tento jiný úkon je samostatně nenapadnutelný žalobou a současně představuje závazný podklad pro předmětné rozhodnutí.²¹

Soudní řád správní však dává možnost obrany proti těmto tzv. jiným úkonům i v režimu § 82 s. ř. s., kdy mohou naplňovat kritéria nezákonného zásahu. Rovněž tak i řízení podle § 79 s. ř. s. lze využít v souvislosti s tzv. jinými úkony, přičemž je otázkou, zda z celé kategorie tzv. jiných úkonů se tato žalobní legitimace bude vztahovat toliko a jen k vydání osvědčení jako takového, nebo zda bude na místě postup cestou extenzivního výkladu pojmu „osvědčení“, které konečně i prvorepubliková literatura brala do jisté míry jako souhrnné označení tzv. jiných správních úkonů. Osobně bych pro širší pojetí plédoval, neboť nevidím tak zásadního rozdílu mezi osvědčením a dalšími jinými možnými úkony správních orgánů. Stranou

²¹ Srov. rozsudek Nejvyššího správního soudu ze dne 28. 4. 2004, čj. 7 A 90/2001-98, publikovaný pod č. 837/2006 Sb. NSS, kdy ustanovení § 75 odst. 2 s. ř. s. umožňuje při splnění zákonem stanovených podmínek přezkoumat i takový úkon správního orgánu, který byl závazným podkladem přezkoumávaného rozhodnutí, a to pouze v rámci přezkoumání finálního rozhodnutí, které je rozhodnutím ve smyslu ustanovení § 65 s. ř. s. Pokud vydané rozhodnutí nebylo napadeno samostatnou žalobou, nelze závazné stanovisko přezkoumat.

možnosti ochrany na úrovni řízení před správními orgány není dle mého názoru ani případný postup cestou § 175 správního řádu a podání stížnosti.

5. OPATŘENÍ OBECNÉ POVAHY

Zatímco rozhodnutí a tzv. jiné úkony vydávají správní orgány ve věci individualizovaných účastníků (dotčených osob) a konkrétních práv a povinností (nebo k nim se alespoň vztahujícím), u opatření obecné povahy toto neplatí. Vlivem jeho negativního vymezení obsaženém v § 171 správního řádu se jedná o smíšený správní akt, který v sobě zahrnuje znaky právního předpisu a rozhodnutí, ale současně není ani jedním z nich. Proto zcela logicky nastal čas judikatury, aby se tento legislativní nedostatek pokusila překlenout a jednoznačně vymezila znaky opatření obecné povahy. Tak se tomu stalo v případě posuzovaném Nejvyšším správním soudem,²² kdy podle jeho právních závěrů *opatření obecné povahy je správním aktem s konkrétně určeným předmětem (vztahuje se tedy k určité konkrétní situaci) a s obecně vymezeným okruhem adresátů. Je-li určitý akt pouze formálně označen jako opatření obecné povahy, avšak z materiálního hlediska nesplňuje jeho pojmové znaky (konkrétnost předmětu, obecnost adresátů), Nejvyšší správní soud jej k námitce navrhovatele zruší (§ 101d odst. 2 s. ř. s.)*. Dané vymezení opatření obecné povahy v mnohém vycházelo z právních závěrů judikatury německy mluvících zemí, kde je institut opatření obecné povahy (die Allgemeinverfügung) již delší dobu aplikován.

Zatímco rozhodnutí slouží k tomu, aby jím byly zakládány či deklarovány povinnosti účastníka řízení, tzv. jiný úkon žádné povinnosti dotčeným osobám svým obsahem založit nemůže, tak opatření obecné povahy, jak stanovila judikatura, *nemůže nahrazovat podzákonnou normotvorbu ani nad rámec zákona stanovovat nové povinnosti; slouží toliko ke konkretizaci již existujících povinností, vyplývajících ze zákona, a nikoliv k ukládání nových povinností, které zákon neobsahuje.*²³

Jeho procesní režim je obsažen v § 172 až § 174, přičemž podle posledně zmíněného ustanovení lze užít obdobně i ustanovení části první a druhé správního řádu. Opatření obecné povahy se vydává z úřední povinnosti. Ačkoliv § 172 odst. 1 operuje s pojmem „návrh“, jedná se o návrh opatření obecné povahy jako správního aktu, nikoliv o návrh na zahájení řízení (tj. žádost). Vzhledem k tomu, že opatření obecné povahy je specifickým institutem vydávaným ve zvláštních případech, specifický je i režim jeho přijetí.

Ochrana práv dotčených osob je řešena institutem připomínek a námitek. Zatímco připomínky může podle § 172 odst. 4 správního řádu uplatnit každý, jehož práva, povinnosti nebo zájmy mohou být opatřením obecné povahy přímo dotčeny, tak námítka mohou uplatnit pouze kvalifikované kategorie dotčených osob podle § 172 odst. 5 správního řádu. Procesním důsledkem tohoto rozlišování pak je, že připomínky tvoří podklady pro opatření obecné povahy a je povinností správního orgánu se s nimi v jeho odůvodnění vypořádat. Oproti tomu o námitkách se vydává rozhodnutí, které je součástí odůvodnění opatření obecné povahy. Proti tomuto rozhodnutí připadají v úvahu pouze mimořádně opravné prostředky, přičemž změna nebo zrušení pravomocného rozhodnutí o námitkách může být důvodem změny opatření obecné povahy.

²² Srov. rozsudek Nejvyššího správního soudu ze dne 27. 9. 2005, čj. 1 Ao 1/2005-98, publikovaný pod č. 740/2006 Sb. NSS.

²³ Srov. tamtéž.

Proti opatření obecné povahy jako takovému nelze podat žádný opravný prostředek, a to ani mimořádný. Právní úprava pouze připouští možnost posouzení souladu opatření obecné povahy s právními předpisy v přezkumném řízení. Tak jak je limitována ochrana v řízení před správními orgány je do určité míry i limitována, resp. zúžena ochrana ve správním soudnictví, když podle § 101a a násl. s. ř. s. přezkum provádí v prvním a současně i posledním stupni výlučně Nejvyšší správní soud, a to navíc v poměrně krátké lhůtě do 30 dnů od podání návrhu na jeho zrušení. Ten však na druhou stranu není vázán důvody návrhu. Vzhledem ke konstrukci stávající právní úpravy, a protože s institutem opatření obecné povahy počítá čím dál tím větší množství právních předpisů, bude právě judikatura Nejvyššího správního soudu, která bude muset podobu tohoto institutu dotvářet.

6. ZÁVĚR

Ve svém příspěvku jsem se zabýval úkony správních orgánů, které mají různé právní účinky a jsou vydávány v různých právních situacích. Společný mají mocenský a jednostranný charakter. Do jisté míry je i společná procesněprávní úprava, kdy zcela nejvýznamnější spojnici je možnost konání přezkumného řízení. Rozličné jsou však právní důsledky, kdy u rozhodnutí se přímo dotýkají sféry subjektivních práv a povinností konkrétních osob, u opatření obecné povahy okruh takových dotčených osob není konkrétně určen, přičemž u tzv. jiných úkonů k možnosti zásahu do sféry subjektivních práv těmito úkony přímo nedochází. Ve všech případech je však možná kontrola prostřednictvím správního soudnictví, která je však plně přizpůsobena jejich specifikům a rozdílným právním důsledkům.

Literatura:

- Hendrych, D. a kol. Správní právo. Obecná část. 6. vydání, Praha : C. H. Beck, 2006, 861 s., ISBN 80-71719-442-2
- Hoetzel, J. Nauka o správních aktech, Praha : Bursík & Kohout v Praze, 1907, 118 s.
- Hoetzel, J. Československé správní právo. Část všeobecná, Praha : Melantrich a. s. , 1934, 454 s.
- Lukeš, Z. a kol. Československé správní právo, Praha : Panorama, 1981, s. 149 a násl.
- Merkl, A. Obecné právo správní. Díl druhý, Praha : Nakladatelství Orbis, 1932, 244 s.
- Průcha, P.: Správní právo. Obecná část. 7., doplněné a aktualizované vydání, Brno: Masarykova univerzita, 2007, 418 s., ISBN 978-80-21-4276-6
- Průcha, P. Vyjádření, osvědčení a sdělení a další obdobné úkony správních orgánů (tzv. jiné správní úkony) in Kadečka, S. et al: Nový správní řád a místní samospráva II., Brno: Masarykova univerzita, 2007, 269 s., ISBN 978-80-210-4489-0
- Skulová, S. et al.: Správní právo procesní, Plzeň: Aleš Čeněk, 2008, 428 s., ISBN 978-80-7380-110-6

Kontaktní údaje na autora – email:

LPotesil@seznam.cz

MÍRA OCHRANY PRÁV VLASTNÍKŮ SOUSEDNÍCH NEMOVITOSTÍ PŘI UMÍSTOVÁNÍ STAVEB

IRENA POUROVÁ

Fakulta stavební, ČVUT v Praze, Česká republika

Nový stavební zákon upravuje šest druhů povolení umístění stavby. Jedná se o územně plánovací informaci (§ 21 odst. 1 písm. d), regulační plán (§ 61 odst. 2), územní rozhodnutí (§ 76 odst. 1), územní rozhodnutí vydané ve zjednodušeném územním řízení (§ 95 odst. 1), územní souhlas (§ 96 odst. 1 a 2) a veřejnoprávní smlouvu (§ 78 odst. 3).

Jednotlivá výše uvedená povolení se liší druhem či velikostí stavby, pro jejíž umístění mohou být použita, ale zejména se liší mírou ochrany práv vlastníků sousedních nemovitostí. Přitom vydání povolení umístění stavby, popř. změny stavby spočívající v její nástavbě nebo přístavbě, je pro budoucí možnost realizace stavby klíčové, a tudíž i pro ochranu práv a oprávněných zájmů vlastníků sousedních nemovitostí rozhodné. To proto, že ve fázi umísťování stavby se řeší předně otázky půdorysné velikosti a výšky stavby, odstupové vzdálenosti stavby od hranic se sousedním pozemkem, míra zastavěnosti pozemku, vzhled stavby či způsob jejího užívání. Dovolují si proto naznačit současnou úpravu této problematiky dle stavebního zákona č. 183/2006 Sb. a předkládám ji k úvaze, když dle mého soudu, ochrana práv vlastníků sousedních nemovitostí při povolování umístění staveb není vyvážená.

Územně plánovací informace o podmínkách provedení jednoduchých staveb nahrazuje územní rozhodnutí nebo územní souhlas, a to u staveb uvedených v § 104 odst. 2 písm. a) až d) StavZ. Jedná se o následující, taxativně vymezené stavby:

stavby pro bydlení a pro rekreaci do 150 m² zastavěné plochy, s jedním podzemním podlažím do hloubky 3 m a nejvýše dvěma nadzemními podlažími a podkrovím,

podzemní stavby do 300 m² zastavěné plochy a hloubky do 3 m, pokud nejsou vodním dílem,

stavby do 300 m² zastavěné plochy a do výšky 10 m, s výjimkou staveb pro bydlení, a haly do 1000 m² zastavěné plochy a výšky 15 m, pokud tyto stavby a haly budou nejvýše s jedním nadzemním podlažím, nepodsklepené a dočasné na dobu nejvýše 3 let,

stavby do 25 m² zastavěné plochy a do 5 m výšky s jedním nadzemním podlažím, podsklepené nejvýše do hloubky 3 m.

Územně plánovací informaci o podmínkách provedení jednoduchých staveb vydává stavební úřad na žádost, přičemž o tom, že taková žádost byla podána či o jejím posuzování nejsou vlastníci sousedních nemovitostí, přesněji vlastníci sousedních pozemků a staveb na nich, vůbec informováni. Pro povolení realizace stavby, pro kterou byla vydána kladná územně plánovací informace, pak postačí pouze ohlášení stavebníka dle § 105 StavZ, za splnění základních podmínek, že navržená stavba je v souladu s obecně technickými požadavky na výstavbu, je umístěna v zastavěném území nebo zastavitelné ploše, poměry v území se jí podstatně nemění a nevyžaduje nové nároky na dopravní a technickou infrastrukturu. Teprve pro fázi ohlášení stavební zákon požaduje, aby stavebník doložil, že o svém záměru prokazatelně informoval vlastníky sousedních pozemků a staveb na nich. Ti pak mohou do 15

dnů, ode dne svého informování, podat proti záměru námitky. Zákonná možnost podání námitek ve fázi ohlášení je však degradována prováděcí vyhláškou č. 526/2006 Sb., když tato ve své příloze 1, části B za doklad o prokazatelném informování vlastníků sousedních nemovitostí uznává pro případ, že nedojde k osobnímu jednání, dopis zasláný doporučeně na dodejku v souladu se zákonem o poštovních službách. Takovýto dopis však není důkazem o prokazatelném informování a nesplňuje tak požadavek zákona. Za povšimnutí stojí také rozdílné vymezení sousedů, stavební zákon hovoří o vlastnících sousedních pozemků a staveb, vyhláška jen o vlastnících sousedních pozemků. Pokud jde o námitky, stavební zákon ohledně nich nestanoví žádný procesní postup. Z povahy věci plyne, že je stavební úřad důsledně posoudí a shledá-li je důvodnými, musí stavbu zakázat. V konkrétních případech je však žádoucí a důvodná ochrana práv stavbou přímo dotčených osob omezena i ve fázi ohlášení, a to jednak taxativně stanovenými důvody v § 107 odst. 1 StavZ, pro které výhradně může a současně musí být stavba zakázána (příčemž nedominují důvody typické pro umístění stavby), a jednak skutečností, že o námitkách stavební úřad nerozhoduje a není tedy přípustný ani žádný řádný opravný prostředek do souhlasu stavebního úřadu s ohlášenou stavbou.

Územní souhlas nahrazuje územní rozhodnutí a stavební úřad jej vydá za podmínek § 96 odst. 1,3 a 4 StavZ, a to pouze pro taxativně vymezené záměry uvedené v § 96 odst. 2 StavZ. Územní souhlas se uplatní např. u staveb, které pro svoji realizaci nevyžadují stavební povolení ani ohlášení (§ 103), u staveb, které vyžadují ohlášení (§ 104) a dále u změn staveb bez omezení velikosti těchto staveb. Z hlediska ochrany práv stavbou přímo dotčených osob je rozhodné, že žadatel o vydání územního souhlasu je povinen doložit souhlasy osob, jejichž vlastnické nebo jiné věcné právo k sousedním stavbám anebo sousedním pozemkům nebo stavbám na nich může být navrženým záměrem přímo dotčeno. Žadatel má rovněž povinnost zajistit, aby informace o jeho záměru byla bezodkladně poté, co jej oznámil, vyvěšena na veřejně přístupném místě u stavby nebo pozemku, na nichž se má záměr uskutečnit, po dobu nejméně 30 dní. Pokud nejsou splněny podmínky pro vydání územního souhlasu, rozhodne stavební úřad usnesením o projednání záměru v územním řízení.

Územní rozhodnutí je nezbytné u všech záměrů, u nichž nepostačí územní souhlas. Územní rozhodnutí tedy vyžadují zejména stavby většího rozsahu, které nejsou uvedeny v § 103 a 104 StavZ. V územním řízení jsou osoby, kterým svědčí vlastnické či jiné věcné právo k sousedním pozemkům či stavbám na nich zpravidla účastníky řízení, to za situace že tato jejich práva mohou být územním rozhodnutím přímo dotčena. Účastník řízení se může účastnit řízení a nejpozději při veřejném ústním jednání vznášet námitky, o kterých se rozhoduje. Proti vydanému územnímu rozhodnutí je přípustné odvolání.

Tento i podle stavebního zákona z roku 1976 standardní postup je významně narušen novou úpravou, podle které je vlastníkům sousedních pozemků a staveb či osobám, které mají jiné věcné právo k sousedním pozemkům a stavbám doručováno oznámení o zahájení územního řízení a územní rozhodnutí, je-li pro území vydán územní plán nebo regulační plán, veřejnou vyhláškou. Jde o úpravu, která velmi negativně zasahuje do práv a oprávněných zájmů sledovaných osob, když nelze spravedlivě očekávat a požadovat od těchto osob, aby v pravidelných krátkých intervalech kontrolovaly úřední desku úřadu, v jejímž správním obvodu předmětná nemovitost leží. Nejistota je v tomto případě navýšena ještě nepřesným zněním § 25 odst. 2 SpŘ, ohledně lhůty, po kterou musí být písemnost vyvěšená na úřední desce zveřejněna též způsobem umožňujícím dálkový přístup. Z logiky věci plyne, že doba, po kterou bude písemnost zveřejněna způsobem umožňujícím dálkový přístup by měla být shodná s dobou zveřejnění písemnosti na klasické úřední desce. Je však v praxi skutečností, že správní orgány považují za řádně doručené i takové písemnosti, při jejichž doručování tento požadavek splněn nebyl.

V územním řízení má žadatel dle § 87 odst. 2 StavZ povinnost zajistit, aby informace o jeho záměru byla bezodkladně poté, co bylo nařízeno veřejné ústní jednání, vyvěšena na místě určeném stavebním úřadem nebo na jiném vhodném veřejně přístupném místě u stavby nebo pozemku, na nichž se má záměr uskutečnit, a to do doby veřejného ústního jednání. Ani tato povinnost nemůže vyvážit hrubě nerovné postavení sledovaných osob vůči žadateli. Předně není pravidlem, že by vlastníci sousedních nemovitostí či osoby, kterým svědčí jiná věcná práva k těmto nemovitostem se v daném místě vždy zdržovaly či alespoň měly možnost se zde zdržovat. Zákonem zvolená formulace o povinnosti zveřejnění informace na místě určeném stavebním úřadem staví námi sledovaného účastníka do role zoufale pátrajícího detektiva. Další formulace o povinnosti zveřejnění informace bezodkladně poté, co bylo nařízeno veřejné ústní jednání a ponechání této informace na místě do doby konání tohoto jednání umožňuje zveřejnění po dobu pouhých 15 dnů. A konečně samotné splnění povinnosti zveřejnění informace po celou, byť velmi omezenou, dobu není účinně kontrolovatelné.

Projednání záměru v územním řízení je podle stavebního zákona veřejné. Tato nesporně přínosná a legitimní úprava by však neměla být záminkou pro doručování veřejnou vyhláškou též účastníkům řízení (vyjma žadatele a obce, na jejímž území má být požadovaný záměr uskutečněn a kterým se doručuje vždy jednotlivě), a tím pro hrubé narušení rovnosti mezi účastníky územního řízení a založení právní nejistoty některých z těchto účastníků.

Na územní řízení navazuje zpravidla stavební řízení, v němž se již doručuje všem účastníkům řízení jednotlivě a je tedy objektivně dána vysoká pravděpodobnost, že zákonem stanovený okruh účastníků bude o vedeném řízení také informován. Náprava případně nezákonně vydaného územního rozhodnutí však ve stavebním řízení není přípustná, když dle § 114 odst. 2 StavZ se k námitkám účastníků řízení, které byly nebo mohly být uplatněny při územním řízení, nepřihlíží. Příznivější situace z hlediska včasné informovanosti všech účastníků územního řízení je v případě spojení územního a stavebního řízení dle § 78 odst. 1 StavZ, kdy musí být splněny požadavky zákona u obou typů řízení, a tudíž je doručováno účastníkům řízení jednotlivě, a dále, poněkud paradoxně, i v případě že je rozhodováno dle § 169 odst. 2 StavZ o udělení výjimky, kdy se okruh účastníků i doručování písemností řídí správním řádem.

Územní rozhodnutí vydané ve zjednodušeném územním řízení lze vydat u obdobných staveb jako v klasickém územním řízení. Podmínkou vydání územního rozhodnutí ve zjednodušeném územním řízení je, že záměr je v zastavitelné ploše nebo v zastavěném území, záměr nevyžaduje posouzení vlivu na životní prostředí, žádost má všechny předepsané náležitosti a žádost je dále doložena zejména kladnými závaznými stanovisky dotčených orgánů a výslovným souhlasem účastníků řízení se záměrem i zvolenou formou zkráceného územního řízení. Souhlas musí vyjádřit účastníci řízení, kteří mají vlastnická nebo jiná věcná práva k pozemkům a stavbám, jež jsou předmětem územního řízení a tzv. mezující sousedé včetně osob, které mají jiná věcná práva k mezujícím pozemkům a stavbám (§ 95 StavZ).

Jsou-li splněny podmínky pro zjednodušené územní řízení, stavební úřad zveřejní návrh výroku rozhodnutí na úřední desce a současně ho doručí dotčeným orgánům a žadateli, který má informační povinnost obdobně jako u územního řízení. Pokud nejsou ve lhůtě 15 dnů ode dne zveřejnění návrhu podány výhrady dotčených orgánů, námitky účastníků či připomínky veřejnosti (u veřejnosti přípustné jen v rozsahu vymezeném ochranou veřejných zájmů dle zvláštních právních předpisů), pokládá se rozhodnutí za vydané a nabývá právní moci. V opačném případě rozhodne stavební úřad usnesením, že věc je nutno projednat v územním řízení. Principem zjednodušeného územního řízení je tedy možnost vydání územního rozhodnutí bez vedení řízení. Sledovaná ochrana práv je v daném případě zabezpečena

požadavkem na výslovný souhlas účastníků v pozici tzv. mezujících sousedů a možností podání námitek ze strany všech účastníků řízení, kdy jejich okruh je dán okruhem účastníků pro územní řízení, popř. dle správního řádu.

Regulační plán se vydává formou opatření obecné povahy pro část území obce nebo pro část území kraje, nahrazuje v řešené ploše a ve schváleném rozsahu územní rozhodnutí a je závazný pro rozhodování v území (§ 61 odst. 2 StavZ). Tento postup neplatí pouze v nezastavěném území. V návaznosti na to, zda se regulační plán vydává z podnětu nebo na žádost, se liší náležitosti jeho návrhu a možnosti jeho vydání. V řízení o regulačním plánu musí být respektována následující pravidla:

- o návrhu se koná veřejné projednání, návrh se doručuje veřejnou vyhláškou,
- dotčená plocha musí být označena tabulí se základními informacemi o návrhu regulačního plánu nejméně 30 dnů přede dnem veřejného projednání,
- k podání námitek jsou oprávněny dotčené orgány a osoby okruhu účastníků územního řízení, a to nejpozději při veřejném projednání,
- pořizuje-li se regulační plán na žádost, musí být k žádosti připojeny také doklady prokazující vlastnické právo žadatele nebo doklad o právu založeném smlouvou provést stavbu nebo opatření k pozemkům nebo stavbám v řešené ploše, nelze-li tato práva ověřit v katastru nemovitostí, anebo souhlas vlastníků pozemků a staveb v řešené ploše nebo dohodu o parcelaci, k nimž žadatel nemá potřebné právo; souhlas nebo dohoda o parcelaci se nepožaduje, jestliže lze pozemky vyvlastnit nebo vyměnit,
- k námitkám a připomínkám uplatněným k věcem, o kterých bylo rozhodnuto v územním plánu nebo zásadách územního rozvoje, se nepřihlíží, pro regulační plán obce je též závazný regulační plán vydaný krajem.

Veřejnoprávní smlouva je variantou územního rozhodnutí o umístění stavby, o změně využití území a o změně vlivu stavby na využití území. Se souhlasem dotčeného orgánu ji může stavební úřad uzavřít písemně se žadatelem. Podmínky pro uzavření smlouvy stanoví správní řád a podmínkou její účinnosti jsou souhlasy všech účastníků řízení.

Jak ze shora učiněného přehledu vyplývá, nejmenší míra ochrany práv vlastníků sousedních pozemků a staveb je nastavena u povolení umístění stavby formou územně plánovací informace a dále u staveb umísťovaných formou územního rozhodnutí, popř. u regulačního plánu pořizovaného z podnětu. Obě posledně jmenované formy se přitom uplatní při umísťování nejrozsáhlejších staveb či záměrů, které mohou mít významný vliv na změnu poměrů v území. Ač se zdráhám učinit takový závěr, platná úprava se jeví tak, že o co větší je připravovaný záměr, o to menší míra ochrany přímo dotčeným osobám je objektivně poskytována. Vyváženost realizace práv všech přímo dotčených osob při umísťování staveb není zajištěna. O to větší odpovědnost leží na stavebních úřadech. Jejich povinností je mimo jiné vyžadovat, aby každý, kdo navrhuje vydání územního rozhodnutí nebo územního souhlasu, byl šetrný k zájmům vlastníků sousedních pozemků a staveb (§ 76 odst. 2 StavZ), a stejně tak dbát, aby při postupech dle stavebního zákona byly respektovány rovněž základní zásady činnosti správních orgánů, když zvláštní akcent nutno klást na požadavek legitimního očekávání a materiální rovnosti ve smyslu § 2 odst. 4 SpŘ.

A přece ještě jedna nutná jasně formulovaná otázka. Komu slouží takto nastavená úprava? A sleduje opravdu transparentnost rozhodování ve veřejné správě, která byla opakovaně zdůrazňovaným cílem při tvorbě nového stavebního zákona i správního řádu? V současné době je připravována tzv. velká novela stavebního zákona, mám za to, že by významná změna měla nastat i v naznačené oblasti umístování staveb.

Kontaktní údaje na autora – email:

irena.pourova@fsv.cvut.cz

K OTÁZKÁM ORGANIZACE SOUČASNÉ MÍSTNÍ A REGIONÁLNÍ SAMOSPRÁVY

PETR PRŮCHA

Právnická fakulta Masarykovy univerzity, Česká republika

Abstrakt v rodném jazyce

Príspevek sa zaoberá organizáciou územnej správy v Českej republike, s jejímž vybudovaním bolo započato v r. 1990, a ktorá zahŕňa súčasne územnú samosprávu i územnú štátnu správu. Pojednáva tak o organizácii územnej správy na úrovni obcí a ďalej organizácii územnej správy na úrovni krajů, a poukazuje rovněž na vzájemné vzťahy obcí a krajů při výkone územnej samosprávy.

Klíčová slova v rodném jazyce

Místní a regionální správa, územní správa, místní a regionální samospráva, územní správy, obce, kraje, vztahy obcí a krajů, výkon samosprávy, výkon štátní správy.

Abstract

This article deals with the organization of territorial administration in the Czech republic, the basis of which has been created since 1990 and which comprises both self-administration (local government) and state administration at the same time. Administration at municipal and regional levels is treated in the article. Last but not least, the article remarks on the mutual relations between municipalities and regions by the execution of local government.

Key words

Local and regional administration, territorial administration, local and regional government, municipalities, regions, execution of local government, execution of state administration.

1. ÚVODNÍ POZNÁMKA

Současný stav místní a regionální samosprávy je v našich podmínkách výsledkem bezprostředně předchozího reformního vývoje ve veřejné správě, započatým po přelomu 80. a 90. let uplynulého století.

Vize reformy se zákonitě spojovaly s představami o žádoucím efektivním zákonném fungování veřejné správy, plně odpovídajícím demokratickým principům moderního právního státu., s jednoznačným příklonem k modernímu evropskému pojetí veřejné správy. Nezbytným předpokladem pro efektivní demokratickou veřejnou správu jako činnost, přitom však nutně bylo také adekvátní nastavení příslušné organizace veřejné správy. To proto, že v jistém smyslu je to právě organizace veřejné správy, která může – při vhodném nastavení - výrazně, či dokonce rozhodujícím způsobem, přispět k optimalizaci veřejné správy jako činnosti, nebo popř. při svém nevhodném nastavení může dosažení žádoucí optimalizace výrazně limitovat.

Na počátku těchto reform veřejné správy nebylo důsledkem nahodilosti, že s reformou organizace veřejné správy bylo zásadními změnami započato nejprve u územní veřejné správy (tj. místní a regionální veřejné správy), kde se realizuje nejrozsáhlejší objem výkonu veřejné správy v praxi, zatímco reforma organizace ústřední veřejné správy se od počátku obdobně razantně neprojevovala, probíhala postupně a pozvolněji.

V současné době lze danou reformu organizace územní veřejné správy již považovat za ukončenou, a nejen to, ale současně lze danou organizaci považovat také za stabilizovanou. To potom umožňuje se k dané problematice se žádoucím odstupem vrátit, a poukázat na to, co předmětná reforma přinesla a jak lze současný stav hodnotit. A to je, koncentrovaně vyjádřeno, také záměrem tohoto příspěvku.

2. K VÝCHODISKŮM A SOUČASNÉMU STAVU ORGANIZACE MÍSTNÍ A REGIONÁLNÍ SAMOSPRÁVY A NĚKTERÉ PROBLÉMOVÉ ASPEKTY

Místní a regionální správa, jakožto územní správa, je výrazem skutečnosti, že veškerou veřejnou správu zpravidla nelze logicky realizovat pro celé území státu z jednoho místa, tj. z centra, a proto je výkon veřejné správy úrovněově strukturován, a to vždy v návaznosti na konkrétní územně správní členění státu.¹ Navíc platí, že při výkonu veřejné správy je v určitých otázkách třeba zohledňovat místní podmínky a potřeby, což souvisí z rozhodující míry s příslušným podílem samosprávy, čemuž dále již historicky koresponduje také dualismus veřejné správy s rozdíly a možnostmi koexistence územní samosprávy a územní státní správy.

V naší republice, a podobně i v dalších východoevropských zemích, byla po přelomu r. 1989/90 zrušena předchozí organizace územní státní správy, byla nahrazena nově koncipovanou organizační soustavou s tradičními územně správními subjekty, přičemž se zákonodárci inspirovali staršími demokratickými tradicemi místní, resp. územní samosprávy.² Naše republika prošla demokratickou transformací, reformou organizace územní veřejné správy (došlo k výrazné decentralizaci a dekoncentraci, následovaly změny funkcionální) a dále prochází modernizací.

Klíčovou otázkou, kterou bylo třeba v daných podmínkách řešit, byla právě i otázka postavení územní samosprávy a jejího vztahu se státní správou, a nejmó výrazněji pak se vždy příslušnou územní státní správou. Pod tímto zorným úhlem na půdě evropského kontinentu se postupně zformovaly tři odlišitelné a také odlišné modely koexistence územní samosprávy a územní státní správy, které se v různých modifikacích uplatňují i v současnosti.³

¹ srov. Průcha, P.: Úvod do studia problematiky místní správy, MU Brno 1993, str. 17 a násl.

² Základy tradice územní samosprávy na našem území spočívají v tzv. Stadionově ústavě z března 1949, a návazném "prozatímnímobecním zřízení" (zákon č. 170/1849 ř.z.), uvozeném větou "Die Grundfeste des freien Staates ist die freie Gemeinde" (Základem svobodného státu je svobodná obec). Přitom se rozlišovaly obce místní, a tzv. obce vyššího druhu, a to okresní a krajské. K tomu srov. i Pražákovo "...obec.... je svazkem přirozeným, společenským", Pražák, J.: Rakouské právo ústavní, Praha 1900, str. 47. Obdobně i dnešní rakouská ústava v čl. 115 – 120 rozlišuje mezi "Ortsgemeinden" a "Gebietsgemeinden". K tomu viz

blíže např. Kojas, F.: Allgemeines Verwaltungsrecht, Wien 1985, str. 357 a násl.

³ Jedná se o model či modely :

- smíšený - německý (pův. pruský, později tzv. rakouský model), který se uplatňoval a uplatňuje ve většině evropských zemí, zejm. Německo, Rakousko, Belgie, Holandsko, Itálie, Polsko, Česká republika, Slovensko, Maďarsko, severské země, atd.); jeho podstatou je společný výkon územní samosprávy a územní státní správy územními samosprávnými korporacemi (obce, kraje, apod.),

- dělený - má nejbliže k tzv. francouzskému modelu (dnes se již blíží smíšenému modelu); jeho podstatou duální organizace a činnost územní samosprávy a územní státní správy ve v podstatě shodných územních jednotkách,

Současně bylo třeba reflektovat a zohlednit stav a směry dalšího vývoje územní veřejné správy v Evropě, a i ve spojení s těmito poznatky zvolit adekvátní řešení organizace i pokud jde počet stupňů, resp. úrovní, územní veřejné správy, což souvisí s velikostí územních samosprávných korporací, příp. jinak vymezovaných správních obvodů.

Pokud šlo výběr ze shora zmiňovaných modelů koexistence územní samosprávy a územní státní správy, byl v našich podmínkách, a to zejména s ohledem na historickou tradici, zvolen tzv. smíšený model územní veřejné správy,⁴ který se rozvinul a je uplatňován zejména ve střední Evropě, a který již dříve byl modelem uplatňovaným v našich českých podmínkách.

Smíšený model územní veřejné správy je výrazem společného organizačně funkčního řešení potřeby územní samosprávy a územní státní správy ve vztahu k otázkám, které spojuje shodné výchozí území, včetně příslušnosti spravovaných či jinak dotčených osob ke vždy danému území.

Pro správní organizaci a činnost územní veřejné správy ve smíšeném modelu je vždy jejím základem organizace územní samosprávy, na niž je přenášen výkon vždy příslušného obsahu a rozsahu územní státní správy, a tato organizace je tomu do jisté míry také přizpůsobována. S tím potom souvisí i užívaná terminologie, která (v českém jazykovém vyjádření) pro pojmenování diferencovaně pojaté činnosti územní veřejné správy hovoří jednak o tzv. samostatné působnosti (samospráva), a dále o tzv. přenesené působnosti (státní správa) územních veřejnoprávních korporací.

Smíšený model územní veřejné správy zpravidla předpokládá, že územní dosah výkonu samosprávné (samostatné) a státně správní (přenesené) působnosti, navíc vykonávaný společnou organizační soustavou, je identický. Nicméně jeho pojetí umožňuje, aby pro výkon přenesené působnosti územních samosprávných celků byly vytvářeny i jiné, resp. další, správní obvody. To souvisí s rozdíly mezi samosprávou a státní správou. Rozdíly mezi samosprávou a státní správou jsou ostatně patrné již při vzniku, resp. vytváření, organizační soustavy územní veřejné správy a jsou dány odlišnostmi v kritériích pro samosprávu a pro státní správu.

Z pohledu vytváření organizační soustavy územní veřejné správy rozdíly mezi samosprávou a státní správou spočívají zjednodušeně vyjádřeno v tom, že pro organizaci samosprávy je nutno určující potřeby a zájmy nazírat vertikálně vzestupně (zdola)⁵, zatímco pro organizaci státní správy je nutno určující potřeby a zájmy naopak nazírat vertikálně sestupně (shora).

Územní veřejná správa je v jistém smyslu protipólem správy centrální a je tak výrazem vertikální dělby moci. To se přitom nejvýrazněji projevuje ve spojení s územní samosprávou jako výrazem decentralizace státní moci.

- výlučně samosprávný (self government) — anglický, resp. anglosaský model; jeho podstatou je, že na základní úrovni, tj. v obcích je pouze samospráva, na vyšších úrovních (okresy, hrabství), je potom taktéž státní správa, v kombinaci samosprávy a státní správy.

⁴ Není bez zajímavosti, že Slovenská republika, která vyšla ze společné startovací čáry jako republika naše, zvolila již na počátku 90. let uplynulého století model do značné míry jiný, kde jsou výrazně uplatněny prvky modelu děleného.

⁵ To platí nejen pro obce, ale i pro vyšší územní samosprávné celky, které jsou sice vytvářeny ústavou či zákonem, nicméně i tam platí, že musí zohledňovat historické, kulturní, sociálního a politické aspekty vývoje.

Takto pojatá územní samospráva prošla svým historickým vývojem, přičemž bezprostředně předchází, resp. poslední, vývoj územní veřejné správy je v evropských zemích spjat s reformami a modernizací. U reformy lze zpravidla vysledovat určité etapy či fáze, proces modernizace je naopak procesem ve své podstatě průběžným, trvalým. Zatímco v západoevropských zemích bylo a je možné reformy územní veřejné správy vnímat jako proces kontinuální, a v posledních letech se spíše jedná již jen o modernizaci, ve východoevropských, či v tzv. postkomunistických evropských, zemích byly nyní doznívající reformy připravovány ve spojení s diskontinuitou vývoje veřejné správy, a předpokladem započítí reformy, resp. jejich „počátkem“ musela být a také byla v první řadě tzv. demokratická transformace územní veřejné správy.

Reflektovatelné reformy místní správy proběhly ve většině evropských zemí po druhé světové válce⁶, a to v různých etapách (nejvýrazněji v 60. – 80. letech). Výrazným příkladem reforma obcí v letech 1966 – 1976 v SRN, kde došlo ke snížení počtu obcí a průměrná velikost obcí byla nastavena na 5000 – 8000 obcí, podobně bylo postupováno např. i ve Švédsku a Dánsku.

Návazně následovala modernizace, zaměřená na obsah a kvalitu výkonu veřejné správy, privatizace veřejných služeb, konkurence, posílení ochrany práv jednotlivců, a také informatizace, která mj. vyvolala i systémové změny ve veřejné správě.

Ve východoevropských zemích nutně, jak bylo již zmíněno, přicházela v úvahu nejprve demokratická transformace, a ve spojení s ní bezprostředně následovaly reformy a modernizace (vše v podstatně kratším období s využíváním poznatků zahraničních), v důsledku čehož demokratická transformace a počátek reformy probíhaly prakticky souběžně, a také převážně doznívající reformy a probíhající modernizace jsou také realizovány společně.

Pro bezprostředně poslední vývoj naší územní správy, a podobně i územní správy dalších evropských zemí, platí, že je provázen také tzv. evropeizací. Ta však zdaleka nesouvisí jenom s členstvím v úvahu přicházejících zemí v Evropské unii, ale její původ je především v působení Rady Evropy a jejích orgánů.

Klíčovým dokumentem v tomto směru je Evropská charta místní samosprávy, která vstoupila v platnost 1.9.1988, v České republice potom vstoupila v platnost 1.9.1999.⁷ Není přitom bez zajímavosti, že proces přijetí a následných „podpisů“ u Evropské charty místní samosprávy⁸

⁶ Reformy veřejné správy byly však předmětem zájmu i v dřívějších obdobích, tak např. v Rakousku v roce 1911 byla ustavena Komise pro reformu VS.

⁷ Charta upravuje základní otázky postavení a poslání místní samosprávy. Jmenovitě pojednává o ústavních a zákonných základech místní samosprávy, vymezuje pojem místní samosprávy, upravuje tzv. rozsah místní samosprávy, vymezuje ochranu hranic místních správních jednotek, charakterizuje správní struktury a zdroje k plnění úkolů místních společenství, stanoví podmínky výkonu odpovědnosti na místní úrovni, konstituuje institut dozoru nad činností místních společenství, charakterizuje finanční zdroje místních společenství, garantuje právo místních společenství se sdružovat a obdobně zaručuje i soudní ochranu místní samosprávy.

Text Evropské charty místní samosprávy je publikován ve Sbírce zákonů jako "sdělení MZV ČR" č. 181/1999 Sb., a to nyní již ve znění změn, provedených ve smyslu "sdělení MZV ČR" č. 369/1999 Sb. Do anglického znění Charty lze nahlédnout na Ministerstvu zahraničních věcí a na Ministerstvu vnitra.

⁸ Charta byla přijata (podepsána prvními státy) v říjnu 1985 ve Štrasburku, a platnosti nabyla po předepsané ratifikaci stanoveným minimálním počtem členských států k uváděnému datu 1.9.1988. Česká republika Evropskou chartu místní samosprávy podepsala v květnu 1998 a po její ratifikaci se Charta stala pro Českou republiku platnou dnem 1.9.1999.

shodou okolností „spadl“ do období počátku tzv. demokratické transformace územní samosprávy ve východních zemích Evropy. Současně lze poznamenat, že v Evropských společenstvích, resp. v Evropské unii se role místních, ale stejně tak i regionálních, samospráv začala zdůrazňovat v zásadě počínaje s přijetím Maastrichtské smlouvy.⁹

Zhruba ve stejném období potom na půdě Rady Evropy začala příprava Evropské charty regionální samosprávy.¹⁰

Evropské státy, které podepsaly Evropskou chartu místní samosprávy, jejím principům v příp. potřeby přizpůsobily také vždy příslušný národní právní rámec¹¹, tj. ústavněprávní a zákonnou úpravu.

Územní samospráva je v jistém smyslu svorníkem vztahu mezi občanem a státem (občan – obec – stát).

Ústavně právní úprava územní samosprávy souvisí s dělbou moci¹², s úpravou vztahu jednotlivce a státní moci (právo na samosprávu) a se zakotvením cílů státu a hodnot, kterými je moderní stát vázán (samosprávné tradice). Posláním zákonné úpravy je potom především adekvátně vyjádřit uplatnění principu decentralizace, autonomie a subsidiarity, a to i ve

⁹ **Maastrichtská smlouva**, či také Smlouva o Evropské unii, byla podepsána v Maastrichtu 7. února 1992 a vstoupila v platnost 1. listopadu 1993.

¹⁰ Jak vyplývá již z označení tohoto dokumentu, je zaměřena je na oblast "nadmístní" samosprávy. Z právního hlediska je podstatné zejména to, že text této "Charty" má zatím povahu návrhu, projednaného a schváleného toliko tzv. Kongresem místních a regionálních samospráv Evropy, a to již v r. 1997.

Obsahově návrh koresponduje obsahu Evropské charty místní samosprávy a současně respektuje v ní vymezované základní otázky postavení a poslání místní samosprávy. Při zaměření na úroveň regionů návrh zároveň akcentuje postavení regionální samosprávy, vymezované ve vztahu k ústřední vládě.

¹¹ Většina ustanovení Charty je v našich podmínkách již promítnuta do aktuální vnitrostátní zákonné úpravy. Mimo to je však její obsah, jakožto obsah mezinárodní smlouvy ve smyslu novelizovaného čl. 10 Ústavy, v otázkách přímo aplikovatelných a příp. ještě neupravených vnitrostátními právními předpisy, taktéž součástí vnitrostátního právního řádu. Pro event. případ rozdílů v úpravě zákonné a úpravě v Chartě, potom má přednost ustanovení Charty.

Nabízí se poznamenat, že Ústavní soud ve spojení s Chartou poukázal na limity svobody územní samosprávy, a to když v nálezu Pl. ÚS 34/02 uvedl: *Český ústavní standard místní samosprávy je doplněn a obohacen standardem, který vyplývá z mezinárodních závazků České republiky, jmenovitě Charty místní samosprávy sjednané 15. 10. 1985, jež vstoupila v účinnost pro Českou republiku 1. 9. 1999, publikované v Radě Evropy pod č. 122 ETS a v České republice pod č. 181/1999 Sb. a č. 369/1999 Sb.. Charta není klasickou smlouvou o lidských právech, netýká se jednotlivců, nýbrž společenství občanů, zakládá kolektivní práva. Z toho vyplývají zvláštnosti jejího výkladu a aplikace. Pravidla jí vyjádřená, která tvoří evropský standard místní samosprávy, jsou stěžejí přímo uplatnitelná (self-executing). Evropský standard územní samosprávy je vyjádřen vlastnostmi, které má samospráva smluvní strany vykazovat, resp. práv, jež má požívat. Smluvní strany mají povinnost zaručit své územní samosprávě určitý počet takových práv určených Chartou. Práva zaručená Chartou územní samosprávě smluvních stran jsou rámcová. Charta sama v řadě ustanovení počítá s podrobnou vnitrostátní právní úpravou, která zajistí představuje meze, ve kterých se územní samospráva bude pohybovat. Rozhodně nezaručuje úplnou svobodu územní samosprávy. Ta není evropskou tradicí. Zákony, popř. další předpisy podle volby a tradice smluvních stran mohou podrobně vymezovat okruh záležitostí spravovaných územní samosprávou včetně těch, které má samospráva za povinnost sledovat, její organizaci včetně podoby a postavení jednotlivých orgánů, určovat rámec pro hospodaření, přiznávat majetek a její finanční zdroje. Už vůbec Charta nečiní z územní samosprávy svrchovaná tělesa blízká se státům.* (www.concourt.cz)."

¹² Ve své podstatě se jedná, jak bylo ostatně již zmíněno, o výraz tzv. vertikální dělby moci.

spojení s "dělbou" samosprávné působnosti mezi obcemi a v úvahu přicházejícími vyššími územními samosprávnými celky.¹³

Veřejná správa je ve vyspělých evropských zemích konstituována jako vícestupňová.¹⁴ Státní linie veřejné správy bývá zpravidla či ponejvíce třístupňová, a to včetně úrovně ústředních orgánů státní správy. Samosprávná linie, jako relativně nezávislá představitelně druhá soustava veřejné správy nemá „centrum“, a nejčastěji je dvouúrovňová. Vyšší územní samosprávné celky (druhá úroveň) jsou často identické či obdobné s územními obvody středních článků pro státní správu (a to i v příp. děleném modelu).

Jsou však známy i případy s vyšším počtem úrovní či stupňů veřejné správy, stejně jako s nižším počtem úrovní či stupňů.

Příkladem zemí s vyšším počtem úrovní či stupňů veřejné správy jsou Francie a Itálie, kde působí, počítáno včetně ústřední správy, celkem čtyři úrovně. Opačným případem, kde společně s ústřední správou najdeme jen dvě úrovně jsou Srbsko a Švýcarsko, kde je jen jedna úroveň územní samosprávy, což souvisí se silnou decentralizací a také federalizací. U států jako jsou Andora, San Marino, Monaco, Malta, Lucembursko, dokonce místní a ústřední úroveň vlády v podstatě splývá.

Územní správou v tomto smyslu rozumíme veškeré nižší úrovně správy, než úroveň ústřední. V rámci územní správy potom obvykle přichází v úvahu členění na místní správu, kterou se rozumí místní, tj. nejnižší úroveň územní veřejné správy, a dále správu nadmístní, představovanou jednou, či více úrovněmi např. okresní, krajská, popř. regionální¹⁵). Územní správa je tak zpravidla pojmem širším než pojem místní správa, i když v některých případech, či za určitých situací, jiná územní správa než správa místní neexistuje, a pak tyto pojmy vystupují jako pojmy identické. To byl případ i naší územní veřejné správy s všeobecnou působností takřka po celá tzv. devadesátá léta, a to až do právního i faktického konstituování krajů na samosprávných principech na sklonku roku 2000. Organizace územní správy (s všeobecnou působností) je v našich současných podmínkách představována jednak místní úrovní organizace veřejné správy (obce) a dále tzv. „územní“ správou na krajské úrovni (územní samospráva ve smyslu tzv. vyšších územních samosprávných celků).

¹³ Jmenovitě tak čl. 4 odst. 3 Charty uvádí: "Za správu veřejných záležitostí budou odpovídat zejména ty orgány, které mají nejbližší k občanům. Stanovení odpovědnosti jinému orgánu musí odpovídat rozsahu a povaze úkolů, požadavkům efektivnosti a hospodárnosti". Jinak vyjádřeno jde o to, aby z vyšších úrovní byla vykonávána jen ta správa, kterou je takto vykonávat nezbytně nutné. To přirozeně platí nejen pro vztah mezi státní správou a územní samosprávou, ale analogicky lze tento postulat postavit jako požadavek i pro vztahy v rámci úrovněvého členění územní samosprávy.

¹⁴ S organizací územní veřejné správy také souvisí postavení svazků či sdružení územních samosprávných celků, zpravidla explicitně vyjádřené v zákonné úpravě. V Rakousku je jejich postavení zakotveno již v Ústavě.

¹⁵ Pojem „regionální správa“ je v našich podmínkách hovorově zpravidla, a přitom poněkud nepřesně, spojován s aktuální krajskou správou. Podle platné právní úpravy je přívlastek „regionální“ užit v zákoně č. 248/2000 Sb., o podpoře regionálního rozvoje. Ve smyslu této úpravy se regionální rozvoj váže k „regionům“, které jsou chápány jako územně soudržné celky, které mohou někdy směřovat jen dovnitř území vymezeného hranicemi krajů, jindy mohou hranice krajů přesahovat. Zvláštním případem jsou potom tzv. regiony soudržnosti vymezované pro potřeby spojené s koordinací a realizací hospodářské a sociální soudržnosti, při současném využívání finančních prostředků ze strukturálních fondů Evropské unie.

Místní správa organizačně v uplynulém období spojovala jak státně mocenské tak i místně samosprávné působení, realizované k tomu příslušnými subjekty způsobem a v rozsahu stanoveném platným právním řádem. Od ukončení činnosti soustavy národních výborů v roce 1990 byla územní správa představována především obcemi, jako samosprávnými korporacemi územní samosprávy a jejich orgány, se zvláštním postavením hlavního města Prahy, a dále okresními úřady, jako územně nejnižšími (tedy „místními“) orgány státní správy s všeobecnou působností. Přitom žádnou vyšší územní úroveň ani samosprávy, ani státní správy s všeobecnou působností naše soustava orgánů veřejné správy po celá devadesátá léta neznala, nicméně řešení vyšší územní správy se předpokládalo a připravovalo.

K „doplnění“ takto koncipované místní správy¹⁶ s všeobecnou působností došlo, v návaznosti na posloupný právní vývoj, fakticky až k datu voleb do zastupitelstev krajů (12.11.2000). Návazně, a to k datu 31.12.2002, potom byla ukončena činnost okresních úřadů, a veškerá územní správa s tzv. všeobecnou působností je nadále představována toliko obcemi a kraji (společně s hlavním městem Prahou) jako územními samosprávnými korporacemi, a orgány územní, či místní, státní správy s všeobecnou působností zřízeny nejsou. Na místní úrovni tak jako subjekty všeobecného výkonu veřejné správy nadále vystupují toliko obce jako subjekty místní samosprávy.¹⁷

Takto, dnes již modifikovaněji (než po celé uplynulé desetiletí) pojatá organizace územní, resp. místní správy, tvořená jejími subjekty s všeobecnou působností, je ovšem v jistém smyslu doplňována ještě územně dekoncentrovanými (specializovanými) orgány státní správy, které vykonávají státní správu také jen v určitých územních obvodech, a které jsou vždy na svém úseku svým organizačním postavením přímo odvozeny od příslušných ústředních orgánů státní správy.

¹⁶ Nutno uvést, že pojem „místní správa“ není pojmem legislativním. Legislativní je u správy naopak přívlastek „územní“, který je počínaje Ústavou České republiky užíván platnou právní úpravou v příslušných v úvahu přicházejících souvislostech. Obdobně v daných souvislostech převážně s pojmem „územní“ pracuje i naše příslušná odborná literatura - viz tak např. Filip, J.: Ústavní právo, I., Základní pojmy a instituty, Ústavní základy ČR, MU Brno 1999, str. 448 a násl., i když tento autor v „poznámce pod čarou“ konstatuje, že výrazem „územní“ rozumí jak „územní samosprávu na úrovni VÚSC“, tak „místní samosprávu na úrovni obcí“. Naproti tomu výraz „místní“ je v daných souvislostech někdy jednoznačněji preferován související literaturou zahraniční - viz např. Chandler, J.A. (editor): Local government in liberal democracies, Routledge, London 1993, česky: Místní správa v liberálních demokraciích, Brno Doplňek 1998 (překlad S.Skulové a J.Svatoně).

Kromě výše uvedené poznámky o současné rakouské ústavně právní úpravě je třeba poznamenat, že dále např. i polská Ústava z r. 1997 v tomto smyslu pojmově diferencuje, když v čl. 164 rozlišuje „samorząd terytorialny a lokalny“. K tomu viz blíže Kotulski, M.: Prameny práva podle Ústavy polské republiky a akty místního práva jednotek územní samosprávy, Správní právo, 1999, str. 324, dále Leonski, Z.: Samorząd teritorialny v RP, C.H.Beck Warszawa 1998, str. 66 a násl. Naproti tomu je však třeba pro objektivnost uvést, že např. slovenská ústava, úst. zák.č. 462/1992 Sb., zná jen pojem „územná samospráva“, viz čl. 64 a násl.

Nicméně platí, že u "místní samosprávy" navíc jde o „prvořadou“ či „přirozenou“ územní samosprávu, zatímco každá jiná územní (obvykle „nadobecní“) samospráva je již v jistém smyslu od "místní samosprávy" odlišná, a svou povahou je „odtažitější“.

¹⁷ Obdobně ani pojem „místní samospráva“ není pojmem legislativním, nicméně teorie i praxe tento pojem poměrně běžně užívá, stejně jako tento pojem užívá u judikatura. K tomu viz např. nález ÚS Pl. ÚS 1/96, obdobně nález ÚS Pl. ÚS 34/02, v nichž je shodně mj. uvedeno: *Ústavní soud považuje místní samosprávu za nezastupitelnou složku rozvoje demokracie. Místní samospráva je výrazem práva a schopnosti místních orgánů, v mezích daných zákonem, v rámci své odpovědnosti a v zájmu místního obyvatelstva regulovat a řídit část veřejných záležitostí.* (www.concourt.cz)

V našich podmínkách České republiky, jak bylo výše rekapitulováno, byla v roce 1990 předchozí soustava národních výborů nahrazena nově koncipovanou organizací tzv. všeobecné územní správy, která na základní úrovni zakotvila obce, jako jednotky územní samosprávy v režimu připomínaného tzv. smíšeného modelu, na územně „vyšší“ úrovni potom situovala okresní úřady, jako územní orgány státní správy s všeobecnou působností. Zvláštní pozornost byla ještě věnována hlavnímu městu Praze, pojatému územně samosprávně, s vlastní zákonnou úpravou. Přes ústavně právní předpoklad ustavení tzv. vyšších územních samosprávních celků došlo k jejich faktickému zřízení až po deseti letech, a to obdobně jako u obcí v režimu tzv. smíšeného modelu, a v územní správě se v tzv. úrovních všeobecné územní veřejné správy, do té doby představovaných obcemi jako samosprávou, a okresními úřady, jako státní správou, objevuje „třetí“ úroveň, úroveň krajů, s právním i faktickým postavením „nadobecní samosprávy“.

V souvislosti s „nastartováním krajů“ zákonodárce současně časově ohraničil působení okresních úřadů¹⁸, což znamenalo, že postavení krajů, jako tzv. třetí úrovně územní veřejné správy u nás bylo koncipováno jako „dočasné“, a po ukončení činnosti okresních úřadů¹⁹ se tzv. všeobecná územní veřejná správa stala opět „dvoúrovňovou“ s tím, že obě tyto úrovně jsou (resp. „veškerá“ všeobecná „územní správa“ je) nadále organizačně představovány toliko samosprávou, tj. bez existence státní institucionální roviny všeobecné územní veřejné správy v prostředí územního členění státu.

Takto zvolené řešení v organizaci všeobecné územní veřejné správy (vedle některých specializovaných územních orgánů státní správy), které staví výlučně na územních samosprávních korporacích (bez územních orgánů státní správy s všeobecnou působností) již samo o sobě posiluje význam územní samosprávy ve vzájemných vztazích mezi státem a územními samosprávami při zabezpečování a uskutečňování úkolů státu jejich prostřednictvím, ale zejména klade vysoké nároky na vlastní samosprávné fungování obcí a krajů. Tady hraje dílem roli velikostní aspekt obcí a krajů, a návazně i režim vztahů mezi obcemi a kraji.

Pokud jde o velikostní aspekt územních samosprávních celků, Česká republika, je případem země s velkým počtem obcí, s poměrně nízkým průměrem počtu obyvatelstva, a také s velkým počtem malých obcí.²⁰ To je dáno především historicky, a přes možnost slučování

¹⁸ Tento záměr doznal svého vyjádření v ust. § 44 zákona č. 147/2000 Sb., o okresních úřadech

¹⁹ S ohledem na u nás uplatňovaný model tzv. smíšené územní správy se pro období pro zrušení okresních úřadů ve svých důsledcích uplatnilo řešení, kdy byly kompetence výkonu státní správy příslušející tehdejšími okresními úřadům převedeny převážně do tzv. přenesené působnosti obcí (které byly pro tento účel rozděleny do tří "pověřenostních kategorií"), s tím, že kvantitativně podstatně menší rozsah výkonu agendy okresních úřadů (menší než v případě působnosti obcí) byl převeden do tzv. přenesené působnosti krajů.

Za této situace je zřejmé, že o dalším adekvátním zabezpečování příslušné územní státní správy rozhodovala zejména citlivost, se kterou bylo či nebylo "zvoleno" přerozdělení působnosti okresních úřadů do sféry či sfér "zbývající" organizační struktury územní správy. Nelze přitom nezopakovat, že otázkou přitom bylo, zda se pro samotný výkon státní správy skutečně nestalo "nevýhodou", že stát takto prakticky "ztratil" své institucionální územně správní "reprezentace" pro tzv. všeobecný výkon státní správy v území, neboť veškerá všeobecná územní správa je po tomto kroku, z pohledu institucionálního, představována výlučně organizací územní samosprávy, a jí je také zabezpečována jako tzv. přenesená působnost.

²⁰ V České republice je tč. cca 630 obcí s průměrným počtem 1620 obyvatel na jednu obec. Obdobně je na tom Slovensko – cca 1700 obyvatel na jednu obec a Francie – cca 1600 obyvatel na jednu obec. Naproti tomu největší průměrný počet obyvatel na jednu obec má Portugalsko, a to cca 34 000 obyvatel, o něco méně mají

obcí, které nebylo nijak výrazně využito, to ve své podstatě o na jedné straně svědčí o silné sounáležitosti obyvatelstva k personálnímu společenství vždy té které obce, avšak na straně druhé je to spjato s nižší efektivností a v některých případech i s nižší mírou zajištění profesionality při výkonu a zabezpečování příslušných úkolů. Pokud jde o kraje, tam byl jejich počet již výsledkem určité racionální úvahy a politického konsenzu, přičemž pocit sounáležitosti obyvatelstva k těmto personálním společenstvím již má vazbu spíše zprostředkovanou.

Velikostní aspekt je přitom i významným hlediskem pro diferenciaci výkonu přenesené působnosti obcí. obcí

U samostatné působnosti (kdy se územní dosah výkonu samostatné působnosti se vždy vztahuje jen k dané „sídelní“ obci) se velikostní aspekt obcí prakticky projevuje zejména v determinaci či limitaci ekonomických možností jednotlivých obcí, a jistým východiskem v určitých otázkách je pro malé obce „spojení síla a prostředků“ cesto tzv. svazků obcí.

Pro potřeby přenesené působnosti a jejího výkonu zákonodárce s ohledem na uvedené zvolil kategorizaci obcí, která však obecní správu vzdaluje od územní samosprávy (a to i ve vlastním „prostorovém“, či dopravně dostupnostním, slova smyslu). Uplatnil tak model s diferencovaným výkonem přenesené působnosti, jež se fakticky projevil v „pojetí soustavy obcí“, tvořeném jejich třemi „pověřenostními kategoriemi“. Vedle obcí „běžných“ a obcí „s pověřeným obecním úřadem“ byly po ukončení činnosti okresních úřadů uvedeny do života obce s rozšířenou působností, jejichž vymezení bylo spíše než důsledkem decentralizace, důsledkem dekoncentrace.

První „pověřenostní kategorie“ (pro výkon přenesené působnosti) je tak tvořena obcemi s „běžnými“ obecními úřady, druhá úroveň obcemi s již dříve známými „pověřenými úřady“ (někdy se používá výraz „obce II. úrovně, či II. stupně“, a zcela nová tzv. třetí úroveň byla vytvořena ve spojení s vybranými obcemi s ještě „vyšším“ pověřením, označovanými jako obce s rozšířenou působností, (v této souvislosti někdy používal či používá výraz „obce III. úrovně, či III. stupně“). Tady je myslím třeba poznamenat, že pracovní označení, které pracuje s pojmy obce I., II., III. spočívající v termínu „stupeň či stupně“ bylo a i nadále je, nejen nesprávné, ale také zavádějící. Vztahy mezi takto diferencovaně disponovanými obcemi nejsou právní úpravou nastaveny jako "stupňovité", neboť mezi nimi zákonitě nejsou konstruovány vztahy nadřízenosti a podřízenosti. Proto je třeba i v pracovní terminologii spíše hovořit o rozdílných "kategoriích", či příp. snad ještě o „úrovních“ obcí.

Tady bylo, a i nadále je, nutno pro výkon státní správy v režimu tzv. přenesené působnosti obcí rozlišovat mezi tím, co lze nazvat „pověřenostními úrovněmi“, a mezi tím, co má charakter „stupňů“ v organizační struktuře státní správy. Stručně vyjádřeno „pověřenostní úrovně“ se pohybují v prostředí diferencované „působnosti“ (tzn. okruh, obsah a rozsah úkolů), avšak s typově jednotnou „pravomocí“ (tzn. typová veřejnoprávní oprávnění jako právní prostředky výkonu působnosti). Jinými slovy výraz „stupňovitost“ je v právním slova smyslu standartně spojován s tzv. instanční hierarchií, která v „pověřenostně úrovněm“ diferencování obcí nemá místo. Obce jsou ústavně právní úpravou vnímány jako tzv. základní

potom Švédsko a Nizozemí. K zemím „středu“ náleží Rakousko – cca 3 500 obyvatel na jednu obec, a Německo – cca 5 500 obyvatel na jednu obec.

V České republice přitom bylo v r. 2004 více než 25 % obcí do 200 obyvatel, 60 % obcí do 500 obyvatel, 79 % obcí do 1 000 obyvatel.

územní samosprávné celky, jež potom takto mohou tvořit toliko jeden instanční stupeň, a to bez ohledu na jejich tzv. „pověřenostní úroveň“, která se týká pouze diferenciací v působnostně rozdílném svěřeném výkonu státní správy.²¹

Těžiště přesunu kompetencí výkonu státní správy příslušející dřívějším okresním úřadům, podle předmětné úpravy, směřovala v této souvislosti právě k „pověřenostní úrovni“ obcí III. kategorie. Vzhledem k tomu, že šlo o nově včleňovaný „prvek“ („třetí kategorie“) do tehdejší struktury obcí (diferencované v té době toliko „dvoukategorie“) bylo vcelku přirozené, že se v praxi živě diskutovalo jak o „výběru“ těchto obcí (tj. obcí na které měly být převedeny kompetence III. pověřenostní úrovně), tak o obvodech jejich územní působnosti v uvedeném směru.²²

Pokud šlo o vlastní převáděné kompetence z okresních úřadů na obce, je třeba poznamenat, že z tehdejších funkcí okresních úřadů byly z povahy věci na obce (do jejich přenesené působnosti) bez jakýchkoliv pochybností „převáděny“ v podstatě jen funkce rozhodování při výkonu státní správy prvního stupně. Dosud uvedenému nepřimo odpovídá, že ty z funkcí tehdejších okresních úřadů, které nepřecházely na obce (tady, jak jsme poznamenali, ponejvíce na obce III. pověřenostní úrovně), nutně přecházely na kraje.

Přesun příslušných funkcí na úroveň krajů představoval a nadále představuje v daných souvislostech logické vyústění právních možností, jak řešit rozložení kompetencí po rušených okresních úřadech na „zbývající“ organizační subsystémy územní správy. Nicméně na straně druhé se v této souvislosti zcela logicky, vedle patrně i jiných v úvahu se nabízejících otázek, vtírá zamyšlení nad tím, zda „prostorové“ vzdálení výkonu předmětných funkcí od příslušných subjektů práv, nejde proti jednomu z klíčových principů reformy veřejné správy, vyjadřovaných slovy „přiblížení správy občanům“. Zatímco přesun kompetencí z okresních úřadů na obce statisticky (resp. v průměru) takovým „přiblížením správy občanům“ patrně často, či převážně, byl, v případě přesunu příslušných kompetencí z okresních úřadů na kraje toto „přiblížením správy občanům“ zpravidla, či převážně, nebylo.

Při zvolené koncepci tzv. druhé fáze reformy územní veřejné správy je nanejvýš zřejmé, že event. „protiřešením“ (myšleno směřujícím proti předvídatelnému prostorovému „vzdálení se“ takové správy občanům ze sídel okresních úřadů na kraje, tedy do sídel krajů) mohla být snaha po „podržení okresních úřadů“ pro takto redukováné funkce (tzn. pro ty, které byly ze své povahy určeny k přesunu na kraje). Na druhé straně však organizační teorie i praxe přitom pro řešení problému toliko vzdálenostní dostupnosti služeb (a státní správa obecně službou je)

²¹ Výjimkou zvláštního druhu v daných souvislostech je "instanční" hierarchie uvnitř územně členěných statutárních měst, která nejen že nemá oporu v ústavně právní úpravě, ale která je teorií, a do jisté míry i praxí, vnímaná za zvláštní anomálii, danou specifikem našeho zákonného pojetí územně členěných statutárních měst).

²² Na tomto místě je však třeba poznamenat, že již samotná skutečnost dalšího posílení působnosti obcí založila právě u těchto obcí logicky daleko vyšší nároky na dostatečně citlivé rozlišování samostatné a přenesené působnosti obcí, včetně potřeby zabezpečit respektování v jejich rozdílech, jakož i rozdílech při jejich naplňování, a to přirozeně výrazněji tam, kde přenesené působnosti "přibýlo" přesunem působnosti zrušených okresních úřadů.

Krom toho je zaznamenáníhodné, že přesun působnosti okresních úřadů na vybrané obce (tady zejména obce uvažované jako kvalitativně nová - III. - úroveň) byl v době jeho příprav představiteli příslušných obcí převážně vnímán jako "výhoda" pro danou obec, a že také některé dříve takto neuvažované obce prostřednictvím svých představitelů výrazně usilovaly o získání takového postavení. Aniž bychom podceňovali nesporný praktický význam pozice obcí, spojený právě s větším objemem tzv. přenesené působnosti, je nutno poznamenat, že obec "dělá" obcí nikoliv přenesená, ale především samostatná působnost.

zná nejrůznější organizační modely detašovaných pracovišť se stálou, či algoritmicky občasnou, komplexní či výběrovou, plně výkonnou či jen asistenční službou, apod.

Jmenovitě se pro tyto event. úvahy jako nejhodnější jeví funkce agendy odvolacího řízení, a dozorové a kontrolní funkce nad výkonem přenesené působnosti obcí. Do jisté míry obdobně se z této „detašované expozitury“ jeví vhodný i výkon funkce odborné a metodické pomoci obcím v dané, tj. přenesené, působnosti obcí..

Po právní stránce by toto řešení zřejmě však bylo spojeno s vyšší náročností na „preciznost“ či „přesnost“ při rozhranění působností a úkolů mezi „centrálním pracovištěm kraje“ a jednotlivými územně „detašovanými pracovišti kraje“, včetně tomu odpovídající zvýšené náročnosti na řízení chodu takto územně výrazně dislokovaného „krajského úřadu“. Současně by toto řešení nutně naráželo na významné limity, vyplývající jednak ze záměru reformy obecně eliminovat existenci sítě, či sítí, územních pracovišť orgánů státní správy (což ostatně bylo v případě územních pracovišť ústředních orgánů státní správy v rozhodující míře také již uskutečněno v souvislosti s ustavením a nastartováním chodu krajů), a dále zřejmě i s limity, danými požadavky na nákladovou hospodárnost chodu krajské správy.

Skutečností je, že takové řešení zvoleno nebylo. Za této situace bylo a je zřejmé, že o dalším adekvátním zabezpečování příslušné územní státní správy rozhodovala zejména citlivost, se kterou bylo či nebylo „zvoleno“ přerozdělení působnosti okresních úřadů do sféry či sfér „zbývající“ organizační struktury územní správy. Nelze přitom nezopakovat, že otázkou přitom bylo, zda se pro samotný výkon státní správy skutečně nestalo „nevýhodou“, že stát takto prakticky „ztratil“ své institucionální územně správní „reprezentace“ pro tzv. všeobecný výkon státní správy v území, neboť veškerá všeobecná územní správa je po tomto kroku, z pohledu institucionálního, představována výlučně organizací územní samosprávy, a jí je také zabezpečována jako tzv. přenesená působnost.

Aspekt velikostní diference se potom zcela specificky, a opět s jistým zohledněním potřeb a možností zabezpečení výkonu přenesené působnosti, projevuje u měst, kde jejím výrazem jsou statutární města, s možností jejich vnitřního územního členění na městské obvody či městské části.²³ Zcela specifické postavení i v tomto směru dále potom zaujímá i hlavní město Praha.

Řešení projevů velikostního aspektu je značně složité, přičemž navíc platí, že obec od obce může takovýto problém být značně rozdílně vnímán. V oblasti přenesené působnosti se nabízí (a také v některých případech praktikuje) příp. občasně „výjezdní“ zabezpečování výkonu přenesené působnosti ze strany obcí s pověřeným obecním úřadem či obcí s rozšířenou působností v běžných obcích, a v oblasti samostatné působnosti se potom nabízí alespoň využití možností, které jsou spojovány s členstvím obcí ve svazcích obcí. Prozatím totiž, jak

²³ Tady se nabízí řada otázek k zamyšlení, což by ostatně mohlo být tématem samostatného příspěvku. Počínaje neexistencí zákonných kritérií pro zařazení města do zákonného výčtu statutárních měst, přes neexistenci zákonných kritérií pro vlastní vnitřní členění (některá města se v praxi vnitřně nečlení, některá tak činí jen na části města, zřízené městské obvody či městské části se velikostně a vybavenostně značně liší), až po jistou problematičnost právního postavení městských obvodů či městských částí (nemají ústavně právní oporu) a četné otázky s tím spojené.

Samospráva městských částí či městských obvodů je přitom jakousi „podobení“ samosprávou, která přesto, že je od samosprávy místní (obecní) v jistém smyslu odvozena, nutně musí být vnímána jako její součást.

ukazují poslední roky, nelze počítat s výraznější integrací obcí, tj. s tím, že se obce budou ve větší míře slučovat.

Pokud jde o kraje, jako vyšší územní samosprávné celky, tady v zásadě Česká republika, pokud jde o jejich počet, nevybočuje z evropského průměru, který činí (u jednotek přímo pod centrem) cca 10 – 30, bez ohledu na velikost státu.²⁴ Pro potřeby výkonu své působnosti, a to jak samostatné, tak přenesené, jsou kraje při své velikosti, dostatečně materiálně i odborně vybaveny, a proto ani na úseku přenesené působnosti žádná diferenciacie, na rozdíl od obcí, potřebná nebyla a není. Na druhé straně kraje mají určitý prostor pro smluvní spolupráci v oblasti působnosti samostatné.

U krajů je spíše problémem skutečnost, že dosud se tomuto územnímu členění plně nepřizpůsobila veškerá územní veřejná správa (nekoncentrované orgány), stejně jako se tomuto územnímu členění dosud nepřizpůsobila soudní soustava, neboť nadále vedle „samosprávných krajů“ u nás existují i kraje jako správní obvody.²⁵

Pokud jde o vztahy mezi obcemi a kraji, stávající právní úprava obcí, a obdobně i krajů, stojí na pozici respektování „autonomie“ samosprávného postavení obcí, což znamená, že krajům a jejich orgánům, je sice přiznáno postavení „vyšší“, nikoliv však „nadřazené“, úrovně samosprávy. Zvolený a právně zakotvený ("autonomní") princip vztahů mezi obcemi a kraji v oblasti samosprávy (vycházející již ze samotné její podstaty) naplňuje jak příslušné ústavně právní předpoklady, tak i obsah a záměry tzv. Evropské charty územní samosprávy. Zohlednění Evropské charty místní samosprávy nachází svůj projev navíc i v jednotlivých řešeních konkrétní "dělby" samosprávné působnosti mezi obcemi a kraji, a to na tzv. principu subsidiarity.²⁶ Tady potom platí, že již z povahy některých úkolů územní samosprávy však vyplývá, že určité z nich nutně spadají do společné či související, resp. propojené sféry zájmů obcí i krajů, event. i obcí mezi sebou a krajů mezi sebou. Tzn., že v takových případech je především třeba vždy zajistit žádoucí vzájemnou komunikaci a koordinaci jak vertikální, tak horizontální, a to pokaždé v souladu s příslušnými zákonnými pravidly pro dosažení předepísaného či očekávaného výsledného řešení.

²⁴ Např. Itálie má t.č. 20 regionů, Francie 22 regionů, Polsko má 16 vojvodství.

²⁵ Kraje jako tzv. správní obvody, původně vymezené v podmínkách a především pro potřeby postavení a činnosti tzv. krajských národních výborů, jsou územními jednotkami ve smyslu právní úpravou provedeného územního členění státu (kraje se dělí na okresy a okresy se dělí na obce). Takto vymezené postavení krajů, v počtu sedmi, dosud zrušeno nebylo a platná právní úprava stále vymezuje kraj Středočeský, kraj Jihočeský, kraj Západočeský, kraj Severočeský, kraj Východočeský, kraj Jihomoravský a kraj Severomoravský. Jejich existence bude, s ohledem na to, že jsou využívány jako územní obvody působnosti některých typů orgánů veřejné moci (ponejvíce to platí pro soudy) a mají tak být využívány nadále, zřejmě i do budoucna zachována.

viz. zákon č. 36/1960 Sb., o územním členění státu, ve znění pozdějších předpisů

²⁶ Jmenovitě tak čl. 4 odst. 3 Charty uvádí: "Za správu veřejných záležitostí budou odpovídat zejména ty orgány, které mají nejbližší k občanům. Stanovení odpovědnosti jinému orgánu musí odpovídat rozsahu a povaze úkolů, požadavkům efektivnosti a hospodárnosti". Jinak vyjádřeno jde o to, aby z vyšších úrovní byla vykonávána jen ta správa, kterou je takto vykonávat nezbytně nutné. To přirozeně platí nejen pro vztah mezi státní správou a územní samosprávou, ale analogicky lze tento postulat postavit jako požadavek i pro vztahy v rámci úrovněvého členění územní samosprávy.

Samostatným problémem je potom i vazba krajů na tzv. regiony soudržnosti,²⁷ tj. tzv. NUTS 2, kdy se jejich územní obvody regionů soudržnosti a krajů, přičemž regionální rozvoj a jeho podpora, které jsou nosným posláním NUTSů 2, je současně klíčovým úkolem krajů.

3. SHRnutí, Závěr

Dosažený stav organizace současné místní a regionální samosprávy i postup, který k němu vedl, nebyl a není bez problémů. Nicméně v základním zaměření reforma veřejné správy sleduje žádoucí cílový stav, vybudování moderní veřejné správy, která by měla způsobit obstat v současném i časově perspektivním evropském prostředí. Toto posledně uvedené konstatování přirozeně oplatí obecněji pro celý další postup reformy veřejné správy, který by se nadále měl orientovat jednak na ústřední státní správu (včetně jejího vztahu k územní správě a to zejména ve vztahu ke krajům²⁸) a který by se postupně již výrazněji přesunul z roviny „organizační“ do roviny tzv. „funkční“ (typicky v hmotně právní a procesně právní oblasti úpravy veřejné správy, včetně posílení příslušných garancí ochrany subjektivních práv ve veřejné správě).

Přes některé naznačené problémy stávajícího řešení, tj. zejména uplatnění smíšeného modelu, je zřejmé, že situace změnu či záměnu tohoto modelu nevyžaduje. Čemu je však třeba věnovat pozornost, je důsledné respektování možností a mezí, které daný model poskytuje a

²⁷ Územní vymezení *regionů soudržnosti* je totožné s územními statistickými jednotkami, označovanými jako "NUTS 2". K tomu je třeba poznamenat, že toto regionální členění je pojato jako "Klasifikace územních statistických jednotek CZ-NUTS", a bylo u nás zavedeno Opatřením Českého statistického úřadu č. OP 13/99, ze dne 27. dubna 1999, podle § 19 odst. 1 zákona č. 89/1995 Sb., o státní statistické službě, a na základě usnesení vlády ČR č. 707/1998, kterým vláda doporučila vymezit statistické územní jednotky na území ČR ve shodě s vymezením NUTS v rámci EU. Klasifikace NUTS (*La Nomenclature des Unités Territoriales Statistiques*) je v evropské legislativě (*Council Regulation No 2052/88 a navazující předpisy*) používána od r. 1988, a obsahuje 6 úrovní NUTS (NUTS 0, NUTS 1, NUTS 2, NUTS 3, NUTS 4 a NUTS 5). Vymezení jednotlivých úrovní NUTS je charakterizováno počtem obyvatel a rozlohou. V našich podmínkách tak jmenovitě úroveň NUTS 0 vyjadřuje stát Českou republiku, úroveň NUTS 1 vyjadřuje území České republiky, úroveň NUTS 2 vyjadřuje oblasti, tj. sdružené kraje (celkem 8), úroveň NUTS 3 vyjadřuje kraje, tj. VÚSC (celkem 14), úroveň NUTS 4 vyjadřovala okresy (celkem 91 vč. 15 obvodů Prahy) – k 1.1.2008 u nás byla tato úroveň zrušena (viz sdělení ČSÚ č. 201/2007 Sb.), úroveň NUTS 5 vyjadřuje obce (celkem t.č. cca 6 300).

V případě *regionů soudržnosti* se jmenovitě jedná o regiony : Praha, vymezený územím hlavního města Prahy, Střední Čechy, vymezený územím Středočeského kraje, Jihozápad, vymezený územím Jihočeského a Plzeňského kraje, Severozápad, vymezený územím Karlovarského a Ústeckého kraje, Severovýchod, vymezený územím Libereckého, Královéhradeckého a Pardubického kraje, Jihovýchod, vymezený územím Jihomoravského kraje a kraje Vysočina, Střední Morava, vymezený územím Olomouckého a Zlínského kraje, Moravskoslezsko, vymezený územím Moravskoslezského kraje.

²⁸ V evropském právním prostředí je otázka postavení samosprávy, odpovídající našemu krajskému uspořádání, a to včetně vztahů takové samosprávy a ústřední správy, reflektována tzv. Evropskou chartou regionální samosprávy.

Evropská charta regionální samosprávy má svůj původ, obdobně jako Evropská charta místní samosprávy, taktéž v prostředí Rady Evropy.

Jak vyplývá již z jejího označení, zaměřena je na oblast „nadmístní“, tedy regionální, samosprávy. Z právního hlediska je podstatné zejména to, že text této "Charty" má zatím povahu návrhu, projednaného a schváleného toliko tzv. Kongresem místních a regionálních samospráv Evropy, a to již v r. 1997.

Obsahově návrh koresponduje obsahu Evropské charty místní samosprávy a současně respektuje v ní vymezované základní otázky postavení a poslání místní samosprávy. Při zaměření na úroveň regionů návrh zároveň akcentuje postavení regionální samosprávy, vymezované ve vztahu k ústřední vládě.

ve spojení s tím i důsledné naplňování prostoru pro příslušné vztahy v organizaci územní samosprávy a to včetně využívání možnosti kooperativních forem spolupráce. To přirozeně vše s cílem naplňování základního poslání obcí a krajů, kterým je uspokojování potřeb daných samosprávných korporací, jakož i uspokojování potřeb jejich občanů.

Kontaktní údaje na autora – email:

petr.prucha@law.muni.cz

POZEMKOVÉ ÚPRAVY A SOUDNÍ PŘEZKUM

IVANA PRŮCHOVÁ

Právnická fakulta Masarykovy univerzity, Česká republika

Abstrakt v rodném jazyce

Příspěvek se zabývá problematikou rozhodování pozemkových úřadů v řízeních o pozemkových úpravách, a to s důrazem na soudní přezkum rozhodnutí o schválení návrhu jednoduchých pozemkových úprav a rozhodnutí o schválení návrhu komplexních pozemkových úprav. Předmětem zájmu je i soudní přezkum rozhodnutí, kterým pozemkový úřad rozhoduje rozpor vzniklý z duplicitního zápisu vlastnického práva.

Klíčová slova v rodném jazyce

Pozemkové úpravy, rozhodnutí o schválení návrhu jednoduchých pozemkových úprav, rozhodnutí o schválení návrhu komplexních pozemkových úprav, duplicitní zápis vlastnictví, dualismus práva.

Abstract

This article deals with matters concerning land registries' decision-making in "land adjustments cases". The emphasis is placed on judicial review over decisions about approvals of proposal of simple land adjustments and decisions about approval of proposal of complex land adjustments. Further, the authoress of this article pinpoints the issue of judicial review of decisions that were made within the litigation over "duplicate registration of ownership" issues.

Key words

Land adjustments, decision about approval of proposal concerning simple land adjustments, decision about approval of proposal of complex land adjustments, duplicate registration of ownership, legal dualism.

1. ÚVODNÍ POZNÁMKA

Pozemkové úpravy představují významný nástroj k cíleným změnám vztahů v území. Svoji povahou jsou nástrojem, který zasahuje jak do veřejnoprávních, tak do soukromoprávních vztahů. Tato skutečnost tak ovlivňuje jejich povahu a vyvolává i otázky ve vztahu k možnému soudnímu přezkumu rozhodnutí, která jsou v řízení o pozemkových úpravách přijímána.

Právní úprava pozemkových úprav je obsažena v zákoně č. 229/1991 Sb., o úpravě vlastnických vztahů k půdě a jinému zemědělskému majetku, ve znění pozdějších předpisů a v zákoně č. 139/2002 Sb., o pozemkových úpravách a pozemkových úřadech a o změně zákona č. 229/1991 Sb., ve znění pozdějších předpisů (dále jen „zákon o pozemkových úpravách“) a prováděcí vyhlášce k němu č. 545/2002 Sb., o postupu při provádění pozemkových úprav a náležitostech návrhu pozemkových úprav.

2. ÚČEL A FORMY POZEMKOVÝCH ÚPRAV

Pozemkovými úpravami se ve veřejném zájmu prostorově a funkčně uspořádávají pozemky, scelují se nebo dělí a zabezpečuje se jejich přístupnost a využití a vyrovnání jejich hranic tak, aby se vytvořily podmínky pro racionální hospodaření vlastníků půdy. V těchto souvislostech se k nim uspořádávají vlastnická práva a s nimi související věcná břemena. Současně se jimi

zajišťují podmínky pro zlepšení životního prostředí, ochranu a zúrodnění půdního fondu, vodního hospodářství a zvýšení ekologické stability krajiny. Výsledky pozemkových úprav slouží pro obnovu katastrálního operátu a jako závazný podklad pro územní plánování.

Právní úprava počítá s jednoduchými pozemkovými úpravami a komplexními pozemkovými úpravami.

Forma jednoduchých pozemkových úprav se využívá v případech, kdy je nutné vyřešit pouze některé hospodářské nebo ekologické potřeby v krajině nebo když se pozemkové úpravy mají týkat jen části katastrálního území. Jednoduchými pozemkovými úpravami lze provést i upřesnění nebo rekonstrukci přídělů půdy přidělené ve smyslu dekretů prezidenta republiky č. 12/1945 Sb. a č. 28/1945 Sb. a zákonů č. 142/1947 Sb. a č. 46/1948 Sb.

V ostatních případech je vhodné provádět pozemkové úpravy formou komplexních pozemkových úprav. Vzájemný vztah ukončených jednoduchých pozemkových úprav a eventuálně časově a věcně navazujících komplexních pozemkových úprav zákon o pozemkových úpravách výslovně neřeší. Lze však zdůraznit, že výsledky jednoduchých pozemkových úprav by měly být východiskem pro tvorbu návrhu komplexních pozemkových úprav. To ovšem neznamená, že by v průběhu řízení o komplexních pozemkových úpravách nemohly být poměry, které byly v území nastoleny jednoduchými pozemkovými úpravami, uspořádány nově.

3. ROZHODNUTÍ V RÁMCI POZEMKOVÝCH ÚPRAV A JEJICH SOUDNÍ PŘEZKUM

Řízení o pozemkových úpravách je speciálním správním řízením. Navíc se jedná o řízení „dvouetapovité“, neboť jak v řízeních o jednoduchých pozemkových úpravách, tak v řízení o komplexních pozemkových úpravách je nejprve schvalován návrh jednoduché či komplexní pozemkové úpravy. Nutno zdůraznit, že obsahem rozhodnutí o schválení návrhu pozemkových úprav je právě řešení jak veřejnoprávních, tak soukromoprávních vztahů.

V návaznosti na toto rozhodnutí jsou posléze přijímána pozemkovým úřadem rozhodnutí o výměně nebo přechodu vlastnických práv, popřípadě o zrušení nebo zřízení věcného břemene. Tato rozhodnutí již směřují do sféry soukromoprávní. Pozemkový úřad je při jejich přijímání vázán pravomocným rozhodnutím o schválení návrhu pozemkových úprav. Ve vztahu k rozhodování o výměně či přechodu vlastnických práv, rušení či zřizování věcného břemene o nich pozemkový úřad rozhoduje autoritativně.

V daných souvislostech se proto nabízí otázka, jak řešit otázku eventuálního soudního přezkumu výše uvedených rozhodnutí pozemkového úřadu.

O tom, že se nejedná o otázku neaktuální, svědčí dosavadní judikatura. Nutno uvést, že v současné době existuje již ustálená judikatura vytvořená v návaznosti na rozhodování zvláštního senátu, zřízeného zákonem č. 131/2002 Sb., o rozhodování některých kompetenčních sporů, který se opakovaně zabýval ve vztahu k rozhodnutím pozemkového úřadu, která vyplývají z řízení o pozemkových úpravách, otázkou, zda rozhodování o žalobách proti těmto rozhodnutím mají soudy ve správním soudnictví či soudy podle páté části občanského soudního řádu.

Zvláštní senát vyšel při svých úvahách o soukromoprávním či veřejnoprávním charakteru správních rozhodnutí o schválení návrhu jednoduchých pozemkových úprav (srov. např.

usnesení zvláštního senátu zřízeného podle zákona č. 131/2002 Sb., ze dne 20. března 2007, čj. Konf 35/2006-8), schválení návrhu komplexních pozemkových úprav (srov. např. usnesení zvláštního senátu zřízeného podle zákona č. 131/2002 Sb., ze dne 29. května 2007, čj. Konf 14/2007-5) rozhodnutí o přechodu vlastnických práv (srov. např. usnesení zvláštního senátu zřízeného podle zákona č. 131/2002 Sb., ze dne 4. června 2008, čj. Konf 32/2007-6) ze zájmové teorie, jejíž podstata spočívá v tom, že veřejné právo chrání zájmy veřejné, zatímco soukromé právo zájmy soukromé, přičemž veřejným zájmům se přikládá vyšší hodnota než zájmům soukromým.¹ Ve vztahu k pozemkovým úpravám a ve vazbě na všechna výše uvedená rozhodnutí zdůraznil, že v právní úpravě je vyjádřen veřejný zájem na provedení pozemkových úprav. Nutno poznamenat, že v prvním polistopadovém zákoně o pozemkových úpravách, kterým byl zákon č. 284/1991 Sb., o pozemkových úpravách a pozemkových úřadech nebyl výslovně veřejný zájem zakotven, ale z povahy pozemkových úprav byl zřejmý. V současné době zákon č. 139/2002 Sb. výslovně při vymezování účelu a cíle pozemkových úprav stanoví, že se realizují ve veřejném zájmu. Za nejvýznamnější otázku, s kterou je třeba při hledání charakteru rozhodování pozemkových úřadů v rámci pozemkových úprav je pak otázka, jak se vypořádat s tím, že správní orgán v tomto případě autoritativně zasahuje do vlastnických práv. K této otázce zvláštní senát dospěl k závěru, že v daných souvislostech se jedná ve vztahu k rozhodnutím pozemkového úřadu ne o řešení sporu o vlastnické právo, ale o přezkum vrchnostenského rozhodnutí o jiné úpravě vlastnických práv, kdy vlastníci nevedou spor o vlastnictví mezi sebou, ale brojí proti zákonnosti rozhodnutí správního orgánu, které bylo vydáno ve veřejném zájmu. Mám za to, že s názory výše uvedenými se lze ztotožnit. Ve vztahu k rozhodnutí o schválení návrhu jednoduchých pozemkových úprav a k rozhodnutí o schválení návrhu komplexních pozemkových úprav je třeba podle mne uvést, že se jimi rozhoduje i o jiných otázkách. Jmenovitě jde o změny druhu pozemků, výstavbu cest atd. Pokud tato rozhodnutí mají dopady do majetkoprávní sféry, rozhoduje se návazně i o výměně či přechodu vlastnických práv, případně o zřízení či zrušení věcných břemen. Zjevně se tak jedná o rozhodnutí smíšené povahy. Lze si jen stěží představit, že by se při přezkumu těchto rozhodnutí rozhodovalo jinde než v rámci správního soudnictví.

Samostatnou pozornost si zasluhuje problematika související s řešením problematiky duplicitního zápisu vlastnictví k pozemku v rámci pozemkových úprav. Právní úprava vychází z toho, že v rámci řízení o pozemkových úpravách může nastat situace, kdy bude zjištěno, že u některých pozemků nebo jejich částí jsou v katastru nemovitostí zapsány jako vlastníci 2 nebo více osob, přičemž se nejedná o spoluvlastnictví. V tomto případě je na pozemkovém úřadu, aby na základě posouzení listin osvědčujících vlastnictví k pozemku navrhl dotčeným osobám způsob řešení stávajícího zápisu duplicitního vlastnictví dohodou. Pro případ, že rozpor vyplývající z duplicitního zápisu vlastnictví nebude vyřešen dohodou dotčených osob, rozhodne o této otázce pozemkový úřad z úřední povinnosti. Právní úprava v tomto případě výslovně v § 13 odst. 5 zákona o pozemkových úpravách stanoví, že proti tomuto rozhodnutí pozemkového úřadu mohou osoby, jichž se rozhodnutí týká, podat opravný prostředek k soudu. Daná situace nebyla podle mne dostupných informací dosud judikována. Pro případ soudního přezkumu rozhodnutí o řešení duplicitního zápisu vlastnictví pozemkovým úřadem jsem toho názoru, že se jedná o jinou situaci než v případě autoritativního rozhodování pozemkového úřadu o vlastnictví v rozhodnutí o schválení návrhu jednoduchých či komplexních pozemkových úprav a v rozhodnutí o přechodu či výměně vlastnických práv. V tomto případě jde naopak o případ sporu o vlastnické právo.

¹ Srov. Hoetzel, J. Dualismus právní, in: Slovník veřejného práva československého, svazek I., s. 493 a násl.

Z této skutečnosti by měl podle mne vyplynout i závěr o soudním přezkumu, a to ve prospěch přezkoumání rozhodnutí pozemkového úřadu ve věci duplicity v rámci přezkumu podle části páté občanského soudního řádu, neboť se svojí povahou jedná o rozhodnutí orgánu veřejné moci ve věci soukromoprávní. Nakolik je tento názor akceptovatelný, ukáže podle mne teprve konkrétní aplikační praxe.

4. ZÁVĚR

Cílem příspěvku bylo poukázat na úskalí spojená se soudním přezkumem rozhodnutí pozemkových úřadů, která souvisejí s řízeními o pozemkových úpravách. Ve shodě s již relativně ustálenou judikaturou se autorka kloní k tomu, že je správný závěr o tom, že rozhodnutí o návrhu jednoduchých pozemkových úprav, rozhodnutí o návrhu komplexních pozemkových úprav a rozhodnutí o přechodu či výměně vlastnického práva a rozhodnutí o zřízení či zrušení věcného břemene jsou soudně přezkoumatelná v rámci správního soudnictví. Naopak rozhodnutí pozemkového úřadu ve věci řešení duplicitních zápisů vlastnického práva v rámci řízení o pozemkových úpravách spadá do přezkumu podle části páté občanského soudního řádu.

Literatura:

- Hoetzel, J. Dualismus právní, in: Slovník veřejného práva československého, svazek I., s. 493 a násl.

Kontaktní údaje na autora – email:

Ivana.Pruchova@law.muni.cz

ÚLOHA CELNÍCH ORGÁNŮ PŘI OCHRANĚ ŽIVOTNÍHO PROSTŘEDÍ

LENKA RYBÁŘOVÁ

Právnická fakulta Masarykovy univerzity, Česká republika

Abstrakt v rodném jazyce

Hlavním cílem příspěvku je poukázat na úlohu celních orgánů při ochraně životního, která není z pohledu tradičního vnímání pro celní správu typická, rozhodně však není zanedbatelná, zvláště s ohledem na existenci jednotného vnitřního trhu Evropské unie. Příspěvek bude nejprve věnován charakteristice Celní správy ČR a jejímu postavení v rámci organizace veřejné správy obecně, a posléze bude pozornost zaměřena na působnost a pravomoc celních orgánů při ochraně životního prostředí podle jednotlivých oblastí.

Klíčová slova v rodném jazyce

Celní orgány, ochrana životního prostředí, nástroje ochrany, kontrolní systém.

Abstract

The principle aim of this article is to highlight the role of customs authorities in the framework of environmental protection which is not typical according to the traditional perception of the customs administration, but which is definitely not marginal, particularly with regard to internal market of the European Union. Initially, general characteristics and position of the Customs Administration of the Czech Republic in the framework of public administration organization is examined and then is the attention focused on customs bodies' competence and authority in environmental protection area as settled down in law.

Key words

Customs authorities, environmental protection, instruments of protection, control mechanism.

1. ÚVOD

Celnictví jakožto souhrn činností státní správy vykonávaných v souvislosti s překračováním zboží přes státní hranice¹ představuje tradiční oblast působnosti celních orgánů. Původním cílem celnictví, které v různé fázi vyspělosti přetrvává prakticky ve všech státech světa², je vyměření a výběr cla, a to primárně za účelem vytváření příjmů státního rozpočtu a ochrany vnitřního trhu. Soudobou úlohou celních orgánů však dnes již zdaleka není pouze vybírání cla, ale spíše uplatňování necelních opatření, a to nejen při ochraně trhu, ale také v oblasti ochrany zdraví obyvatel a životního prostředí. K tomuto posunu došlo především v souvislosti se vstupem České republiky do Evropské unie, kdy bylo třeba se přizpůsobit pravidlům společného vnitřního trhu a zároveň zabezpečit výkon státní správy v dalších oblastech dotčených „europeizací“ právních předpisů. Jednu z těchto oblastí představuje i ochrana životního prostředí, která je jakožto součást primárního práva Společenství³ zajišťována koordinací či harmonizací politických a právních nástrojů členských států Společenství. Cílem

¹ Srov. Průcha, P. Pomahač, R.: *Lexikon správní právo*. Ostrava: nakladatelství Jiří Motloch, Sagit, 2002, s. 45.

² Jen v rámci Světové celní organizace (WCO, dříve CCC – Rada pro celní spolupráci) se v současnosti sdružuje 174 států.

³ Ochrana životního prostředí se stala součástí primárního práva ES v důsledku přijetí Jednotného evropského aktu v roce 1986, kterým byla novelizována Smlouva o založení Evropského společenství.

tohoto příspěvku bude přiblížit Celní správu ČR z úhlu, pod kterým ji široká veřejnost zatím (vzhledem k hlubokému zakotvení její tradiční úlohy) nevnímá, totiž jako jednoho z významných aktérů státní správy na úseku ochrany životního prostředí.

2. CELNÍ SPRÁVA JAKO VYKONAVATEL STÁTNÍ SPRÁVY

Podle základní organizační normy celní správy, kterou je zákon č. 185/2004 Sb., o Celní správě České republiky, ve znění pozdějších předpisů, tvoří Celní správu České republiky soustava celních orgánů, jimiž jsou Generální ředitelství cel (GŘC) jako správní úřad pro oblast celnictví s celostátní územní působností (v čele s generálním ředitelem GŘC), celní ředitelství (celkem 8) a celní úřady (celkem 54). Z hlediska organizace státní správy je celní správa podřízena Ministerstvu financí jakožto ústřednímu orgánu státní správy pro daně, poplatky a clo⁴. Celní správa je bezpečnostním sborem, nicméně úkoly celní správy plní celníci i občanští zaměstnanci. Jedná se prakticky o veřejný bezpečnostní (ozbrojený) sbor sui generis⁵, neboť vedle výkonu dozorových (kontrolních)⁶ činností prostřednictvím ozbrojených složek celní správy, plní celní správa především postavení správního úřadu.⁷ Tato kombinace předurčuje široký potenciál celní správy při plnění úkolů státní správy.

Zákon o Celní správě České republiky definuje „celnictví“ jako plnění úkolů celními orgány podle tohoto zákona a zvláštních právních předpisů, včetně plnění úkolů při správě daní a poplatků a při správě cel. Celnictví v tomto pojetí tedy v sobě zahrnuje nejen celnictví v tradičním slova smyslu, ale také další činnosti v současnosti vykonávané celními orgány v rámci výkonu státní správy. Povinnosti a oprávnění celníků zakotvuje zákon č. 13/1993 Sb., celní zákon, ve znění pozdějších předpisů, jehož obsah doznal od jeho přijetí významných změn, resp. redukce, a to díky bezprostřední závaznosti základních „celních norem“ Evropské unie, kterými jsou celní kodex a prováděcí nařízení k tomuto kodexu. Právě celní kodex⁸ vystihuje soudobou úlohu celních orgánů následovně: „Celní orgány odpovídají především za dohled nad mezinárodním obchodem Společenství, a přispívají tak ke spravedlivému a volnému obchodu, k provádění vnějších aspektů vnitřního trhu, společné obchodní politiky a ostatních společných politik Společenství, jež mají dopad na obchod, jakož i k celkové bezpečnosti dodavatelského řetězce. Celní orgány přijmou opatření zaměřená zejména na: a) ochranu finančních zájmů Společenství a jeho členských států; b) ochranu Společenství před nekalým a nezákonným obchodem při současné podpoře dovolené obchodní činnosti; c) zajištění bezpečnosti Společenství a jeho obyvatel a ochranu životního prostředí, v případě potřeby v úzké spolupráci s jinými orgány; d) zachování řádné rovnováhy mezi celními kontrolami a zjednodušením dovoleného obchodu.“

⁴ Viz § 4 odst. 1 zákona č. 2 /1969 Sb., o zřízení ministerstev a jiných ústředních orgánů státní správy České republiky ve znění pozdějších předpisů.

⁵ Srov. Hendrych, D. a kol. *Správní právo. Obecná část. 5.* rozšířené vydání, Praha: C. H. Beck, 2003, s. 403.

⁶ V tomto textu jsou pojmy kontrola a dozor používána jako synonyma, autorka si je však vědoma problematičnosti (resp. nepřesnosti) tohoto pojetí. Srov. Průcha, P. *Správní právo. Obecná část. 7.* doplněné a aktualizované vydání, Brno: Doplněk, Masarykova univerzita, 2007, s. 324, Hendrych, D. a kol. *Správní právo. Obecná část. 6.* vydání, Praha: C. H. Beck, 2006, s. 280).

⁷ Celní ředitelství a celní úřady jsou teorií obecně definovány jako specializované územní orgány státní správy. Viz Průcha, P. *Správní právo. Obecná část. 7.* doplněné a aktualizované vydání, Brno: Doplněk, Masarykova univerzita, 2007, s. 179.

⁸ Viz čl. 2 tzv. modernizovaného celního kodexu - nařízení Evropského parlamentu a Rady (ES) č. 450/2008 ze dne 23. dubna 2008, kterým se stanoví celní kodex Společenství.

3. CELNÍ SPRÁVA PO VSTUPU ČESKÉ REPUBLIKY DO EVROPSKÉ UNIE

Po vstupu do Evropské unie se Česká republika stala součástí jednotného celního území. Činnost celníků na hraničních přechodech České republiky (s výjimkou mezinárodních letišť) skončila, množství celně odbaveného zboží se snížilo, stejně jako hodnota vybraného cla. Přestože nelze hovořit o degradaci významu celnictví, co do objemu vykonávaných celních operací došlo k jejich výraznému snížení⁹. Po 1. květnu 2004 došlo u Celní správy ČR k zásadní proměně právě v souvislosti s přistoupením ČR k EU, a to ve smyslu změny kompetencí, forem i úrovně koordinace činností vykonávaných celními orgány. Co se týká změn v organizaci činnosti celních orgánů, pro účely výkonu kontrolních oprávnění celní správy ve „vnitrozemí“ v rámci svěřených činností byl v roce 2004 zřízen tzv. mobilní dohled. Právě činnost jednotek mobilního dohledu lze v oblasti ochrany životního prostředí považovat za významnou, a to zejména v souvislosti s kontrolou přepravy nebezpečných věcí, chemických látek, radioaktivních látek, odpadů apod., které představují potenciální ohrožení životního prostředí, v rámci celého území ČR.

V současnosti tedy vykonává celní správa vedle tradiční náplně činnosti v oblasti celnictví také množství dalších činností státní správy, které jí byly svěřeny (většina z nich právě v souvislosti se vstupem ČR do EU), z nichž pro ilustraci šíře záběru lze uvést např. správu spotřebních daní (zákon č. 353/2003 Sb., o spotřebních daních, ve znění pozdějších předpisů), správu daně z přidané hodnoty při dovozu zboží neplátcí DPH (zákon č. 235/2004 Sb., o dani z přidané hodnoty, ve znění pozdějších předpisů), dozor nad dodržováním povinností stanovených zákonem č. 634/1992 Sb., o ochraně spotřebitele, ve znění pozdějších předpisů, dohled nad dodržováním povinností stanovených zákonem č. 71/1994 Sb., o prodeji a vývozu předmětů kulturní hodnoty, kontrola dodržování povinností podle zákona č. 122/2000 Sb., o ochraně sbírek muzejní povahy a o změně některých dalších zákonů, ve znění pozdějších předpisů, státní odborný dozor v silniční dopravě (zákon č. 111/1994 Sb., o silniční dopravě, ve znění pozdějších předpisů), kontrola vážení vozidel, kontrola úhrady časového zpoplatnění, kontrola plnění povinností v rámci systému elektronického mýtného (zákon č. 13/1997 Sb., o pozemních komunikacích, ve znění pozdějších předpisů), dohled nad výrobou lihu a nad obchodem s lihem (zákon č. 61/1997 Sb., o lihu, ve znění pozdějších předpisů), provádění opatření proti osobám, které vlastní, drží, skladují nebo prodávají zboží, kterým jsou porušena práva k duševnímu vlastnictví (zákon č. 191/1999 Sb., o opatřeních týkajících se dovozu, vývozu a zpětného vývozu zboží, ve znění pozdějších předpisů), výkon tzv. dělené správy¹⁰ atd. a samozřejmě výkon státní správy při ochraně životního prostředí, jak bude uvedeno dále.

4. CELNÍ ORGÁNY A OCHRANA ŽIVOTNÍHO PROSTŘEDÍ

Přestože celní správa není koncipována jako „odborný“ orgán státní správy v oblasti ochrany životního prostředí, a proto při výkonu své působnosti na tomto úseku úzce spolupracuje s dalšími orgány státní správy se specializovaným zaměřením, zejména s orgány inspekčními, celník působící ve výkonu služby „v terénu“ musí být vybaven poměrně širokým spektrem

⁹ Vstup ČR do EU a její začlenění do jednotného vnitřního trhu bez celních bariér přinesly celní správě snížení množství výkonových ukazatelů v celním odbavování zboží v zahraničním objemu až o 75%. Viz Matoušek, P., Sabelová, L. Clo. Vydání první. Praha: ASPI, a. s., 2007, s. 13.

¹⁰ Vybírání a vymáhání peněžitých plnění, která vznikla bez vydání správního aktu ze zákona, nebo která byla uložena jinými správními úřady v řízení podle správního řádu, a která jsou příjmem státního rozpočtu, státních fondů nebo rozpočtů územních samosprávních celků (§ 2 písm. d) zákona č. 185/2004 Sb.).

odborných znalostí.¹¹ Působnost a pravomoc celních orgánů při ochraně životního prostředí je stanovena ve zvláštních právních předpisech na úseku ochrany životního prostředí, pro přehlednost lze působení celních orgánů v rámci výkonu státní správy při ochraně životního prostředí vymežit podle jednotlivých právních předpisů, jak bude uvedeno dále. Prakticky se však z pohledu celních orgánů zásadně jedná o ochranu životního prostředí a jeho jednotlivých složek před chováním subjektů, které není v souladu s platnými právními předpisy, resp. před zdroji životní prostředí ohrožujícími.

4.1 PŮSOBNOST A PRAVOMOC PŘI OCHRANĚ OVZDUŠÍ

Zákon č. 86/2002 Sb., o ochraně ovzduší a o změně některých dalších zákonů (zákon o ochraně ovzduší), ve znění pozdějších předpisů, svěřuje celním orgánům výkon státní správy na úseku ochrany ovzduší, ozonové vrstvy a klimatického systému Země zejména v podobě dozorové a kontrolní. Celní orgány mají vedle oprávnění kontrolovat regulované látky, které poškozují ozonovou vrstvu Země, výrobky, které tyto látky obsahují, a látky ovlivňující klimatický systém Země, při dovozu a vývozu, rovněž zmocnění ke kontrole regulovaných látek a výrobků, které tyto látky mohou obsahovat, při prodeji. Ve druhém případě se jedná o výkon činnosti v rámci vnitrostátního trhu, přičemž se předpokládá úzká spolupráce s Českou obchodní inspekcí, která taktéž disponuje oprávněním (§ 47 písm. b) zákona o ochraně ovzduší) kontrolovat prodej regulovaných látek a výrobků, které tyto látky obsahují.

Ochranu ozonové vrstvy Země regulují přímo použitelné právní předpisy Evropského společenství.¹² V rámci kontroly látek a výrobků poškozujících ozonovou vrstvu Země se celní orgány zaměřují zejména na kontrolu řádného označení těchto výrobků¹³ a průvodní dokumentace¹⁴, na kontrolu celních dokladů (celního prohlášení), dodacího listu a povolení Ministerstva životního prostředí (MŽP) k zacházení s regulovanými látkami. Pokud při dovozu nebo vývozu nebude společně s celním prohlášením předloženo povolení MŽP nebo pokud bude povolené množství těchto látek překročeno, rozhodne celní úřad o nepropuštění regulované látky nebo výrobků, které je obsahují, do navrženého celního režimu. V případě jiného zjištěného porušení zákona ochrany ovzduší jej celní orgány oznámí České inspekci životního prostředí (dále jen „ČIŽP“), která plní funkci dozorového orgánu nad dodržováním právních předpisů a rozhodnutí orgánů ochrany ovzduší týkajících se ochrany ovzduší, ochrany ozonové vrstvy a klimatického systému Země, a je v této souvislosti oprávněna ukládat nápravná opatření a sankce v podobě pokut.

Celní orgány (celní úřady) jsou při výkonu státní správy v rámci zákonem o ochraně ovzduší svěřené působnosti mj. oprávněny v případě podezření na porušení tohoto zákona odebrat

¹¹ Celníci vykonávající službu v rámci jednotek mobilního dohledu se nespécializují toliko na kontrolu plnění povinností stanovených předpisy na ochranu životního prostředí, nýbrž by měli disponovat škálou znalostí i z jiných oblastí působnosti celní správy (viz výše uvedené příkladné vymezení působnosti celních orgánů).

¹² Nařízení Evropského parlamentu a Rady (ES) č. 2037/2000 ze dne 29. června 2000 o látkách, které poškozují ozonovou vrstvu, ve znění nařízení Evropského parlamentu a Rady (ES) č. 2038/2000, kterým se mění nařízení (ES) č. 2037/2000 o látkách, které poškozují ozonovou vrstvu, pokud jde o inhalátory odměřených dávek a dávkovačů léčiv, a nařízení Evropského parlamentu a Rady (ES) č. 2039/2000, kterým se mění nařízení (ES) č. 2037/2000 o látkách, které poškozují ozonovou vrstvu, pokud jde o základní rok pro přidělení kvót hydrochlorfluoruhlovodíků.

¹³ Zřetelné označení "Nebezpečné ozonu" nebo "Dangerous to the ozone layer" musí obsahovat každý obal nebo výrobek.

¹⁴ V průvodní dokumentaci musí být uveden název a označení regulované látky, její množství, upozornění na nebezpečí pro ozonovou vrstvu Země a doporučený způsob zneškodnění.

vzorky za účelem zjištění totožnosti regulovaných látek a na náklady kontrolovaných osob provádět nebo zajišťovat jejich rozbory, a dále mohou v případě zjištění zakázaných regulovaných látek zadržet regulované látky nebo výrobky, které je obsahují, na náklady právnícké nebo fyzické osoby oprávněné k podnikání¹⁵. Na doplnění lze uvést, že celní orgány rovněž působí jako správci poplatků z objemu biopaliv¹⁶. V případě poplatků za znečištění ovzduší vykonávají celní orgány dělenou správu.

4.2 PŮSOBNOST A PRAVOMOC PŘI OCHRANĚ VOLNĚ ŽIJÍCÍCH ŽIVOČICHŮ A PLANĚ ROSTOUCÍCH ROSTLIN

Nelegální (mezinárodní) obchod s chráněnými druhy živočichů a rostlin představuje stále aktuální problém, na jehož řešení se podílejí i celní orgány. K tomu jsou jim svěřeny potřebné kompetence zákonem č. 100/2004 Sb., o ochraně druhů volně žijících živočichů a planě rostoucích rostlin regulováním obchodu s nimi a dalších opatřeních k ochraně těchto druhů a o změně některých zákonů (zákon o obchodování s ohroženými druhy), ve znění pozdějších předpisů a dále zákonem č. 99/2004 Sb., o rybníkářství, výkonu rybářského práva, rybářské strážní, ochraně mořských rybolovných zdrojů a o změně některých zákonů (zákon o rybářství), ve znění pozdějších předpisů. Česká republika je rovněž od roku 1992 signatářem tzv. Washingtonské úmluvy CITES o ochraně druhů volně žijících živočichů a planě rostoucích rostlin, na jejíž dodržování, resp. na dodržování pravidel upravujících přepravu a obchod s chráněnými druhy fauny a flóry právě celní orgány dohlížejí.

V souladu s nařízením Rady (ES) č. 338/97 o ochraně druhů volně žijících živočichů a planě rostoucích rostlin regulováním obchodu s nimi jsou členské státy povinny zvlášť určit celní úřady odpovědné pro odbavování živých exemplářů při jejich dovozu nebo vývozu, které musí mít dostatečný počet vyškolených pracovníků¹⁷. Klíčovým dokladem, bez něhož nelze ohrožené druhy živočichů rostlin dovážet či vyvážet, je tzv. doklad CITES, který představuje nezbytnou součást rozhodnutí o povolení dovozu, vývozu a zpětného vývozu exempláře a slouží k prokázání zákonného původu exempláře. K úspěšné činnosti českých celních orgánů v této oblasti přispívá i jejich úzká spolupráce s MŽP a jednotlivými inspektoráty životního prostředí na regionální úrovni. Zásadní význam pak má mezinárodní spolupráce v rámci Světové celní organizace.

V rámci celního dohledu nad zbožím¹⁸ jsou celní orgány oprávněny provádět kontroly exemplářů v době dovozu, vývozu, zpětného vývozu a tranzitu.¹⁹ Na hranicích Evropských společenství (v případě ČR na mezinárodních letištích) spolupůsobí za účelem kontroly dovážených či vyvážených exemplářů s cílem dosáhnout rychlého vyřízení jednotlivých případů pracovní skupiny pracovníků složené z dotčených orgánů státní správy – celní

¹⁵ Zadržet výrobky v případě podezření na přítomnost zakázané regulované látky však může pouze ČIŽP.

¹⁶ Zaplatit tento poplatek je povinna osoba uvádějící motorové benziny nebo motorovou naftu do volného daňového oběhu na daňovém území České republiky pro dopravní účely nebo osoba, která dodává na daňové území České republiky pro dopravní účely motorové benziny nebo motorovou naftu uvedené do volného daňového oběhu v jiném členském státě Evropské unie, a neuvede do volného daňového oběhu nebo nedodá na daňové území České republiky minimální množství biopaliv.

¹⁷ V ČR byl pro tyto účely určen Celní úřad Ruzyně, vylučovací pošta Praha (s výjimkou živých zvířat) a ostatní celní úřady (s výjimkou živých zvířat, živých rostlin a produktů CITES podléhajícím veterinárním kontrolám).

¹⁸ Viz Hlava pátá zákona č. 13/1993 Sb., celní zákon, ve znění pozdějších předpisů.

¹⁹ Při přechodu státních hranic podléhají celnímu dohledu všechny exempláře, jiní jedinci, výrobky z tuleňů a regulované kožešiny (§ 26 odst. 2 zákona č. 100/2004 Sb.).

orgány, orgány veterinární správy, orgány rostlinolékařské péče. Tento způsob spolupráce dotčených správních orgánů umožňuje zvládnutí posouzení všech kontrolních kritérií stanovených zákonem na kvalifikované úrovni – kontrola dokladu CITES, kontrola samotného exempláře a podmínek, za jakých probíhá jeho přeprava. Pokud celní orgány zjistí porušení právních předpisů regulujících ochranu ohrožených druhů (tj. předpisů Společenství nebo zákona č. 100/2004 Sb.), mají povinnost exemplář zadržet a neprodleně o této skutečnosti informovat ČIŽP, a to i v případě podezření na porušení právních předpisů. Pokud nelze do 8 hodin od zadržení živého exempláře zajistit posouzení ČIŽP²⁰ na místě jeho zadržení nebo pokud dojde k porušení celních předpisů bez toho, aby byly porušeny právní předpisy na ochranu ohrožených druhů, celní orgány zajistí umístění exempláře v záchranném centru a informují ČIŽP. Celní orgány dále nepropustí do požadovaného celního režimu regulované kožešiny a výrobky z tuleňů²¹, pokud je jejich dovoz nebo tranzit nelegální, a zboží zadrží, zabaví nebo jej vrátí zpět do země vývozu na náklady deklaranta zboží (při zjištěném porušení právních předpisů Společenství).

Podle zákona č. 99/2004 Sb. vykonávají celní orgány rovněž státní správu rybářství, a to opět v pozici orgánu kontrolního (v úzké spolupráci s veterinárním orgánem) při dovozu, popř. tranzitu mořských ryb nebo mořských živočichů. Celní orgány spolupracují s Ministerstvem zemědělství při výkonu dozoru nad ochranou mořských rybolovných zdrojů; dozor může být prováděn i při vnitrostátní dopravě, při skladování nebo při prodeji mořských ryb nebo mořských živočichů.

4.3 PŮSOBNOST A PRAVOMOC PŘI OCHRANĚ PŘED ZDROJÍ OHROŽENÍ ŽIVOTNÍHO PROSTŘEDÍ

4.3.1 NAKLÁDÁNÍ S ODPADY

Veřejnou správu v oblasti odpadového hospodářství vykonává značné množství orgánů, z nichž celní orgány hrají významnou úlohu především při přeshraniční přepravě odpadů.²² Vzhledem k tomu, že preferovaným způsobem přepravy odpadů je nákladní automobilová doprava a přepravované odpady již nelze kontrolovat přímo na hranicích České republiky, pozornost celních orgánů se přesouvá na dopravní komunikace do vnitrozemí.

Podle zákona č. 185/2001 Sb., o odpadech a změně některých dalších zákonů, ve znění pozdějších předpisů (dále jen „zákon o odpadech“) celní úřady²³: 1) kontrolují vnitrostátní i

²⁰ ČIŽP stanoví, zda zahájí řízení o zabavení exempláře nebo zda bude zadržený exemplář ponechán v režimu zadržení a určí, jakým způsobem bude s exemplářem dále naloženo.

²¹ Obchod s výrobky z tuleňů je zásadně zakázán, výjimku může udělit v odůvodněných případech pouze Ministerstvo životního prostředí, pokud jsou tyto výrobky výsledkem tradičního lovu prováděného Inuity v souladu s právními předpisy země původu (§ 19 zákona č. 100/2004 Sb.).

²² Zákon o odpadech svěřuje určité kompetence při přeshraniční přepravě odpadů i Policii ČR, která podle § 77a v rámci pohraničního odbavování a v pásmu do 25 km od státních hranic zaznamenává a podle možností dokumentuje podezřelé jevy a okolnosti nasvědčující nelegální přeshraniční přepravě odpadů do České republiky, předává zjištěné podněty orgánům ČIŽP a celním úřadům k provedení vlastních nápravných opatření, spolupracuje a v rámci součinnosti poskytuje odbornou pomoc a přiměřené podmínky orgánům ČIŽP a celním úřadům. Zapojením ČR do tzv. Schengenského systému však lze očekávat modifikaci výkonu činnosti Policie ČR na tomto úseku.

²³ Z praxe však vyplynulo, že vedle celních úřadů musí mít stejná oprávnění i celní ředitelství, neboť tzv. jednotky mobilního dohledu, působí na obou úrovních celní správy. Nutno dodat, že pouze celní úřady mají oprávnění kontrolovat dovoz baterií nebo akumulátorů ze států, které nejsou členskými státy EU (§ 77 odst. 1 písm. b zákona o odpadech).

přeshraniční přepravu odpadů, 2) předávají podněty ministerstvu k uplatnění vrchního státního dozoru, 3) ukládají nápravná opatření, 4) předávají podněty ČÍŽP, 5) rozhodují při dovozu odpadů o propuštění do navrženého celního režimu. Povinnosti a oprávnění svěřené celním orgánům při kontrole přepravy odpadů poukazují na skutečnost, že se jedná v této oblasti o klíčovou kontrolní složku, neboť na rozdíl od inspektorů České inspekce životního prostředí celníci mají za účelem kontroly oprávnění zastavovat vozidla. Při přeshraniční přepravě odpadů celní orgány kontrolují, zda je odpad vybaven příslušnými doklady, zda odpad odpovídá údajům v těchto dokladech uvedených, zda přepravované zboží není odpadem, zda přeshraniční přeprava odpadu není v rozporu s příslušnými právními předpisy ES²⁴ a zákonem o odpadech. Při těchto kontrolách jsou celní orgány oprávněny zastavovat vozidla, nařizovat odstavení vozidla na vhodné místo, kontrolovat doklady provázející odpad a zboží, doklady prokazující totožnost osoby přepravující odpad, provádět fyzickou kontrolu odpadů a zboží, odebírat a analyzovat vzorky a pořizovat fotodokumentaci. Pokud je při této kontrole zjištěno²⁵ porušení právních předpisů ES nebo zákona o odpadech, jsou celní orgány oprávněny provádět šetření také na místě vzniku odpadů u původce, držitele nebo oznamovatele a na místě určení u konečného příjemce.

V případě zjištění porušení právních předpisů (jedná se o nedovolenou přepravu podle nařízení č. 1013/2006, přeprava je uskutečňována v rozporu s povolením), může celní úřad stanovit kauci ve výši od 10 000 do 50 000 Kč. Pokud řidič, který pro účely vybírání kaucí vždy zastupuje dopravce (§ 77 odst. 9 zákona o odpadech), stanovenou kauci nesloží, celní orgány mohou vozidlo odstavit, zabavit doklady a zakázat řidiči pokračování v jízdě. Řidič vozidla může pokračovat v jízdě po zaplacení požadované kauce nebo po zaplacení pokuty inspekci (ta je uložena rozhodnutím ve správním řízení vedeném inspekci na základě podnětu celního orgánu). Kauce však v praxi nejsou celními orgány příliš využívány, neboť v takto stanovené výši nejsou dostatečným zajišťovacím prostředkem pro škody, které mohou vzniknout v případě nedovolené přepravy odpadů na zdraví a životním prostředí. Jak již bylo výše uvedeno, celní orgány nejsou orgány v oblasti ochrany životního prostředí odbornými – tuto roli plní inspekce, která celním orgánům poskytuje odbornou pomoc, a také krajský úřad, který rozhoduje v případě pochybností, zda přepravovaná věc je odpadem či nikoli.

Při dovozu odpadů (ze třetích zemí) mají celní úřady povinnost nepropustit zboží do navrženého režimu, pokud zboží, které není deklarováno jako odpad, je odpadem, pokud odpad není vybaven příslušnými doklady a pokud je vývoz nebo dovoz odpadu zakázán. Celní úřady o takovémto rozhodnutí neprodleně informují Ministerstvo životního prostředí a právnické i fyzické osoby jsou povinny vyvézt odpad neprodleně zpět do státu, který není členským státem EU (tj. do státu původu).

4.3.2 NAKLÁDÁNÍ S OBALY

Z hlediska účelu zákona č. 477/2001 Sb., o obalech a o změně některých zákonů, ve znění pozdějších předpisů (dále jen „zákon o obalech“), by bylo možné nakládání s obaly systematicky zařadit do právní úpravy nakládání s odpady²⁶, nicméně právní úprava nakládání

²⁴ V současnosti se jedná zejména o nařízení Evropského parlamentu a Rady (ES) č. 1013/2006 o přepravě odpadů.

²⁵ Vzhledem k charakteru nákladu a s ohledem na osobu celníka tento náklad kontrolujícího, dochází v praxi spíše než ke zjištění pouze k důvodnému podezření na toto porušení.

²⁶ Účelem zákona o obalech je podle jeho § 1 odst. 1 chránit životní prostředí předcházením vzniku odpadů z obalů, a to zejména snižováním hmotnosti, objemu a škodlivosti obalů a chemických látek v těchto obalech obsažených.

s obaly byla přijata samostatně. Úloha celních orgánů při výkonu státní správy na tomto úseku je rovněž kontrolní, a to nejen při dovozu obalů ze třetích zemí, ale také v rámci vnitřního trhu, tj. na celém území ČR.

Celní orgány jsou podle § 41 zákona o obalech oprávněny kontrolovat, zda obaly nebo balené výrobky dovážené do ČR nebo přepravované z členských států EU splňují požadavky tohoto zákona. Při kontrole dovozu obalů nebo balených výrobků celní orgány uplatňují práva a povinnosti stanovené pro dohled a jeho vykonávání celním zákonem (§§ 48 až 52 zákona č. 13/1993 Sb.), obdobně postupují při kontrole přeshraniční přepravy obalů a balených výrobků (za použití ustanovení § 325 celního zákona). Existují-li na základě provedené kontroly pochybnosti, zda jsou při dovozu nebo přeshraniční přepravě obalů nebo balených výrobků naplněny podmínky stanovené zákonem o obalech, propustí celní orgány kontrolované zboží do příslušného celního režimu nebo k další přepravě a manipulaci, vyzvou příslušný (specializovaný) kontrolní orgán ke kontrole a současně uvědomí o této výzvě Ministerstvo životního prostředí.

Kontrolu dovozu obalů nebo balených výrobků provádějí celní úřady v rámci řízení o propuštění obalů nebo balených výrobků do příslušného celního režimu v rámci ověřování přijatého celního prohlášení, kontrola přeshraniční přepravy obalů nebo balených výrobků je potom vykonávána celními orgány v rámci činnosti mobilního dohledu. Předmětem kontroly je zejména dodržování preventivních opatření (§ 3), plnění podmínek uvádění obalů na trh (§ 4), označování obalů (§ 6) a označování vratných zálohovaných obalů (§ 9 odst. 3 zákona o obalech). U osob, které uvádějí na trh nebo do oběhu obaly a neprokáží, že celkové množství obalů jimi uvedených na trh nebo do oběhu za kalendářní rok nepřekročí 300 kg a zároveň jejich roční obrat nepřekročí 4 500 000 Kč, je celní úřad při dovozu obalů nebo balených výrobků oprávněn kontrolovat také plnění povinností stanovených zákonem o odpadech týkajících se zpětného odběru (§10) a využití odpadu z obalů (§12).

4.3.3 NAKLÁDÁNÍ S RADIOAKTIVNÍMI LÁTKAMI A ODPADY

Nežádoucí účinky ionizujícího záření na živé organismy jsou známy, významným (a zejména dlouhodobým) zdrojem ohrožení jsou rovněž radioaktivní odpady. Celní orgány se podílejí na výkonu státní správy v této oblasti opět činností kontrolní, a to v rámci celního dohledu nebo při provádění kontrolní činnosti při dopravě a přepravě jaderných položek, radioaktivních látek nebo radioaktivních odpadů podle zákona č. 18/1997 Sb., o mírovém využívání jaderné energie a ionizujícího záření (atomový zákon) a o změně a doplnění některých zákonů, ve znění pozdějších předpisů. Celní orgány kontrolují zejména příslušná povolení k nakládání s těmito látkami, která vydává výlučně Státní úřad pro jadernou bezpečnost a při přepravě rovněž podmínky stanovené příslušnými právními předpisy a mezinárodními smlouvami. Stejně jako je tomu u přeshraniční přepravy odpadů podle zákona o odpadech, přeshraniční přeprava radioaktivních odpadů se rovněž řídí bezprostředně použitelným nařízením, kterým je nařízení (Euratom) 1493/93 o přepravě radioaktivních látek mezi členskými státy.

Pokud celní orgány při kontrole zjistí nedostatky, jsou povinny přepravované jaderné položky, radioaktivní látky nebo radioaktivní odpady zadržet a o této skutečnosti neprodleně informovat Státní úřad pro jadernou bezpečnost.

4.3.4 NAKLÁDÁNÍ S CHEMICKÝMI LÁTKAMI

K výkonu státní správy v oblasti uvádění chemických látek a přípravků na trh a do oběhu jsou celní orgány (konkrétně celní úřady) zmocněny zákonem č. 356/2003 Sb., o chemických

látkách a chemických přípravcích a o změně některých zákonů, ve znění pozdějších předpisů. Celní úřad je povinen zamezit dovozu „zakázaných“ zásilek nebezpečných chemických látek a přípravků²⁷ rozhodnutím o jejich nepropuštění do příslušného celního režimu (s výjimkou látek dovážených pro vědecké a výzkumné účely nebo pro potřeby dozorové činnosti). Při kontrole dovozu a vývozu chemických látek se celní orgány řídí přímo použitelnými právními předpisy Společenství²⁸, kontrole podléhá zejména balení a označování chemických látek a přípravků, bezpečnostní list a plnění dalších stanovených povinností, přičemž při zjištění porušení těchto povinností dává podnět ČIŽP k zahájení správního řízení.

Vzhledem ke skutečnosti, že zákon o chemických látkách se nevztahuje na přepravu nebezpečných chemických látek a přípravků v železniční, silniční, vodní (námořní) ani letecké dopravě, setkají-li se celní orgány v rámci své dohledové činnosti s takovouto přepravou, je nutné se řídit pravidly stanovenými příslušnými právními předpisy regulujícími tyto způsoby přepravy.²⁹

4.3.5 NAKLÁDÁNÍ S GENETICKY MODIFIKOVANÝMI ORGANISMY A GENETICKÝMI PRODUKTY

Celní orgány (konkrétně celní úřady) jsou rovněž správními orgány na úseku nakládání s geneticky modifikovanými organismy a genetickými produkty (dále jen „GMO“) podle zákona č. 78/2004 Sb., o nakládání s GMO, ve znění pozdějších předpisů, když kontrolují při propuštění do celního režimu zásilky deklarované jako GMO (zejména jejich vybavení příslušnými doklady). Při zjištění porušení nebo při podezření na porušení právních předpisů pro nakládání s GMO mají celní orgány informační povinnost vůči Ministerstvu životního prostředí, ČIŽP a v případě přípravků na ochranu rostlin i Státní rostlinolékařské správě a v případě potravin a surovin pro potravinářské účely i Státní zemědělské a potravinářské inspekci. Před rozhodnutím o propuštění či nepropuštění zásilky do příslušného celního režimu jsou celní orgány oprávněny vyžádat si odbornou pomoc uvedených orgánů státní správy.

4.3.6 UVÁDĚNÍ BIOCIDNÍCH PŘÍPRAVKŮ A ÚČINNÝCH LÁTEK NA TRH

Podle zákona č. 120/2002 Sb., o podmínkách uvádění biocidních přípravků a účinných látek na trh a o změně některých souvisejících zákonů, ve znění pozdějších předpisů, je celním orgánům vedle „klasických“ kontrolních oprávnění svěřena i pravomoc rozhodovat o nápravných opatřeních a o sankcích. Při dovozu biocidních přípravků kontrolují povolení vydaná Ministerstvem zdravotnictví, bez něhož není možné toto zboží do navrženého celního režimu propustit (nejedná-li se o biocidní přípravek určený výhradně pro potřeby vědeckého výzkumu a vývoje nebo pro zkušební účely). Dále celní orgány kontrolují, zda obal biocidního přípravku splňuje zákonem stanovené podmínky a při zjištění nedostatků ukládají podmínky a lhůty pro zjednání nápravy. Vedle toho jsou oprávněny uložit podnikatelským subjektům za zjištěná porušení (nedodržení podmínek označování a balení biocidních

²⁷ Seznam nebezpečných chemických látek a přípravků stanoví Ministerstvo životního prostředí v dohodě s Ministerstvem zdravotnictví a Ministerstvem zemědělství formou prováděcího právního předpisu.

²⁸ Nařízení Evropského parlamentu a Rady (ES) č. 1907/2006 ze dne 18. prosince 2006 o registraci, hodnocení, povolování a omezování chemických látek (REACH), nařízení Evropského parlamentu a Rady (ES) č. 304/2003 týkající se dovozu nebezpečných chemických látek.

²⁹ Např. Úmluva o mezinárodní přepravě (COTIF), vyhlášená pod č. 8/1985 Sb., zákon č. 266/1994 Sb., o drahách, Evropská dohoda o mezinárodní silniční přepravě nebezpečných věcí (ADR), vyhlášená pod č. 64/1987 Sb., zákon č. 111/1994 Sb., o silniční dopravě, zákon č. 114/1995 Sb., o vnitrozemské plavbě atd.

přípravků a obsahu propagačních materiálů) pokuty až do výše 1 mil. Kč., přičemž přihlížejí k závažnosti, způsobu, době trvání a následkům protiprávního jednání.³⁰

4.3.7 KONTROLA OBCHODU S REPRODUKČNÍM MATERIÁLEM LESNÍCH DŘEVIN

Celní orgány vykonávají státní správu v oblasti obchodování s reprodukčním materiálem lesních dřevin na základě zákona č. 149/2003 Sb., o uvádění do oběhu reprodukčního materiálu lesních dřevin lesnický významných druhů a umělých kříženců, určeného k obnově lesa a k zalesňování, a o změně některých souvisejících zákonů, ve znění pozdějších předpisů.³¹ Stejně jako ostatní orgány veřejné správy na tomto úseku jsou celní orgány povinny kontrolovat dodržování (všech) povinností stanovených tímto zákonem.

Dovoz reprodukčního materiálu (resp. jeho propuštění do celního režimu volného oběhu nebo do celního režimu aktivního zušlechťovacího styku) mohou celní orgány povolit pouze v případě, že při podání celního prohlášení dovozce tuto skutečnost oznámí celnímu orgánu a současně předloží povolení k dovozu reprodukčního materiálu vydané Ministerstvem zemědělství.

5. CELNÍ ORGÁNY A BEZPEČNOSTNÍ SPOLUPRÁCE

Celní orgány se z pohledu evropského práva realizují nejen v rámci prvního pilíře Společenství jakožto donucovací orgány (*law enforcement services*), ale participují rovněž na spolupráci ve věcech trestních, která spadá do pilíře třetího. Vzhledem k tomu, že protiprávní jednání v oblasti ochrany životního prostředí může vykazovat znaky trestné činnosti, krátká zmínka o spolupráci celních orgánů v rámci EU je v této souvislosti na místě i přesto, že podle národní právní úpravy celní orgány nejsou pro trestné činy na úseku životního prostředí v postavení policejních orgánů, tj. orgánů činných v trestním řízení.³² V rámci třetího pilíře (hlava VI Smlouvy o Evropské unii) nicméně mají celní orgány obdobné postavení policejním orgánům, přičemž mezi celními orgány jednotlivých členských států probíhá spolupráce založená především Úmluvou o celní spolupráci³³. Úmluva reaguje na nastupující trend nedovoleného obchodu ve všech jeho formách, který představuje vážené ohrožení veřejného zdraví, veřejného pořádku a bezpečnosti, a rovněž na potřebu upravit zvláštní formy spolupráce³⁴ zaměřené na prevenci, vyšetřování a stíhání určitých deliktů porušujících

³⁰ Pokud došlo k nápravě bezprostředně po zjištění porušení povinnosti, celním orgánům byla poskytnuta účinná součinnost a nedošlo k poškození zdraví fyzických osob, úhynu zvířat nebo poškození životního prostředí, může být od pokuty upuštěno.

³¹ Účelem tohoto zákona je stanovit podmínky, za nichž lze uvádět do oběhu reprodukční materiál lesních dřevin lesnický významných druhů a umělých kříženců, určený k obnově lesa a k zalesňování a pro udržování a zvyšování biologické různorodosti lesa včetně genetické různorodosti stromů a pro trvale udržitelné hospodaření v lesích.

³² Toto postavení mají podle § 12 trestního řádu celní orgány v řízení o trestných činech spáchaných porušením celních předpisů a předpisů o dovozu, vývozu nebo průvozu zboží, a dále porušením právních předpisů při umístění a pořízení zboží v členských státech Evropských společenství, je-li toto zboží dopravováno přes státní hranice České republiky, a v případech porušení předpisů daňových, jsou-li celní orgány správcem daně.

³³ Úmluva o vzájemné pomoci a spolupráci mezi celními správami ze dne 18. 12. 1997, vypracovaná na základě čl. K 3 Smlouvy o Evropské unii (Úřední věstník C 24, 23. 1. 1998).

³⁴ Přeshraniční pronásledování a sledování, kontrolované dodávky, skryté vyšetřování, zřizování společných vyšetřovacích týmů, a to za poskytování vzájemné (personální a organizační) podpory.

vnitrostátní právní předpisy členských států i celní předpisy Společenství.³⁵ Tyto zvláštní formy je možné efektivně využít i na úseku ochrany životního prostředí za účelem zamezení nelegální činnosti v této oblasti, zejména při nedovolené přeshraniční přepravě a obchodu s nebezpečnými odpady, jaderným materiálem a jiným zbožím, jehož přeprava nebo obchodování není povolena.

6. ZÁVĚR

Dne 1. července oslavila celní unie 40. výročí od svého založení³⁶. Celní správa ČR, podobně jako celní správy ostatních členských států EU, v současnosti plní dvě základní role. Na jedné straně celní orgány stále působí jako „výběřčí“ a správci cel a daní při dovozu zboží, na straně druhé je jim ve stále větší míře svěřována úloha „strážců“ (nejen) vnějších hranic EU. Celní orgány hrají významnou úlohu při ochraně společnosti, kam lze bezesporu zařadit i ochranu životního prostředí, přičemž tato úloha stále nabývá na významu. Jak je patrné z výše uvedeného vymezení působnosti a pravomocí celních orgánů na úseku ochrany životního prostředí, jedná se o „univerzální“ kontrolní subjekt, který postupuje v úzké součinnosti se specializovanými orgány státní správy v konkrétní oblasti ochrany. Vzhledem ke svému postavení orgánu státní správy s „nižší odborností“ v otázkách ochrany životního prostředí zásadně (tj. až na výše uvedené výjimky při kontrolách přeprav odpadů a při uvádění biocidních přípravků na trh) při výkonu činnosti na tomto úseku státní správy nedisponují vlastními nápravnými prostředky. Působí tak především jako iniciátoři použití nápravných opatření či sankcí jiným, k tomu příslušným orgánem státní správy a plní tak funkci poměrně účinného „filtru“ odhalujícího protiprávní jednání subjektů na úseku ochrany životního prostředí.

Požadavky (zejména) na podnikatelské subjekty stanovené národním i komunitárním hmotným právem v oblasti ochrany životního prostředí jsou vysoké a proto musí existovat efektivní mechanismus vynucování dodržování těchto norem. Součástí tohoto mechanismu je i správní dozor, resp. kontrola ze strany orgánů veřejné správy, které mají zákonem vymezená oprávnění při zjištění rozporu s povinnostmi stanovenými právními předpisy aplikovat nápravné nebo sankční prostředky. Celním orgánům jsou v oblasti ochrany životního prostředí svěřena oprávnění kontroly a v některých případech i zvláštní (např. ukládání nápravných opatření, zadržení, zajištění) i sankční oprávnění. Přestože zjevně nemohou suplovat úlohu specializovaných inspekčních orgánů, výhody spočívající v oprávněních svěřených celníkům jako složce uniformované a ozbrojené při výkonu působnosti v předmetné oblasti jsou nasnadě. V rámci plánování a realizace případných dalších reforem týkajících se celní správy³⁷ by tak měla být brána v potaz i výše zmíněná úloha celních orgánů při ochraně životního prostředí, a to nejen na hranicích.

³⁵ Více k činnosti celních orgánů v bezpečnostní oblasti viz Pikna, Bohumil. Vnitřní bezpečnost a veřejný pořádek v evropském právu (oblast policejní a justiční spolupráce). 4. Dopracované vydání, Linde: Praha, 2007, s. 371 – 383 (celkem 512 s.)

³⁶ Dne 1. července 1968 zrušilo šest zemí – Belgie, Francie, Itálie, Lucembursko, Nizozemsko a Spolková republika Německo – poslední cla na vzájemný pohyb zboží a vytvořilo evropskou celní unii. Více k výročí viz http://ec.europa.eu/taxation_customs/40customs/index_en.htm.

³⁷ Viz diskutovaný (a v roce 2006 vládou schválený) plán Ministerstva financí na sloučení celní a daňové správy v roce 2010.

Literatura:

- Brodesser, S. a kol. Celnictví v Československu: minulost a přítomnost. Praha: Naše vojsko, 1982, 360 s.
- Hendrych, D. a kol. Správní právo. Obecná část. 6. vydání, Praha: C. H. Beck, 2006, 861 s.
- Matoušek, P., Sabelová, L. Clo. Vydání první. Praha: ASPI, a. s., 2007, 496 s.
- Pikna, Bohumil. Vnitřní bezpečnost a veřejný pořádek v evropském právu (oblast policejní a justiční spolupráce). 4. dopracované vydání, Praha: Linde, 2007, 512 s.
- Průcha, P. Pomahač, R.: Lexikon správní právo. Ostrava: Sagit, 2002, 684 s.
- Průcha, P. Správní právo. Obecná část. 7. doplněné a aktualizované vydání, Brno: Doplněk, Masarykova univerzita, 2007, 418 s.
- Rozehnalová, N. Právo mezinárodního obchodu. Praha: ASPI, a.s., 2006, 556 s.

Kontaktní údaje na autora – email:

lenka.rybarova@centrum.cz

PRÁVNÍ ÚPRAVA KONTROLY VE VEŘEJNÉ SPRÁVĚ

MARIE SCISKALOVÁ

Obchodně podnikatelská fakulta v Karviné, Slezská univerzita Opava, Česká republika

Abstrakt v rodném jazyce

Na základě společensko ekonomických změn po roce 1989 došlo ke změně v právní úpravě v oblasti kontroly ve státní správě. Zrušením Ministerstva státní kontroly zákonem č. 166/1993 Sb., o Nejvyšším kontrolním úřadu, a vypuštěním všeobecného dozoru z působnosti nově zřízených státních zastupitelství zákonem č. 283/1993 Sb., o státním zastupitelství, ztratil stát řadu nástrojů k ovlivňování kontrolních mechanismů ve veřejné správě. Nejvyšší kontrolní úřad je nezávislým orgánem, který vykonává mj. kontrolu hospodaření se státním majetkem, kontrolu plnění státního rozpočtu. Jak vyplývá ze zákona, tento nezávislý orgán nemůže ukládat povinnosti k zajištění nápravy zjištěných nedostatků.

V rámci organizačních změn po roce 1989 zůstal částečně mimo zájem, vnitřní kontrolní systém orgánů veřejné správy. To vedlo k omezení účinnosti finanční kontroly hospodaření s veřejnými prostředky. V oblasti finanční kontroly byl dovršen proces přijetí zákona č. 320/2001 Sb., o finanční kontrole ve veřejné správě a o změně některých zákonů, který nabyl účinnosti dne 1.1.2002. Zákonem je vymezeno uspořádání a rozsah finanční kontroly vykonávané mezi orgány veřejné správy. Dále mezi orgány veřejné správy a žadateli nebo příjemci veřejné finanční podpory a uvnitř orgánů veřejné správy.

Klíčová slova v rodném jazyce

Kontrola, veřejnost, občan, ústřední správní úřad, stát, Nejvyšší kontrolní úřad, finance, finanční kontrola, úřad, zákon, práva a povinnosti, předmět kontroly, cíl, zásady, sankce, opatření.

Abstract

On the basis of the social economic changes following the year 1989, there was a change in the legal regulations in the inspection area in state administration. Having abolished the Ministry of Government Control by Act N. 166/1993 Coll. on Supreme Control Office and having omitted the general supervision from the scope of activity of the newly set up prosecutions by Act N. 283/1993 Coll. on State Prosecution, the government lost a number of instruments for influencing the control mechanisms in state administration. Supreme Control Office is an independent body, which exercises, among others, the control of management of state property, the control of the fulfillment of the state budget. As it follows from the law, this independent body cannot lay duties for the rectification of the detected imperfections.

Within the organizational changes following the year 1989, the interior control system of bodies of state administration was partly left with no interest. This led to the limitation of the scope of activity of the financial control of management of public funds. In the inspection area, the process of adopting the Act N. 320/2001 Coll. on Financial Control in State Administration was completed along with the change of certain laws, which came into force on 1.1.2002. The act delimitates the organization and the scope of financial control exercised between the bodies of state administration. Further, between the bodies of state administration and applicants or beneficiaries of public financial support and within the bodies of state administration.

Key words

Monitoring, public, citizen, central administrative agency, Supreme Control Office, finance, control financial, office, law, discretions and duties, topic control, target, persuasion, sanction, provision.

Úvod

"Kdo řídí, kontroluje" tímto úslovím se promítá funkce kontroly v procesu řízení prováděnou státními orgány. V oblasti kontroly veřejné správy se setkáváme z různými druhy jejího projevu. Tak například veřejná kontrola je pojmem, který je charakteristický pro oblast veřejné správy. Veřejná kontrola může zahrnovat jak kontrolu veřejných rozpočtů, tak kontrolu prováděnou ve veřejném zájmu a též i kontrolu prováděnou v zájmu občana. Pro veřejnou kontrolu je určující zpětná vazba, na tu má právo široká veřejnost. Finanční kontrolou je vymezeno uspořádání a rozsah této kontroly vykonávané mezi orgány veřejné správy, mezi orgány veřejné správy a žadateli nebo příjemci veřejné finanční podpory a uvnitř orgánů veřejné správy.

Autor příspěvku si klade za cíl předložit zájemcům informace vybraných právních předpisích v z oblasti veřejné kontroly, o subjektech oprávněných ke kontrole ve veřejné správě, dále poukázat na realizaci v oblasti finanční kontroly vykonávané mezi orgány veřejné správy, mezi orgány veřejné správy a žadateli nebo příjemci veřejné finanční podpory a uvnitř orgánů veřejné správy po roce 1989.

Chceme-li se podívat na historii kontroly prováděnou státními orgány, pak na tomto poli působnosti byl v roce 1919 vytvořen Nejvyšší účetní kontrolní úřad, v roce 1951 zajišťovalo kontrolu Ministerstvo státní kontroly. V letech 1960–1967 měla na starosti kontrolu Ústřední komise státní kontroly a statistiky. Od roku 1971 působil v oblasti kontroly Výbor lidové kontroly ČSFR (republikový a federální), ten měl docela rozsáhlé pravomoci v oblasti národního hospodářství a ve státní správě. Jeho činnost byla ukončena v roce 1989.

Na základě společensko ekonomických změn po roce 1989 došlo ke změně v právní úpravě v oblasti kontroly ve státní správě. Zákony o lidové kontrole byly v České a Slovenské Federativní Republice nahrazeny zákonem č. 405/1991 Sb., o kontrole v ČSFR, zákonem č. 418/1991 Sb., o štátnej kontrole a zákonem č. 552/1991 Sb., o státní kontrole. Zaměření státní kontroly směřovalo do dvou oblastí, a to hospodaření s finančními prostředky České republiky a plnění povinností vyplývajících z obecně závazných právních předpisů nebo uložených na základě těchto předpisů. Nová zákonná úprava již neupravovala kontroly vykonávané v rámci vztahu nadřízenosti a podřízenosti.

Zrušením Ministerstva státní kontroly zákonem č. 166/1993 Sb., o Nejvyšším kontrolním úřadu, a vypuštěním všeobecného dozoru z působnosti nově zřízených státních zastupitelství zákonem č. 283/1993 Sb., o státním zastupitelství, ztratil stát řadu nástrojů k ovlivňování kontrolních mechanismů ve veřejné správě.

Nejvyšší kontrolní úřad (dále jen NKÚ), vykonává především kontrolu hospodaření se státním majetkem, kontrolu plnění státního rozpočtu a kontrolu hospodaření s prostředky poskytnutými ze zahraničí a s prostředky za něž stát převzal záruky. Jak vyplývá ze zákona o NKÚ, tento nezávislý orgán nemůže ukládat povinnosti k zajištění nápravy zjištěných nedostatků.

Problematika kontroly hospodaření se státním majetkem, kontrola plnění státního rozpočtu a kontrola hospodaření s prostředky poskytnutými ze zahraničí a s prostředky za něž stát převzal záruky byla přijetím zákona o NKÚ vyřešena. V rámci organizačních změn po roce 1989 zůstal částečně mimo zájem, vnitřní kontrolní systém orgánů veřejné správy. Ve veřejné správě v té době docházelo i ke snižování početních stavů specializovaných kontrolních útvarů. To vše vedlo k omezení účinnosti finanční kontroly hospodaření s veřejnými prostředky, která byla převážně orientována na ověřování vnějších podnětů.

V českém právním řádu po roce 1989 nebyly upraveny systémy finanční kontroly ve vztazích nadřízenosti a podřízenosti. Scházelo i zřízení vnitřních kontrolních útvarů v ústředních a jiných správních úřadech a vymezení jejich funkce při zajišťování finanční kontroly, výměna kontrolních informací a sjednocení kontrolní dokumentace v návaznosti na čl. 84 Evropské dohody zakládající přidružení mezi Českou republikou na jedné straně a Evropskými společenstvími a jejich státy na straně druhé.

Vláda České republiky řešila tuto nepříznivou situaci v letech 1998-1999 přijetím usnesení k posílení kontrolních systémů zejména u ústředních správních úřadů. Součástí těchto opatření byl mj. i návrh zákona o finanční kontrole, který byl předložen vládou Poslanecké sněmovně dne 11. 2. 2000. Nicméně v samém důsledku byl předložený návrh zákona zamítnut.

Z důvodu reformy veřejné správy bylo potřeba upravit právní rámec pro zapojení kontrolních mechanismů orgánů veřejné samosprávy do kontrolního systému veřejné správy, který by byl srovnatelný s kontrolními systémy států Evropských společenství. V rozhodné době chyběla jednotná koncepce útvarů kontroly ve správních úřadech, jednotné metodické řízení na úseku finanční kontroly na všech jejích stupních.

Ministerstvo financí v součinnosti s Nejvyšším kontrolním úřadem a další zúčastněné resorty zahájily práce na vypracování nového zákona, který zohlední teoretická východiska správního práva o úloze státu při zajišťování úkolů veřejné správy. Předmětem právní úpravy se staly otázky transformace systému finanční kontroly ve veřejné správě ve vztahu k implementaci evropských standardů, základních cílů a obecných zásad vnitřního řízení a kontroly v orgánech veřejné správy a postavení kontrolních orgánů mezinárodních organizací při kontrole hospodaření s prostředky poskytovanými v rámci zahraniční pomoci. Legislativní rada vlády v této souvislosti doporučila mj.:

- přepracovat předložený návrh zákona o kontrole ve veřejné správě na zákon o finanční kontrole ve veřejné správě,
- doplnit v připravovaném návrhu kompetenčního zákona působnost ústředních správních úřadů ke zřizování vnitřního systému řízení a kontroly a odpovědnosti za něj a řešit obdobně kompetence územní samosprávy v zákonech o krajském a obecním zřízení.

V oblasti finanční kontroly byl dovršen proces přijetí zákona č. 320/2001 Sb., o finanční kontrole ve veřejné správě a o změně některých zákonů, který nabyl účinnosti dne 1.1.2002 (dále jen zákon o finanční kontrole).

Citovaný zákon vymezil uspořádání a rozsah finanční kontroly vykonávané mezi orgány veřejné správy, mezi orgány veřejné správy a žadateli nebo příjemci veřejné finanční podpory a uvnitř orgánů veřejné správy. Stanoví předmět, hlavní cíle a zásady finanční kontroly. Zákon o finanční kontrole ve veřejné správě se soustřeďuje na zdůraznění účelu, ten spočívá ve vymezení právního rámce pro založení systému finanční kontroly ve veřejné správě.

Cílem citovaného zákona bylo vytvořit funkční kontrolní systém v oblasti veřejné správy, jehož úkolem je ověření toho, zda veřejné prostředky jsou využívány v souladu s právními předpisy.

Najdeme zde zásady organizace a řízení finanční kontroly a základní pravidla pro její provádění. Současně došlo k vytváření podmínek pro provádění kontroly využívání finančních prostředků poskytnutých České republice ze zahraničí a možnost oprávnění kontrolních orgánů mezinárodních organizací k provádění finanční kontroly týkající se jimi poskytnutých finančních prostředků. Zákon stanoví jednotný procesní postup a vztahy mezi kontrolními orgány a kontrolovanými osobami při výkonu finanční kontroly.

Finanční kontrola je definována v ustanovení § 3 zákona o finanční kontrole. Finanční kontrola vykonávaná podle cit. zákona je součástí systému finančního řízení, kterou tvoří:

- systém finanční kontroly vykonávané tzv. veřejnosprávní kontrola,
- systém finanční kontroly vykonávané podle mezinárodních smluv,
- vnitřní kontrolní systém,
- ve formě řídicí kontroly, zajišťované odpovědnými vedoucími zaměstnanci,
- ve formě interního auditu, což představuje organizačně oddělené a funkčně nezávislé přezkoumávání a vyhodnocování účinnosti řídicí kontroly.

V oblasti vnitřního kontrolního systému zákon o finanční kontrole vymezuje základní kritéria vnitřního kontrolního systému. Vnitřní kontrolní systém musí odpovídat podmínkám a prostředí dané organizace a musí splňovat následující kritéria:

- vytvářet podmínky pro hospodárný, efektivní a účelný výkon veřejné správy;
- včas zjišťovat, vyhodnocovat a minimalizovat provozní, finanční, právní a jiná rizika vznikající v souvislosti s plněním schválených záměrů a cílů;
- musí mít jasně stanovené postupy pro včasné podávání zpráv příslušným úrovním řízení o výskytu závažných nedostatků a přijímaných opatření k nápravě.

Odpovědnost za tvorbu a udržování vnitřního kontrolního systému je uložena vedoucímu orgánu veřejné správy, který je povinen zajistit v rámci organizační struktury:

- vymezení rozsahu pravomocí a odpovědnosti všem zaměstnancům, kteří nakládají s veřejnými prostředky, včetně pravidel pro pracovní postupy,
- rozdělení funkcí s přesně stanovenými hranicemi odpovědnosti při nakládání s veřejnými prostředky, konkrétně při přípravě, schvalování, provádění a kontrole jednotlivých operací,
- dokumentaci struktury vnitřní kontroly i veškerou její činnost; udržovat náležitou dokumentaci o zavedeném systému řídicích kontrol, záznamech o jejich aktivitách a událostech významných pro plnění její funkce, způsob dokumentování činnosti zavedeného vnitřního kontrolního systému musí být upraven vnitřními předpisy,
- dokumentaci struktury přijímání opatření k ochraně veřejných prostředků, k jejich hospodárnému, efektivnímu a účelnému využívání,
- plnění hlavních úkolů, aby bylo dosaženo schválených záměrů a cílů,
- předávání zpráv závažných zjištění, které byly zjištěny vnitřním kontrolním systémem, Ministerstvu financí nejpozději do jednoho měsíce (§ 25 odst. 3 zákona o finanční kontrole).

Vedoucí pracovníci orgánu veřejné správy mají v rámci vnitřního kontrolního systému vymezené povinnosti, pravomocí a odpovědnost:

- zajistit fungování vnitřního kontrolního systému,
- podávat vedoucímu orgánu veřejné správy včasné a spolehlivé informace o výsledcích dosahovaných při plnění stanovených úkolů, o vzniku významných rizik, o závažných nedostatcích v činnosti orgánu veřejné správy a o přijímaných a plněných opatřeních k jejich nápravě (§ 25 odst. 4 zákona o finanční kontrole).

Kritéria vnitřního kontrolního systému, pravidla pro kontrolní postupy, vymezení pravomocí a odpovědnost v rámci organizační struktury musí být rozpracována ve vnitřních organizačních normách, zejména v organizačním řádu, ve směrnici o oběhu účetních dokladů, příp. ve směrnici o účetnictví, směrnici o inventarizaci majetku, směrnici o zajištění řídicí kontroly, směrnici o zajištění interního auditu.

Kontrolní systém představuje souhrn postupů, mechanismů a opatření, které zajišťuje vedení organizace k dosažení stanovených cílů. K jeho základním prvkům patří kontrolní prostředí, hodnocení rizik, kontrolní činnosti, informace a monitorování. V rámci kontrolního prostředí je třeba zdůraznit nezbytnost rozdělení pravomocí a odpovědností pracovníků uvnitř organizace. Kontrolní mechanismy vnitřního řízení jsou stanoveny vnitřními předpisy, instrukcemi a pracovními postupy, například organizačním řádem, oběhem účetních dokladů nebo kontrolním řádem. Kontrolní systém musí vytvářet podmínky pro zákonný, hospodárný, účelný a efektivní výkon veřejné správy.

V souladu s ustanovením § 5 a 25 zákona o finanční kontrole odpovídá za vybudování a udržování vnitřního kontrolního systému vedoucí orgánu veřejné správy. Například u příspěvkových organizací zřízených územními samosprávnými celky je povinností vytvořit si vlastní vnitřní kontrolní systém.

Zásadní důraz je kladen na předběžnou kontrolu, jejímž účelem je předcházení nedostatkům oddělením pravomocí při schvalování finančních a majetkových operací mezi tři hlavní činitele, jimiž jsou příkazci operací, správci rozpočtu a hlavní účetní. Tito činitelé nesou v rámci schvalovacích procesů v jednotlivých fázích odpovědnost za činnosti. Součástí vnitřního kontrolního systému územního samosprávného celku jsou:

- organizační složky zřizované územním samosprávným celkem,
- městské obvody a městské části statutárních měst.

Výkon finanční kontroly územních samosprávných celků vůči organizačním složkám a městským obvodům statutárních měst řídí částí čtvrtou zákona o finanční kontrole. Je-li zřízen interní audit, patří do působnosti interního auditu územního samosprávného celku rovněž audit organizačních složek a městských obvodů. Výkon finanční kontroly územních samosprávných celků vůči příspěvkovým organizacím se řídí částí druhou zákona o finanční kontrole. Je-li do působnosti interního auditu svěřena kontrola příspěvkových organizací, vykonává interní audit vždy veřejnosprávní kontrolu podle části druhé zákona o finanční kontrole.

Řídicí kontrolu organizuje, řídí a zajišťuje vedoucí orgánu veřejné správy, prostřednictvím řídicích výkonných struktur. Řídicí kontrolu jsou povinni zajišťovat všichni vedoucí zaměstnanci, ředitel krajského úřadu nebo starosta obce, dále místostarosta, tajemník, vedoucí odborů a vedoucí oddělení.

Zákon o finanční kontrole vymezuje pro výkon předběžné kontroly tyto odpovědné činitele:

- příkazce operace,
- správce rozpočtu,
- hlavní účetní.

Je neslučitelná funkce příkazce operace s funkcí správce rozpočtu nebo hlavního účetního. Průběžná kontrola je kontrola činností v průběhu operací - zajišťuje úplný průběh operace v návaznosti na předem stanovené podmínky.

Realizuje se v první fázi od vzniku nároku nebo závazku až do splnění dodávky zboží či služby nebo do ukončení prováděných prací, a to v dohodnutém množství a kvalitě, které jsou nutné ke konečnému vypořádání nároku či závazku.

Ve druhé fázi se realizuje od předání podkladů k uskutečnění hlavním účetním až do okamžiku vyúčtování celkové částky zaplacených veřejných příjmů nebo zaplacených veřejných výdajů, pokladního splnění a zaúčtování příjmů nebo plateb, nutných k uspokojení pohledávky nebo závazku evidovaných v účetnictví.

Při průběžné kontrole hospodaření se prověřuje zejména to, zda

- jsou dodržovány stanovené podmínky a postupy při uskutečňování, vypořádávání a vyúčtování schválených operací,
- je zajištěn oddělený výkon činností v procesu uskutečňování operací a jejich zpracování v účetnictví,
- uskutečňované operace při změnách ekonomických, právních, provozních a jiných podmínek novým rizikům,
- došlo k plnění opatření k zajištění ochrany veřejných prostředků, zejména před poškozením, zničením, ztrátou, odcizením nebo zneužitím,
- jsou plněna opatření přijatá k nápravě zjištěných nedostatků zabraňující uskutečňování nehospodárných, neefektivních, neúčelných nebo protiprávních operací.

Při průběžné kontrole funkce systému vnitřní kontroly se prověří zajištění včasného předávání informací příslušným úrovním řízení o významných skutečnostech při uskutečňování operací, vzniku významných rizik, o závažných nedostacích a přijímaných opatřeních k jejich nápravě.

Příkazci operací zjišťují, jak zaměstnanci zajišťují přímé uskutečňování operací - např. kontrolními dny při investičních akcích, posuzováním správnosti výše fakturovaných částek při úhradě záloh nebo dílčích plnění, kontrolou, zda jsou v průběhu roku dosahovány plánované výnosy.

Správce rozpočtu průběžně sleduje kontrolu čerpání rozpočtových prostředků, předkládání změn rozpočtu a realizaci rozpočtových opatření.

Hlavní účetní sleduje účtování dílčích finančních operací.

Při následné řídicí kontrole hospodaření se provede celkové zhodnocení správnosti, opodstatněnosti, hospodárnosti, efektivnosti, účelnosti, dodržování zákonů a vnitřních směrnic při nakládání s majetkem a finančními prostředky, dodržení správného zaúčtování.

Zjistí-li zaměstnanci při výkonu průběžné a následné řídicí kontroly, že je s majetkem nebo finančními prostředky nakládáno nehospodárně, neefektivně a neúčelně nebo v rozporu s právními předpisy, oznámí své zjištění písemně vedoucímu orgánu veřejné správy, který je

povinen přijmout opatření k nápravě zjištěných nedostatků a opatření k zabezpečení řádného výkonu této kontroly.

Kontrola se v rámci průběžné nebo následné řídicí kontroly uskutečňovaných operací soustředí zejména na:

- zajišťování bezhotovostního styku včetně prověřování požadavků na ochranu majetku před neoprávněnými zásahy;
- nakládání s peněžními prostředky v hotovosti a ceninami včetně jejich evidence, inventarizace, řešení a vypořádávání rozdílů, požadavků ochrany a bezpečnosti majetku při manipulacích, přesunech a úschově;
- prověřování souladu výdeje a příjmu zboží anebo poskytovaných a přijímaných služeb, anebo jiných plnění s doklady o závazcích nebo nárocích územního samosprávného celku a se záznamy obsaženými v příslušné evidenci;
- plnění závazků, zejména dodržování jejich splatnosti, zda nedochází k poškozování věřitele přednostní úhradou jiných závazků, zda územní samosprávný celek neohrozí sankce z neplnění závazků, zda jsou správně vyúčtovány zálohy;
- správě pohledávek včetně jejich vymáhání, zejména kontrola adresnosti pohledávky, její právní zajištění, dodržování platebních podmínek, předcházení vzniků nedobytných pohledávek smluvními podmínkami, korespondence s dlužníky při vymáhání pohledávek, předání kompletních dokladů k soudnímu vymáhání a vymáhání příslušenství pohledávek;
- prověřování stavu, pohybu a využívání zásob včetně jejich evidence, úplnosti a průkaznosti příslušných záznamů o nich, při inventarizaci a dále při zajišťování jejich ochrany v souladu s právními předpisy a opatřeními přijatými v mezích těchto předpisů;
- prověřování stavu, využívání, udržování, způsobu vyřazení a likvidace majetku včetně jeho evidence, úplnosti a průkaznosti záznamu o něm, inventarizace, řešení a vypořádávání rozdílů, zajištění podmínek pro využití, uložení a ochranu tohoto majetku v souladu s právními předpisy a opatřeními přijatými v mezích těchto předpisů;
- zpracování mezd a platů včetně daňové agendy, agendy sociálního a zdravotního pojištění a jejich evidence;
- zaznamenávání uskutečněných účetních případů v účetnictví;
- realizaci opatření přijatých k nápravě zjištěných nedostatků, zejména plnění takových opatření, jejichž cílem je včas odhalovat a znemožňovat uskutečňování nehospodárných, neefektivních a neúčelných operací nebo operací, které jsou v rozporu s právními předpisy.

Zákon č. 218/2000 Sb., o rozpočtových pravidlech ve znění pozdějších předpisů a zákon č. 50/2000 Sb., o rozpočtových pravidlech územních rozpočtů ve znění pozdějších předpisů obsahuje kromě hypotézy, dispozice i sankci. Sankce z pohledu kontroly veřejné správy může být uplatněná vůči kontrolovanému subjektu mj. pokud dojde k porušení rozpočtové kázně. Za neoprávněně použité finanční prostředky se považují ty prostředky, u kterých bylo stanoveno omezení jejich použitelnosti, ať už účelem nebo časem, případně jinými podmínkami pro jejich čerpání.

Z citovaných zákonů o rozpočtových pravidlech vyplývají pro územní samosprávné celky tři druhy porušení rozpočtové kázně:

- porušení rozpočtové kázně s finančními prostředky státu;
- porušení rozpočtové kázně s finančními prostředky obce, kraje a dobrovolného svazku obcí;
- nesplnění povinnosti stanovené zákonem č. 250/2000 Sb.

Závěr

Smyslem kontroly je zajistit rovnováhu mezi stavem žádoucím a skutečným. Každý cílový proces, kterým je samozřejmě i ekonomika, je podmíněn kontrolou směřující k zjištění a odstranění rozdílů mezi skutečností a stavem žádoucím.

V současné době se role kontroly, role kontrolora anebo auditora získala své opodstatnění, posílila a zvýraznila. Na důležitosti nabývá nejen následná kontrola a interní audit, ale rovněž především forma předběžné a průběžné kontroly. Formu předběžné a průběžné kontroly definoval jednoznačně až zákon o finanční kontrole ve veřejné správě.

Zkvalitňování kontrolní činnosti je v rámci reformy veřejné správy zaměřeno na:

- prohloubení provádění předběžné, průběžné a následné finanční kontroly v působnosti řídicích struktur (finančního a ostatního výkonného managementu) a kontroly systému manažerské finanční kontroly nezávislými specializovanými útvary včetně zajištění vzájemné spolupráce a výměny informací),
- obnovu systému finanční kontroly jako nedílné součásti vnitřního řízení na všech stupních organizace veřejné správy,
- jednotné metodické řízení finanční kontroly v celé veřejné správě,
- vytvoření právních a institucionálních podmínek pro zajištění finanční kontroly u prostředků poskytnutých České republice ze zahraničí a řešení oprávnění kontrolních orgánů mezinárodních organizací pro provádění finanční kontroly v souladu s uzavřenými mezinárodními smlouvami.

Literatura:

- Nováková I., Velíšková, A. Finanční kontrola ve veřejné správě v dotazech a odpovědích. Vydání I., Praha červenec 2005 ISBN 80-7273-424-6.
- Vláda ČR, Důvodová zpráva ze dne 8.2.2001, ASPI ID: LIT 23658CZ.
- Vlastní poznámky z jednání komise LRV pro veřejné právo II - finanční právo
- Zákon č. 166/1993 Sb., o Nejvyšším kontrolním úřadu
- Zákon č. 320/2001 Sb., o finanční kontrole ve veřejné správě a o změně některých zákonů, ve znění pozdějších předpisů.

Kontaktní údaje na autora – email:

sciskalova@opf.slu.cz

ÚVOD DO PROBLEMATIKY VEŘEJNÝCH ZAKÁZEK

ANDREA SCHELLEOVÁ

Právnická fakulta Masarykovy univerzity; Úřad pro ochranu hospodářské soutěže, Česká republika

Abstrakt v rodném jazyce

Článek se zabývá problematikou procesu zadávání veřejných zakázek podle zákona č. 137/2006 Sb., o veřejných zakázkách, ve znění pozdějších předpisů, a to zejména z pohledu dohledového orgánu – Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže. Článek dále obsahuje shrnutí právní úpravy zadávání veřejných zakázek a stručné pojednání o pojmu veřejné zakázky. V článku jsou zachyceny nejdůležitější aspekty pravomocí Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže v rámci jeho dohledové činnosti, některá omezení a nástin budoucí právní úpravy z hlediska transpozice přezkumné směrnice.

Klíčová slova v rodném jazyce

Veřejná zakázka, zadavatel, zákon, Úřad pro ochranu hospodářské soutěže, dohled, dodavatel, zadávací řízení, přezkumné řízení, směrnice.

Abstract

The article deals with the public procurement issue, award procedure according to the Act No. 137/2006 on Public Contracts and the supervision of the Office for the Protection of Competition as the supervisor. The article also contains summary of legal regulations regarding public contracts and short discourse about the concept of public contracts. The article follows the most important aspects of competences of The Office within its supervision activities, some restrictions and short outline about the future regulations in light of transposition of the review direction.

Key words

Public contract, contracting body, The Office for the Protection of competition, supervision, supplier, award procedure, proceeding on the review, direction.

1. ÚVOD

Zadávání veřejných zakázek je v současné době velice sledovanou oblastí, neboť při něm dochází k přerozdělování velkého množství veřejných prostředků. V posledních letech se problematika spojená se zadáváním veřejných zakázek dostala do podvědomí širokého okruhu lidí a to jednak díky zviditelnění činnosti Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže prostřednictvím médií, ale i díky čím dál většímu množství zadávaných veřejných zakázek. Narůstající množství zadávacích řízení je spojeno zejména s nárůstem čerpání dotací z fondů Evropské unie, které umožňují i menším zadavatelům (zejména obcím) zadávat veřejné zakázky.

2. PRÁVNÍ ÚPRAVA A DOHLED NAD ZADÁVÁNÍM VEŘEJNÝCH ZAKÁZEK

Zadávání veřejných zakázek je u nás upraveno zákonem č. 137/2006 Sb., o veřejných zakázkách (dále jen „zákon o veřejných zakázkách“), a to zákonem č. 110/2007 (s účinností od 1.května 2007 Sb.), č. 296/2007 Sb., č. 76/2008 (s účinností od 13. února 2008) a zákonem č. 124/2008 (s účinností od 1. července 2008). Z hlediska mezinárodních předpisů upravují

zadávaní veřejných zakázek směrnice 2004/17/ES a 2004/18/ES a směrnice o přezkumném řízení 89/665/EHS a směrnice 92/13/EHS.

Dohled nad dodržováním shora citovaného zákona v České republice vykonává Úřad pro ochranu hospodářské soutěže (dále jen „Úřad“). Úřad je jedním z ústředních orgánů státní správy v čele s předsedou jmenovaným na návrh vlády prezidentem republiky. Za svoji patnáctiletou existenci si svoji činností získal respekt a stal se neodmyslitelnou částí státního mechanismu v České republice. Úřad je ve své rozhodovací činnosti zcela nezávislý. Cílem Úřadu je dosáhnout zejména prostřednictvím rozhodovací činnosti takové praxe, která by zabezpečovala volnou a svobodnou soutěž mezi dodavateli veřejných zakázek a současně provedení výběru nejhodnější nabídky transparentním způsobem bez diskriminace uchazečů. Úřad v rámci své rozhodovací činnosti představuje dvoustupňový model přezkumného řízení. Dvoustupňovost je zde představována v prvním stupni Sekcí veřejných zakázek a ve druhém stupni rozhoduje předseda Úřadu na základě doporučení svého poradního orgánu, jímž je rozkladová komise zřízená podle správního řádu.

Úřad zahajuje přezkumné řízení z úřední povinnosti (např. na základě obdržení podnětu, z informací z tisku apod.) nebo na návrh stěžovatele. Náležitosti návrhu a přezkumné řízení ze strany Úřadu jsou upraveny zákonem o veřejných zakázkách a správním řádem.

3. CO TO JE VEŘEJNÁ ZAKÁZKA

Veřejnou zakázkou se rozumí zakázka realizovaná na základě písemné smlouvy o úplatném poskytnutí služeb, dodávek nebo stavebních prací. Veřejná zakázka musí být zadána v zadávacím řízení, které proběhne podle pravidel stanovených zákonem. Dle předmětu veřejné zakázky zákon rozlišuje veřejné zakázky na dodávky, jejichž předmětem je pořízení věci, dále veřejné zakázky na stavební práce, mezi něž patří zejména provedení stavebních prací a zhotovení stavby a veřejné zakázky na služby, které představují sběrnou kategorii pro zakázky, jež nejsou ani zakázkou na dodávky, ani zakázkou na stavební práce.

Zákon dále rozlišuje dělení veřejných zakázek podle předpokládané hodnoty, která je stanovena zadavatelem před zahájením zadávacího řízení (bez DPH) v souladu s pravidly stanovenými v zákoně. Podle předpokládané hodnoty dělíme veřejné zakázky na nadlimitní, podlimitní a zakázky malého rozsahu.

- Nadlimitní veřejnou zakázkou je zakázka, u níž předpokládána cena veřejné zakázky dosáhne zákonem stanovených finančních limitů, které jsou odstupňovány podle předmětu veřejné zakázky a osoby zadavatele. Zákon upravuje tyto limity formou novely zákona v souladu s limity uveřejňovanými v Úředním věstníku EU, a to v závislosti na změnách kurzu eura. Na nadlimitní veřejné zakázky se vztahují evropské zadávací směrnice.
- Podlimitní veřejnou zakázkou je zakázka, u níž předpokládaná hodnota v případě veřejných zakázek na služby a dodávky přesáhne hodnotu 2 000 000 Kč bez DPH a v případě veřejné zakázky na stavební práce činí minimální finanční limit 6 000 000 Kč, přičemž limity nedosáhnou finančních limitů stanovených pro nadlimitní veřejné zakázky.
- Veřejnou zakázkou malého rozsahu je veřejná zakázka jejíž předpokládaná hodnota nedosáhne finančního limitu 2 000 000 Kč. Pro zakázky malého rozsahu zákon nestanoví žádné závazné postupy, pouze povinnost dodržovat obecné zásady transparentnosti, nediskriminace a rovného zacházení. Vzhledem k tomu, že zadavatel není povinen zakázky malého rozsahu zadávat podle zákona, jsou tyto zakázky vyjmuty i z přezkumné pravomoci Úřadu. Jedinou výjimkou je ustanovení § 26 zákona, které zakotvuje případ,

kdy zadavatel zadává veřejnou zakázku malého rozsahu postupem pro podlimitní veřejné zakázky. V tomto případě musí zadavatel postupovat ve všech fázích zadávacího řízení podle ustanovení platných pro podlimitní veřejné zakázky. V tomto případě je pak Úřad kompetentní k přezkumu takto zadávané veřejné zakázky malého rozsahu.

4. ŘÍZENÍ O PŘEZKOUMÁNÍ ÚKONŮ ZADAVATELE

Jak již bylo výše zmíněno, Úřad zahajuje přezkumné řízení buď z moci úřední nebo na návrh některého z uchazečů o veřejnou zakázku. Předpokladem pro ingerenci Úřadu na základě návrhu stěžovatele je předchozí podání námitek. Námitky mohou směřovat buď proti podmínkám zadávacího řízení nebo proti výběru nejvhodnější nabídky, příp. proti vyloučení některého z uchazečů. Ustanovení § 110 odst. 3 zákona o veřejných zakázkách stanoví, že námitky musí stěžovatel doručit zadavateli do 15 dnů od dne, kdy se o domnělém porušení zákona zadavatele dozví, nejpozději však do doby uzavření smlouvy. Námitky staví zadávací lhůtu a její běh pokračuje dnem doručení rozhodnutí zadavatele o námitkách dodavateli. Další podmínkou, která je spojena s řádným podáním návrhu na zahájení řízení o přezkoumání úkonů zadavatele je složení kauce v zákonem stanovené výši na účet Úřadu. Základní funkcí kauce a důvodem, pro který byl tento institut do zákona zaveden, je zamezení podávání bezdůvodných návrhů, jejichž hlavním cílem je samoúčelně podržet či jinak obstruovat zadávací proces. Zákonodárce tedy při vtělení institutu kauce do zákona sledovat, aby Úřad nebyl zbytečně zahlcován celou řadou nepodložených a nedůvodných návrhů. Kauce je příjmem státního rozpočtu jestliže Úřad řízení na návrh pravomocným rozhodnutím zastaví podle § 118, jinak Úřad kauci spolu s úroky vrátí navrhovateli. Zákon tímto vede navrhovatele k tomu, aby důkladně a odpovědně zvážili svoji situaci, reálně také odhadli svoji šanci uspět a podle toho se rozhodli, zda návrh podají či ne. Návrhem, který splňuje všechny zákonem stanovené podmínky, má Úřad povinnost se zabývat a na jeho základě zahájit přezkumné řízení.

4.1 ROZSAH PŘEZKUMNÉHO ŘÍZENÍ

V rámci přezkumné pravomoci není Úřad vázán pouze obsahem návrhu, ale z moci úřední je oprávněn přezkoumán celé zadávací řízení. V tomto směru je možné odkázat na rozsudek Nejvyššího správního soudu ze dne 17. 9. 2004 sp. zn. 2 A 16/2002-39 (rozsudek byl vydán ještě za úpravy zákona č. 199/1994 Sb., ale obecné závěry platí i pro současnou právní úpravu), který obsahuje následující znění:

„Přezkumné řízení dle § 57 zákona o zadávání veřejných zakázek prováděné žalovaným jako orgánem dohledu je nedílnou součástí zadávacího řízení jako celku. Podkladem pro vydání rozhodnutí je především kompletní dokumentace o zadání veřejné zakázky a písemná vyjádření účastníků tohoto správního řízení jsou pak úkony zadavatele vedoucí až k uzavření smlouvy k provedení veřejné zakázky. Přezkumná činnost orgánu dohledu spočívá výhradně v kontrole, zda byly dodrženy předepsané postupy a úkony zajišťující rámec pro vlastní posouzení a hodnocení nabídek. Pravomoci orgánu dohledu zasahují do úrovně těch činností zadavatele, které vytváření „fair podmínky“ pro účast uchazečů v soutěži, ale končí tam, kde nastupuje vlastní úvaha o tom, která nabídka splnila konkrétní kritérium a v jaké kvalitě.

Podle § 57 odst. 5 zákona o zadávání veřejných zakázek platí, že orgán dohledu je oprávněn přezkoumat napadené rozhodnutí v celém rozsahu a není přitom vázán jen návrhem uchazeče. V návaznosti na výše vymezený rozsah přezkumné činnosti orgánu dohledu je proto nutno konstatovat, že tento orgán není v jejím rámci vázán pouze námitkami a návrhy uchazeče, ale je oprávněn přezkoumat napadené rozhodnutí, které završilo celý proces rozhodování

zadavatele o výběru nejvhodnější nabídky, ve všech jeho částech a s ohledem na všechny podklady, na základě kterých bylo napadené rozhodnutí vydáno. V této souvislosti pak hovoříme o principu plné apelace.“¹

4.2 OMEZENÍ ÚŘADU PŘI SVÉ ROZHODOVACÍ ČINNOSTI

Úřad je v rámci své rozhodovací činnosti omezen dikcí zákona zejména v tom směru, že současná právní úprava umožňuje Úřadu uložit nápravné opatření pouze do doby uzavření smlouvy. Jakmile je smlouva uzavřena a veřejná zakázka je již realizována, může Úřad pouze ukládat sankce ve formě pokut, které jsou taxativně stanoveny zákonem. Toto omezení by měla vyřešit nadcházející novelizace zákona, kterou bude transponována do našeho vnitrostátního práva tzv. přezkumná směrnice Evropského parlamentu a Rady č. 2007/66/ES. Transpozice této směrnice by měla přinést zjednodušení procesu zadávání veřejných zakázek, zvýšení dohledu a transparentnosti zadávání veřejných zakázek a také odstranění chyb a výkladových nejasností. Výše zmíněná nová dohledová směrnice, kterou se mění směrnice 89/665/EHS a 92/13/EHS, pokud jde o zvýšení účinnosti. Členské státy EU mají povinnost transponovat tuto směrnici do své vnitrostátní právní úpravy do dvou let od její platnosti (tj. do 20. prosince 2009).

4.3 TRANSPOZICE PŘEZKUMNÉ SMĚRNICE

Transpozice přezkumné směrnice umožní Úřadu vyslovit neplatnost již uzavřených smluv a plnění z nich. Novela současně přinese do vnitrostátní právní úpravy řadu dalších pozitivních změn, které by měly vést k efektivnějšímu a jednoduššímu způsobu zadávání veřejných zakázek, při zachování základních zásad zadávání, tj. zásady transparentnosti, nediskriminace a rovného zacházení. Legislativa upravující systém zadávání veřejných zakázek je v současné době koncipována jako norma preventivní, mající snahu zabránit plýtvání veřejnými prostředky, přičemž zákon má za úkol zejména nastavit limity, v nichž se zadavatelé mají pohybovat. Celý systém zadávání veřejných zakázek je nutné vytvořit tak, aby byl co nejprehlednější a umožňoval poměrně jednoduchou kontrolu jak ze strany zadavatele, tak ze strany ÚOHS v rámci přezkumného řízení. Efektivní řízení o přezkumu jsou totiž základem pro zajištění správného zadávání veřejných zakázek, tak aby zakázku získal subjekt, který učinil nejlepší nabídku.

5. ZÁVĚR

Z hlediska zadávání veřejných zakázek je třeba zejména chránit legitimní zájem ekonomických operátorů, kteří investovali spoustu času a prostředků na přípravu atraktivní nabídky. Toto je rovněž v zájmu daňového poplatníka. Existence efektivního systému přezkumu veřejných zakázek na národní úrovni bude znamenat silný podnět pro zadavatele, aby respektovali hmotněprávní ustanovení evropské legislativy o veřejných zakázkách.

Literatura:

- Zákon č. 137/2006 Sb., o veřejných zakázkách, v platném znění
- Jurčík, R.: Zákon o veřejných zakázkách – Komentář, Praha: C.H.Beck, 2006, 80-7179479-

¹ Rozsudek Nejvyššího správního soudu ze dne 17. 9. 2004 sp. zn. 2 A 16/2002-39

- Krč, R., Marek, K., Petr, M.: *Zákon o veřejných zakázkách a koncesní zákon – Komentář*, Praha: Linde, 2008, 97-8807201711-9
- Šebesta, M., Olík, M., Machurek, T., Podešva, V.: *Zákon o veřejných zakázkách s komentářem*, Praha: ASPI, 2006, 80-7357-213-3

Kontaktní údaje na autora – email:

andrea.schelleova@seznam.cz

K PROCESU OTVÍRÁNÍ „ČERNÉ SKŘÍNKY“ SPRÁVNÍHO UVÁŽENÍ V SOUDNÍM PŘEZKUMU

SOŇA SKULOVÁ

Právnická fakulta Masarykovy univerzity, Česká republika

Abstrakt v rodném jazyce

Příspěvek přináší nástin procesu založení a vývoje rozsahu soudního přezkoumání správních rozhodnutí v ČR, a to ve vztahu ke správnímu uvážení. Tato oblast soudního přezkoumání prošla podstatnými změnami (rozšíření, prohloubení), zvláště v posledních letech, a to zejména díky nové úpravě správního soudnictví (z.č.150/2002 Sb.), a také přístupu Nejvyššího správního soudu k této oblasti přezkoumání. Správní uvážení již nespočívá skryto v „černé skřínce“ nepřístupné soudnímu přezkoumání, a je (má být) podrobena kritériím vyjádřeným v principech (evropského) správního práva (např. principech proporcionality a legitimního očekávání).

Klíčová slova v rodném jazyce

Diskreční pravomoc, správní uvážení, soudní přezkoumání, zneužití správního uvážení, meze správního uvážení, hlediska správního uvážení, principy evropského správního práva.

Abstract

The contribution elucidates in brief the process of the establishing and development of the scope of the Judicial Review of the administrative decisions in the Czech Republic in a sphere of administrative discretion. This special part of the Judicial Review has been undergoing the substantial development (extension and deepening), especially during last years, due to the new legal regulation (Act. No 150/2002 Coll.), and the approach of the Supreme Administrative Court. The administrative discretion is not hidden in the „black box“ untouchable by the court's review anymore, and has become (or should be) subjected to the criteria of the principles of (European) Administrative Law (esp. proportionality, legitimate expectations).

Key words

Discretionary powers, administrative discretion, judicial review, abuse of administrative discretion, limits of administrative discretion, criteria of administrative discretion, principles of European Administrative Law.

1. ÚVODEM

Vážené dámy a pánové, vážení hosté,

vedle své hostitelské úlohy v sekci Správního práva míním přispět k programu jednání také obecnějším zamyšlením nad proměnami soudní kontroly nad specifickou oblastí rozhodování veřejné správy, a to správním uvážením (diskreční pravomocí) správních orgánů, a to od počátků specializovaného správního soudnictví, až po současnou situaci.

Soudní přezkoumání rozhodnutí správních orgánů, založených na tzv. volné úvaze (správním uvážením, nebo nověji a širěji diskreční pravomocí), představovalo od samotného založení soudního přezkoumání (správního soudnictví) specifický problém, se kterým se vyrovnávali klasici správního práva, věnují se mu doposud teoretici, a představuje svérázný problém pro legislativu. Zásadní dopad má také na aplikační praxi správních orgánů. Z našeho pohledu je

významné, že problematika prošla a prochází podstatnými změnami, a rozšiřuje svůj záběr a význam.

Specifičnost problematiky soudního přezkumu vyplývá v dnešním pohledu jednak z povahy (relativní) volnosti takto nastaveného rozhodování správních orgánů, a dále z povahy a struktury hledisek, která ovládají správní uvážení.

Pro pochopení současné situace v oblasti soudního přezkumu správního uvážení je nutno vyjít z obecných základů, resp. poznatků o soudním přezkoumání. Základ nacházíme v nastavení vztahu moci výkonné a moci soudní, kdy posléze uvedená má svěřenu pravomoc z nezávislých pozic kontrolovat rozhodování veřejné správy. Ve vztahu k jednotlivcům, resp. jejich právům a zájmům, je stanoven požadavek kontroly respektování limitů a kritérií výkonu té části veřejné moci, jež je svěřena veřejné správě.

Ve vývojovém pohledu na tuto oblast soudního přezkumu pak vždy bylo (a je) zásadním problémem či otázkou nastavení a aplikace pravomoci soudů vůči této (relativně přesně) zákonem vytvořené sféře (relativní) volnosti správních orgánů, a to za účelem nalezení „správného“ řešení konkrétní spravované věci, kde rozhodujícím je právě kritérium „správnosti“, resp. jeho obsah a význam.

V rámci soudního přezkoumání je v nejobecnější rovině řešena, resp. sledována či kontrolována otázka právní korektnosti (zákonnosti, právnosti) veřejné správy. Uvedené kritérium může mít ve specifické oblasti správního uvážení a jeho soudní kontroly více úrovní, resp. může disponovat značně rozdílným obsahem a rozsahem, a to na škále od prostého souladu s jednoduchým konkrétním ustanovením právního předpisu (tedy pravidlem), až po konvenci s poměrně složitou strukturou právních kritérií či standardů stojících na vyšší úrovni obecnosti a také závaznosti.

Na uvedeném rastru zákonosti – právnosti (kde první z uvedených termínů stojí na počátku vývoje, a druhý ve svém rozšiřujícím se záběru zrcadlí trend k současnému jeho rozsahu) také na území ČR probíhal historický vývoj soudního přezkumu diskreční pravomoci, od cca poslední čtvrtiny 19. století, až po dny současné, a zdaleka není ukončen. V tomto dlouhodobém vývoji lze vysledovat určitou trajektorii (i když ne zcela lineární) jeho jednotlivých bodů. Vychází z určité logiky, a to zvyšujících se nároků na kvalitu právního státu v prostředí konkrétního státu (států), a v posledních desetiletích také v kontextu evropském.

Ve svém příspěvku se pokusím nastínit vývoj v této oblasti na území České republiky, jež specifickým způsobem rezonoval, i když ne vždy nepřetržitě, se zmíněnými obecnějšími trendy. Jde spíše o nastín hlavních bodů, dějů, přístupů a trendů.

Vliv evropeizačních procesů, resp. standardů (ať už ve smyslu časově pro ČR dříve závazných standardů Rady Evropy, nebo o něco později standardů ES/EU) na daný vývoj v posledním období, a to v rovinách legislativní i aplikačně-právní je však zřetelně patrný.

2. K TEORETICKÝM VÝCHODISKŮM, ZÁKLADŮM A VÝVOJI SOUDNÍHO PŘEZKUMU VOLNÉ ÚVAHY

Pro správné pochopení současné právní úpravy a situace v soudním přezkumu diskreční pravomoci nelze se obejít bez alespoň letmého pohledu na jeho kořeny, jakož i myšlenkové konstrukce, z nichž vycházel. Posléze budeme moci sledovat, zda a jak se promítly do

současné právní úpravy správního soudnictví, event. dalších oblastí soudní kontroly. Oblast správního soudnictví představuje rozsáhlé téma, z něhož se zde zaměříme pouze na jeho avizovanou část, resp. stránku – tedy přezkum správního uvážení.

Prosazování ideje správního soudnictví souviselo s uplatněním teorie dělby moci a principů právního státu, které přinesly kvalitativně odlišné postavení a vztahy vykonavatelů veřejné moci a adresátů jejího působení. Bylo nutné garantovat restrikcí výkonné moci do limitů právních, ať už v obsahu, tak ve formách její realizace. Zvláště intenzivně byl tento požadavek formulován pro případy, kdy výkonná moc zasahovala do sféry veřejných subjektivních práv.¹

Složitější problém pro stanovení mezí a pravidel soudní kontroly správních rozhodnutí představuje oblast diskreční pravomoci, kdy sám zákon zakládá pro správní orgán volnou úvahu, tedy možnost zvolit si vlastní, podle svého názoru nejvhodnější rozhodnutí z více možných, resp. v určitém stádiu rozhodovacího procesu (někdy již při jeho zahájení) zvolit další postup. Přitom každé ze zvolených řešení by se mělo pohybovat v rámci vymezeném zákonem. Zde se dotýkáme zajímavého problému přípustnosti více správních řešení jedné konkrétní rozhodované věci.

Pro každý systém správního soudnictví bylo již na počátku nutno vyřešit pro tehdejší podmínky otázku, zda vůbec, resp. v jakém rozsahu a vazbě na právní úpravu, má soud správní rozhodnutí založené na volné úvaze přezkoumávat. Uvedený problém byl jedním z hlavních ve vývoji správního soudnictví, a to typicky v systému kontinentálního práva, s ohledem na výslovně upravené pravomoci správních orgánů a nastavení kontroly výkonu této pravomoci ze strany soudu.²

K otázce rozsahu soudního přezkumu se proto nezbytně vyjadřovali klasici správního práva. Např. Merkl rozlišoval, v intencích tradiční dělby moci a také obsahu pojmu „zákonost“, přezkoumávání z hlediska právnosti (tehdy chápané ve smyslu vázanosti nejen zákony, ale také dalšími právními předpisy podzákonné povahy), a dále přezkoumávání úvahy správního orgánu (tedy účelnosti správních aktů v nejširším smyslu).

V intencích tehdejšího chápání obsahu pojmu „právnost“ připoští totiž existenci aktu, „který je sice co do právnosti bezvadným, avšak „protiúčelným“. V dnešním podmínkách by akt, který je v rozporu se stanoveným účelem pravomoci správního orgánu (jak by bylo zřejmě možno

¹ Merkl, A.: „Splněním požadavku správního soudnictví vytvářejí se garancie, že vůle národa projevená v zákonech, bude realizována ve správě neovlivněna nekontrolovanými a nezodpovědnými činiteli.“ Nejpádnějším důvodem, který podle cit. autora mluví pro existenci správního soudnictví je ten, že správní soudnictví je právně - technický prostředek, jímž se podřazuje činnost závislých (správních) orgánů kontrole nezávislých (soudních) orgánů, a který dovoluje, aby soudní výrok vyloučil nepřipustné vlivy, které snad působily na správního úředníka v důsledku jeho právní a politické závislosti při uskutečňování správního aktu. – in Obecné právo správní, díl druhý, Orbis, Praha - Brno, 1932, str. 215, 217 a n..

Vzhledem k dnešní realitě patří se dodat, že tyto nepřipustné vlivy nemusí zdaleka plynout pouze z event. právní a politické závislosti správních úředníků, ale i ze strany různých soukromých zájmů.

² O modelových či reálných způsobech řešení v jednotlivých, zejména evropských právních systémech, resp. právních řádech, více viz např. in Pítrová, L., Pomahač, R.: Evropské správní soudnictví (1. a 2. díl), Praha, C.H.Beck, 1998, Delamy, H.: Judicial Review of Administration Action, A Comparative Analysis, Dublin, Sweet Maxwell, 2001, Halliday, S.: Judicial Review and Compliance with Administrative Law, Oxford and Portland, Hart Publishing, 2004, Hertogh, M., Halliday, S. (eds.): Judicial Review and Bureaucratic Impact, international and interdisciplinary perspectives, Cambridge, New York, Cambridge University Press, 2004.

tehdejší termín „protiúčelnosti“ vyložit) nemohl být shledán právně korektním. V tehdejší době by však kontrola úvahy, která by šla o krok dál než kontrola právnosti (v rozsahu tehdy úžeji nastaveném), představovala silné rozpětí správního soudnictví, ne-li již přímo vybočení nad rámec ideje správního soudnictví, neboť by mj. odnímala správě veškerou její volnost a podrobuje celou správu nejen kritice, ale i vůli soudnictví.³

Uvedená citace popisuje pojetí správního uvážení jako jakési „černé skříňky“, jak ji později trefně pojmenovává M.Mazanec⁴, tedy prostoru vskutku právně „vyhrazenému“ k volné úvaze správního orgánu, zajisté tedy nikoliv neomezenému a nastavenému v tehdejší rámci zákonnosti.

I sám Merkl však připustil možnost stanovit jisté druhy správních aktů, které by kontrole úvahy podléhaly, anebo určitých druhů porušení práva. Případy zkoumání překročení hranic volné úvahy považuje Merkl, v podstatě shodně s naší současnou koncepcí správního soudnictví, za zvláštní případ přezkoumávání právnosti, neboť každé překročení volného uvažování zasahuje do sféry právní vázanosti správního orgánu a zakládá tak porušení práva. Uvedený případ znamená totiž zároveň překročení zákonem stanoveného rámce pravomoci subjektu vykonávajícího veřejnou správu.⁵ Jak zřejmo, tehdejší pojetí svědčilo spíše kvantitativnímu chápání mezí stanovených pro správní uvážení.

Pro podmínky již moderního státu se k této otázce vyjadřoval J.Macur. Formuloval závěr, že uvážení není protikladem zákonnosti a že oba tyto pojmy se vzájemně nevylučují. Nemělo by dle něj docházet k absolutizování pozitivně právního kritéria jejich rozlišování.

Pro současnou situaci a podmínky lze se ztotožnit s jeho závěrem, že až tam, kam sahá právní vázanost správního uvážení, může následovat i soudní kontrola, a to i tehdy, jestliže pozitivní právo kontrolu účelnosti vylučuje. Lze tak plně akceptovat závěr, že možnost soudní kontroly tedy končí teprve tam, kde končí vázanost volného uvážení právem.⁶

V uvedené otázce je tedy nutno stvrdit již v úvodu nastolenou hypotézu, že pro nastavení rozsahu a obsahu přezkumu správního uvážení je určujícím faktorem právní rámec, kterým je správní uvážení závazně zasazeno do svých mezí (jde tedy o nastavení limitů správního uvážení - s určitou licencí o hledisko spíše kvantitativní), resp. ovládáno ve svém obsahu (zde se projevují kritéria určující obsah, tedy předznamenávající zejména kvalitativní stránku uvážení).

Uvedeným teoretickým koncepcím, resp. jejich vývoji, odpovídal také vývoj právní úpravy soudního přezkumu.

³ Merkl, cit. dílo: str. 231 a n.

⁴ Mazanec, M.: Neurčité právní pojmy, volné správní uvážení, volné hodnocení důkazů a správní soud, Bulletin advokacie, 2000, č. 4, str. 12, nebo již dříve v monografii Správní soudnictví, Linde, Praha, 1996, 451 stran, ISBN 80-7201-021-2, str. 92.

Situaci takto charakterizoval a kritizoval z hlediska nedostatečnosti naplnění čl. 6 odst. 1 Evropské úmluvy také P.Hrdina v článku „Přezkoumatelnost rozhodnutí správních orgánů vydaných v rámci diskreční pravomoci“, „Právní rozhledy, 1999, č. 4, str. 184 – 190, a srovnával ji s naprosto odlišnou situací v německé úpravě soudního přezkoumání.

⁵ Merkl, str. 233.

⁶ Macur, J., Správní soudnictví a jeho uplatnění v současné době, Brno, Acta Universitatis Brunensis, Masarykova univerzita, 1992, str.50.

Rakouský správní soud původně vycházel ze shora zmíněné původní teorie, že pokud by soudy ve věcech správního uvážení judikovaly, ničím by se nelišily od správních úřadů.⁷

Tzv. „říjnový zákon“ (z.č. 36/1876 říšského zákoníku), o zřízení správního soudu, ve znění pozdějších novel, stanovil totiž ve svém § 3 písm. e) výluky správního uvážení ze soudního přezkumu. Po dlouhých letech bohaté judikatorní činnosti rakouského správního soudu (z jehož rozhodnutí m.j. vycházely „podstatné formy řízení administrativního“, jako předobraz pozdějších úprav správního řízení) a několika novelách, jež nezasáhly přímo do sledované oblasti, byl říjnový zákon recipován do československého právního řádu zákonem č. 3/1918 Sb.z. a n., o nejvyšším správním soudě a o řešení kompetenčních konfliktů ("listopadový zákon"). V oblasti nastavení soudního přezkumu uvážení došlo k formulační změně, kdy z výluky přezkumu byly vypuštěny věci, v nichž bylo rozhodováno podle volné úvahy. Tato změna však neznamenal zásadní změnu koncepce, tedy nastolení plného přezkumu správního uvážení, neboť zůstal zachován hlavní účel zákona, a to ochrana před nezákonným rozhodnutím neb opatřením správního úřadu.

Nově navozený právní stav znamenal možnost soudního přezkoumání také správních aktů vydaných podle volného uvážení, pokud byly shledány nezákonnými. Podle M.Mazanec šlo o zachování judikaturou vybudovaného práva soudu zkoumat zákonné hranice volného uvážení a zjišťovat, mají-li ve spisech oporu^{8, 9}.

Na úpravu správního soudnictví z roku 1918, zrušenou v roce 1950 téměř bez náhrady, navázala (zde si, shodně s právní úpravou a situací, dovolím uplatnit jistý skok v čase) zákonná úprava z roku 1991 (zákon č.519/1991 Sb.), novelizující zákon č. 99/1963 Sb., občanský soudní řád, v jeho části páté.

Tato, mezitím (shora cit. nálezem Ústavního soudu) již opět zrušená právní regulace správního soudnictví, ve vztahu ke správnímu uvážení vycházela, stejně jako celá obnovená koncepce správního soudnictví, do značné míry z úpravy tradiční (prvorepublikové), včetně pojetí shora uvedených otázek.

Speciálním ustanovením, vztahujícím se přímo a výslovně k soudnímu přezkumu správního uvážení, byl § 245 odst. 2 o.s.ř.:" U rozhodnutí, které správní orgán vydal na základě

⁷ Bažil, Z., Bažil, Z.: Neurčité pojmy a správní uvážení při aplikaci norem správního práva, Praha, AUCI, 1992, str 8 a n.

⁸ Mazanec, M.: Správní soudnictví, str. 29.

⁹ V souvislosti s cit. zákonem je vhodné upozornit na v praxi, bohužel, nezavedený, institutu *právních zásad*, které měl přijímat rozšířený senát Nejvyššího správního soudu k prosazení svých ustálených názorů, resp. jejich změně. Na citovanou prvorepublikovou úpravu do jisté míry navazuje institut tzv. *zásadních usnesení* Nejvyššího správního soudu, který má sloužit zákonnému a jednotnému rozhodování správních orgánů, a také jeho *stanovisek* která mají být přijímána v zájmu jednotného rozhodování soudů ve správním soudnictví (viz § 12 odst. 2 a § 19 cit. zák.).

V tomto ohledu byly do značné míry zhojeny kritické připomínky k nejednotnosti judikatury a nedostatečnému jejímu vlivu na kvalitu rozhodování veřejné správy (srov. Mikule, V.:"Význam správního soudnictví pro všeobecnou právní kultivaci veřejné správy", in Správní právo, 1997, č.3, str. 137 a n.), jež , vedle dalších, vedly ke zrušení úpravy správního soudnictví z roku 1991 Ústavním soudem nálezem č.276/2001 Sb.

zákonem povolené volné úvahy (správní uvážení), přezkoumává soud pouze, zda takové rozhodnutí nevybočilo z mezí a hledisek stanovených zákonem."¹⁰

Dalším prvkem omezujícím přezkoumání volné úvahy správního orgánu bylo ustanovení § 248 odst. 2 písm. c), které vylučovalo ze soudního přezkoumání rozhodnutí o žádostech na plnění, na něž není nárok, nebo o žádostech o odstranění tvrdosti zákona. Ponechána stranou soudního přezkumu tak zůstala významná oblast případů rozhodování se správním uvážením.

I když ve shora naznačeném limitovaném rozsahu svého přezkumu správního uvážení, a přes veškerou snahu dát přezkumu pevnou konstrukci hodnotícího pohledu („meze a hlediska stanovená zákonem“), musela se judikatura vyrovnávat v některých případech se zásadním problémem, a to absencí právě hledisek pro použití správního uvážení¹¹ v zákonných textech. Pokud šlo (či doposud jde) o stanovení mezí správního uvážení, situace byla vždy znatelně příznivější. K otázce zákonných kritérií se vyslovoval také Ústavní soud¹².

Z dosud uvedeného je nepochybné, že zákonné stanovení mezí a hledisek (kritérií) pro použití správního uvážení, pro všechny případy jeho použití, v předpisech správního práva bylo zásadní otázkou pro vztah správního rozhodování a soudního přezkoumání, jak byly tyto požadavky formulovány v tehdy platném znění § 245 odst.2 o.s.ř.¹³

I když současná úprava rozsahu soudní kognice správního uvážení již nepoužívá výslovně pojmu „hlediska správního uvážení stanovená zákonem“, jejich existence, a to v širší dimenzi

¹⁰ K vymezení tehdejšího pojetí přezkumné úlohy soudů Ústavní soud: "...samotné správní uvážení podléhá přezkumu obecného soudu pouze v tom směru, zda nevybočilo z *mezí a hledisek stanovených zákonem* (zdůr. aut.), zda je v souladu s pravidly logického usuzování a zda premisy takového úsudku byly zjištěny řádným procesním postupem.... za splnění těchto předpokladů není obecný soud oprávněn z týchž skutečností vyvozovat jiné nebo přímo opačné závěry. (III. ÚS 101/95, in Sb.n., sv.4, str. 354.).

¹¹ Uvedená situace byla problematické jednak pro samotný správní orgán, jednak pro soud. Protože však alespoň rámcová hlediska jsou k přezkumu nutná, uvedený nedostatek oživil ožehavý problém použitelnosti analogie ve veřejném - správním právu, dokonce někdy otázku analogie s ustanoveními předpisů práva soukromého (srov. např. rozsudek Vrchního soudu v Praze čj. 6 A 12/94-16, který dospěl k názoru, že *„správní úřad se při rozhodování o povinnosti právnické osoby platit sankci za správní delikt v oboru práva veřejného (tzv. odpovědnost za správní delikt) řídí - nestanoví-li zákon výslovně něco jiného - obdobnými principy jako soud v oboru práva soukromého při rozhodování o jejich obecné odpovědnosti za škodu (sic!).“*

¹¹ Např. v usnesení ve věci III. ÚS 101/95: *...„stran správního uvážení se judikatura obecných soudů ustálila na názoru, že zákon vytváří kritéria, podle nichž, a v jejichž rámci, se může uskutečnit volba, včetně výběru a zjišťování těch skutečností konkrétního případu, které nejsou správní normou předpokládány, ale uvážením správního orgánu jsou uznány za potřebné pro volbu jeho rozhodnutí,..."*

Situace byla však komplikovanější v těch případech, kdy právní předpis ponechával na uvážení správního orgánu, aby pro své konkrétní rozhodnutí určil kritérium, podle něhož rozhodne. Uvedený případ řešil Ústavní soud např. ve věci I. ÚS 116/96 (*...„otázka volby vhodného kritéria pro stanovení základu důchodové daně musí umožnit dodržení základních zásad daňového řízení, stanovených v ust. § 2 zákona č. 337/1992 Sb., o správě daní a poplatků, ve znění pozdějších předpisů,“*). Na (správním) soudu pak bylo, aby v dalším přezkumném řízení uvážil, zda dosavadní kritéria byla či nebyla zvolena v rámci "správního uvážení" ve smyslu § 245 odst. 2 o.s.ř.

¹³ Uvedenému závěru nasvědčuje také judikát č.3, příloha časopisu Správní právo č.3/93: *„Správní uvážení je soudem přezkoumatelné a správní orgán si při něm nemůže počínat zcela libovolně, to by bylo v rozporu s charakterem státní správy jako činnosti podzákonné a zákonem řízené. Determnace správního uvážení zákonem však neznamená jeho úplnou negaci. Zákon vytváří kritéria, podle nichž a v jejichž rámci se může uskutečnit volba včetně výběru a zjišťování těch skutečností konkrétního případu, které nejsou správní normou předpokládány, ale uvážením správního orgánu jsou uznány za potřebné pro volbu jeho rozhodnutí.“*

než pouze konkrétní zákonné úpravy, je nepochybná a nezbytná, a je nutno je při správním uvažování a soudním přezkoumání zohledňovat.¹⁴

Je však třeba zmínit další aspekt přezkoumání správního uvážení ve správním soudnictví. Překročení zákonného rámce správního uvážení, nebo nerespektování kritérií pro jeho použití, aby bylo hodno přezkoumání ve správním soudnictví, musí současně představovat porušení nebo ohrožení (veřejného) subjektivního práva navrhovatele, tedy adresáta původního správního rozhodnutí.

Samotné přezkoumání zákonnosti (právnosti – v dnešním plném pojetí) správního aktu není cílem soudní činnosti, ale prostředkem ke zjištění, zda subjektivní právo bylo rozhodnutím správního orgánu skutečně porušeno, nebo zda k tvrzenému porušení práva nedošlo.¹⁵ Z toho vycházela také předchozí úprava. Tvrzené překročení správního uvážení muselo znamenat zásah do subjektivních práv navrhovatele, a nikoliv do jiné oblasti, např. do práv jiných osob nebo event. určitého právem chráněného veřejného zájmu.

Od této koncepce se současná právní úprava správního soudnictví v otázce žalobní legitimace jednotlivců neodlišuje¹⁶.

Samostatným ustanovením však zakládá možnost ochrany veřejného zájmu na základě žaloby zákonem zmocněných subjektů, zejména vymezených orgánů veřejné moci¹⁷. Nutno podotknout, že porušení veřejného zájmu mohlo by nepochybně nastat na základě nebo v souvislosti se zneužitím správního uvážení, nebo obecněji s nesprávnou volnou úvahou, v tomto případě nesprávnou ve smyslu porušení obecné povinnosti sledovat při výkonu veřejné správy veřejný zájem jako jedno z podstatných hledisek správního uvážení, resp. princip činnosti správních orgánů, jak jsou stanoveny ve správním řádu, jako obecném kodexu činnosti veřejné správy.¹⁸

3. K SOUČASNÉ ÚPRAVĚ SOUDNÍHO PŘEZKOUMÁNÍ SPRÁVNÍHO UVÁŽENÍ

Jak již bylo vícekrát shora zmíněno, v současných podmínkách a v pojetí evropského správního práva je nutno chápat pojem „zákonnosti“, resp. správněji „právnosti“, v širších dimenzích, než tomu bývalo tradičně.

Jak v kontextu příprav nového správního řádu poznamenal R.Pomahač, „právnost“ v „evropském“ právním prostředí znamená soulad s ústavou, obecnými právními zásadami, psaným právem a sekundární legislativou (ES/EU), obyčejovými pravidly mezinárodního

¹⁴ Vyplyvá to podle mého názoru z použití kritéria „zneužití správního uvážení“, které je použito v klíčovém ustanovení § 78 odst. 1 soudního řádu správního, a jež evidentně předpokládá existenci standardů určujících správné použití správního uvážení, tedy vylučujících jeho zneužití, resp. vlastně správné použití pravomoci správního orgánu. Vztah k ust. § 2 odst. 2 správního řádu („zásada zákazu zneužití správního uvážení“) a logika jeho zařazení mezi základní zásady činnosti správních orgánů je zřejmá.

¹⁵ Macur, J., cit. dílo, str. 37 a n..

¹⁶ Srov. úpravu žalobní legitimace zařazenou pro jednotlivé druhy žalob v § 65, § 79 odst. 1 a § 82, a pro návrh na zrušení opatření obecné povahy v § 101a zákona č. 150/2002 Sb., v platném znění.

¹⁷ Jednak je to správní orgánu, o němž to zákon stanoví (doposud nebyl zákonem zmocněn žádný orgán), dále Nejvyšší státní zástupce a „ten, komu toto oprávnění výslovně svěřuje zvláštní zákon nebo mezinárodní smlouva, která je součástí právního řádu“ (srov. § 66 odst. 1 až 3 s.ř.s.).

¹⁸ Viz § 2 odst. 4 z.č. 500/2004 Sb., v platném znění.

práva bezprostředně účinnými ve vnitrostátním právu, soudcovským právem a s interními směrnici, pokud se jich lze dovolat před soudem, a podle principu právnosti musí být protiprávní akt zrušen.¹⁹

Tak došlo v procesu začlenění Československa, resp. České republiky do prostředí Rady Evropy, a přípravy na členství v ES-EU, nastavován širší, plněnější rozměr zásady právnosti, a v přímém spojení také současně požadavky na rozsah a hloubku soudní kontroly.

Podle dikce soudního řádu správního, je jeho účelem poskytnutí soudní ochrany veřejným subjektivním právům fyzických a právnických osob způsobem stanoveným tímto zákonem a za podmínek stanovených tímto nebo zvláštním zákonem²⁰. V souvislosti se správním uvážením může podle platné úpravy spočívat nezákonnost rozhodnutí správního orgánu m.j. právě v tom, že správní orgán překročil zákonem stanovené meze správního uvážení, nebo správního uvážení zneužil²¹. Někteří autoři již v době přijetí zákona uváděli, a s ohledem na další vývoj, patrný v judikatuře zejména Nejvyššího správního soudu v posledním období, neshledávám důvod tento názor podrobovat revizi, že v tomto ustanovení se téměř revolučním způsobem otvírá sféra diskrečního rozhodování správních orgánů soudnímu přezkoumání.²²

Právě a pouze k „rozhodnutí“ správních orgánů je úprava přezkumu správního uvážení výslovně vztažena. Neznamena to však, že by se přezkum správního uvážení ve shora stanovených intencích nemohl uplatnit také v dalších případech aktů a postupů správních orgánů podléhajících soudnímu přezkoumání.²³

Pojem „nezákonnost“, resp. jeho žádoucí opak „zákonnost“, jak již bylo zdůrazněno, je nutno vykládat jako obecnější pojem „právnost“, a to v současném, plném obsahu, znamenajícím soulad s celým právní řádem, včetně mezinárodních smluv, které jsou jeho součástí ve smyslu čl. 10 Ústavy. (jak to navozuje nastavení zásady legality v § 2 odst. 1 nového správního řádu). Přezkoumání zákonnosti v tradičním, úzkém významu, je možné (a již i nutné) označit za minimální, i když svým významem základní, rozsah přezkumné činnosti.

Průlomovým prvkem v nastavení soudního přezkumu je působení požadavku tzv. plné jurisdikce (ve smyslu čl. 6 odst. 1 Evropské úmluvy o lidských právech a základních svobodách), jenž byl zaveden jako obecný princip.²⁴ Projevuje se, stručně řečeno, jednak ve vztahu k posuzování, resp. doplňování skutkové stránky, umožňující soudu zopakování důkazů nebo doplnění důkazů provedených správním orgánem²⁵. Další jeho působení však již

¹⁹ In Pomahač, R.: „Zásady správního řízení a evropské právo (K návrhu nového českého zákona o řízení před správními úřady)“, Evropské a mezinárodní právo, 2001, č.3, str. 38.

²⁰ § 1 zákona č. 150/2002 Sb., ve znění pozdějších změn a doplnění.

²¹ Srov. § 78 odst. 1 cit. zákona.

²² Baxa, J., Mazanec, M.: Reforma českého správního soudnictví, in Právní rádce, 2002, č. 1, str. 10.

²³ Může jít také o *nezákonný zásah, pokyn nebo donucení správního orgánu* (který není rozhodnutím), pokud tím měl být účastník zkrácen na svých právech, ovšem za podmínky, že zásah nebo jeho důsledky trvají, nebo hrozí jeho opakování (§ 82 cit. zákona), a zřejmě také nezákonné opatření obecné povahy (§ 101d). U tzv. *nezákonné nečinnosti* správního orgánu (pro případ nevydání rozhodnutí ve věci samé nebo osvědčení), jak s ní zákon rovněž počítá jako s variantou porušení subjektivních práv, nebude zřejmě přezkum uvážení připadat obecně v úvahu, vzhledem k nárokovosti práva na úkon (srov. § 79 odst. 1.), i když ani taková eventualita v zásadě není vyloučena.

²⁴ Baxa, J., Mazanec, M., ibid.

²⁵ Viz § 77 soudního řádu správního.

není neomezené. Ani současná úprava soudního přezkumu ve správním soudnictví (podle s.ř.s.) obecně neumožňuje, aby soud vstoupil do role správního orgánu a nahrazoval jeho volnou úvahu svou úvahou vlastní, pouze je podrobuje kontrole v tom směru, jak již bylo uvedeno, tedy zda nepřekročilo meze stanovené zákonem nebo nebylo zneužito.

Avšak správní soudy získaly (téměř) plnou jurisdikci ve věcech žalob podaných vůči trestům uloženým za správní delikt, a to ve formě pravomoci upustit od takového trestu nebo jej snížit (nejsou-li vůbec důvody pro zrušení rozhodnutí), pokud byl uložen ve zjevně nepřiměřené výši²⁶. Zde již soud může nahradit úvahu správního orgánu vlastní úvahou, ovšem pouze způsobem moderačním.

Shora uvedené hlavní znaky nové zákonné úpravy správního soudnictví dle mého názoru odůvodňují soud V.Vopálka, vyslovený že „nová“ úprava správního soudnictví se zdá být dostatečným pramenem pro skutečně aktivní tlak soudů na zdokonalování správního řízení,²⁷ když jej můžeme rozšířit i na další oblasti rozhodování – činnosti veřejné správy, která spadá do rámce uvedené větve soudní kontroly.

Mimo rámec správního soudnictví stojí přezkoumávání, neboli soudní kontrola rozhodování správních úřadů o věcech, které patří do oblasti soukromého práva²⁸. Tyto věci náleží do působnosti soudů obecných, které je přezkoumávají vskutku v plné jurisdikci, neboť mohou tutéž věc plně projednat²⁹, přičemž soud není vázán skutkovým stavem, jak byl zjištěn správním orgánem³⁰. Uvedené řešení s sebou nese určité specifické problémy, jimiž se ve svém příspěvku nebudu podrobněji zabývat. Za zmínku však ve vztahu k naší problematice stojí obecnější otázka náročnosti (možnosti ?) kontroly naplňování základních zásad činnosti ze správního řádu v rozhodnutí správního orgánu (zejména některých – např. souladu s veřejným zájmem - § 2 odst. 4, nebo proporcionality právě v aspektu vyvažování zájmu veřejného a zájmů soukromých - § 2 a § 5 správního řádu) ze strany civilních soudů. Uvedená problematika nepochybně заслужuje podrobnější samostatnou analýzu.

V oblasti soudního přezkumu v rámci správního soudnictví (avšak se závěry aplikovatelnými zřejmě také v podmínkách přezkumu podle části páté o.s.ř., i když se v uvedeném zákoně předmětný pojem výslovně neobjevuje) zřejmě nejzajímavějším, a také nejsložitějším problémem jeví se již shora zmíněný, soudním řádem správním zavedený pojem zneužití správního uvážení³¹. Při zkoumání, zda nedošlo ke zneužití správního uvážení, nebude se již

²⁶ Lze-li ovšem takové rozhodnutí učinit na základě skutkového stavu, z něhož vyšel správní orgán, a který soud případně vlastním dokazováním v nikoli zásadních směrech doplnil. Srov. § 78 odst. 2 cit.zák.

²⁷ Vopálka, V. in sborník Pocta Vladimíru Mikule k 65. narozeninám, C.H.Beck, Praha 2002, str. 275.

²⁸ Rozhodl-li správní orgán „podle zvláštního zákona o sporu nebo o jiné právní věci, která vyplývá z občanskoprávních, pracovních, rodinných a obchodních vztahů, a nabylo-li rozhodnutí správního orgánu první mocí, může být tatáž věc projednána na návrh v občanském soudním řízení. Viz § 244 odst.1 o.s.ř.

²⁹ Zjistí-li, že v dané věci má být rozhodnuto jinak, než rozhodl správní orgán, soud rozhodne sám ve věci rozsudkem. - § 250j o.s.ř.

³⁰ Viz § 250e cit.zákona.

³¹ Pro inspiraci bylo vhodné čerpat, a již se tak děje, i když zejména na úrovni Nejvyššího správního soudu, ze zahraničních zdrojů. Např. v německém právu je zneužití diskreční pravomoci spatřováno např. v jeho použití pro nezákonný účel, nebo v tom, že jeho výkon je založen na nesprávných motivech, nebo v tom, že pro jeho použití byla vzata v úvahu irelevantní zjištění. Je typické, že u jednoho a téhož případu lze shledat více forem zneužití diskreční pravomoci. Formy zneužití uvážení lze vyvozovat z hojné soudní judikatury, a začasťe spočívají na porušení některých principů, jako je princip rovnosti (materiální), princip přiměřenosti (a v rámci

soudní přezkum držet „pouhých“ hledisek stanovených zákonem, chápáno ve smyslu hledisek konkrétní zákonné úpravy daného případu správního uvážení (která navíc, jak jsme již zmínili, občas „absentují“). Úlohu musí sehrávat také hlediska působící z vyšších stupňů právní síly, obecnějšího dosahu, disponující přímo „princiální“ povahou.

Jak uvedl pro tehdy nově vytvářený právní kontext V.Vopálka, bude muset soudce moderněji uvažovat o pojmech zákonnosti, šířeji právnosti, správnosti rozhodnutí...³²

Pojem právnosti vskutku v posledních letech začal „přerůstat“ své tradičně (nebo spíše již historicky) chápané mantinely, a jeho náplň je nutno hledat nejen v úpravách správněprávních, ale také v normách ústavních a mezinárodních smlouvách, a možná ještě v dalších komponentách³³. Ve vztahu k činnosti veřejné právy se profiluje také institut „dobré správy“, jak je uznán jako standard, nebo spíše souhrnná kategorie pro charakteristiku moderního evropského správního prostředí. Konstituování cit. pojmu a jednotlivých principů a zásad, které tvoří jeho obsah, je m.j. výsledkem působení standardů zakotvených v některých mezinárodních smlouvách, z toho zejména Evropské úmluvy, v judikatuře Evropského soudu (dříve také Komise) pro lidská práva zřízeného na jejím základě. V této oblasti se významně profiloval rovněž Ústavní soud. Nepominutelné je širší působení Rady Evropy na tomto poli (v rovině tzv. soft-law). A pro oblast zejména hospodářských vztahů je zásadní právo ES/EU, včetně judikatury Evropského soudního dvora a Soudu první instance, který rovněž aplikuje obecné principy v rámci své jurisdikce.³⁴

S uvedeným prostředím, které se stále vyvíjí, již do značné míry rezonuje novější judikatura správních soudů (bude zmíněna v závěru příspěvku), avšak pro rozhodování veřejné správy, zejména na nižších stupních jde doposud spíše o velkou výzvu, i když lze se setkat pozitivními případy, resp. nastolovanou praxí.

4. ZÁVĚREM - K „PRINCIÁLNÍ“ ÚLOZE SOUDŮ, A TEDY TAKÉ K OTÁZCE PŮSOBENÍ PRINCIPŮ (EVROPSKÉHO) SPRÁVNÍHO PRÁVA

V současném evropském prostředí se správní soudnictví, podle L.Pítrové a R.Pomahače, opírá především o principy legality, proporcionality, omezené diskrece, legitimního očekávání a obdobné právní testy.³⁵

Uvedené principy představují promítnutí základních hodnot a ústavně zaručených práv a svobod, jejichž ochrana a prosazování jejich přednosti náleží soudu ústavnímu, na úroveň rozhodování moci výkonné, představované veřejnou správou a jejími vykonavateli.

něj také vhodnosti - účelnosti, nezbytnosti), požadavku nestrannosti (objektivitu) vyplývajícího z principu rovnosti, a principu legitimního očekávání. Srov. Singh, M.P.: German Administrative Law in Common Law Perspective, Berlin, Springer, 2001, str.159 – 176.

³² Vopálka, V., tamtéž.

³³ Mám na mysli zejména obecné právní principy a zásady, resp. principy (evropského) správního práva.

³⁴ Soud první instance již zdaleka není pouhým tribunálem hodnotícím skutkovou stránku, ale má již vlastní renomé v case-law. V některých případech aplikuje vyšší hodnotící standardy, než doposud používané Evropským soudním dvorem, tím že zaujímá kritičtější stanoviska k uvážení (diskreci) uplatněným institucemi Společenství a vyžaduje více upřesňující standardy v jejich rozhodování.

- Tridimas, T. : The General Principles of EU Law, 2. vydání, Oxford University Press, 2006, Oxford, New York, str.9.

³⁵ Pítrová,L., Pomahač, R.:Evropské správní soudnictví, str. 36.

Podle cit. autorů se od správního soudnictví více než od soudů ústavních očekává, že svou kontrolní činností zaštití právní korektnost (zdůr. aut.) každodenního, běžného rozhodování ve věcech veřejné správy.³⁶

Uvedená úloha správního soudnictví implikuje vsutku širší pojetí kritérií, podle kterých je rozhodování veřejné správy posuzováno, než jak byla tradičně u nás chápána zákonnost. Není tedy již v současné situaci a dle platné právní úpravy pro nastavené soudního přezkumu správního uvážení přijatelný model tzv. „černé skříňky“, jejíž obsah soudce nepřezkoumává, neboť soudce se již nyní má zajímat o to, co se děje „uvnitř“ rozhodování veřejné správy.

Jak již bylo zdůvodněno, souladnost s právním řádem v sobě zahrnuje rovněž správnost používání všech jednotlivých jeho komponent. Testem správnosti použití jednotlivých právních úprav vztahujících se k danému případu správního uvážení stávají se tak relevantní principy a zásady, které směřují převážně do obsahové stránky rozhodnutí.³⁷

Z uvedených důvodů je pak zřejmě možno zmíněný, relativně nový, a postupně recentní judikaturou uchopený pojem „zneužití“ správního uvážení (§ 78 odst. 2 soudního řádu správního) intrpretovat jako nesprávné použití správního uvážení.

V případě zneužití správního uvážení jde totiž vždy zároveň o nesprávné použití veřejné moci, neboli použití veřejné moci jiným způsobem nebo k jiným účelům, než předpokládá znění, účel, nebo smysl nejen příslušné aplikované konkrétné právní úpravy, ale také příslušných částí celého právního řádu, včetně ústavně a mezinárodně-právně chráněných hodnot, práv a zájmů.

Doplnit se ještě patří, že pokud v případě porušení práva jednotlivce z oblasti veřejných subjektivních práv, které je zároveň právem ústavně chráněným, náprava není zjednána v rámci přezkumné činnosti instanční, ani v rámci správního soudnictví nebo civilního procesu podle části páté o.s.ř., nastupuje vůči rozhodnutí veřejné správy „nekorektnímu“ v rovině ústavních předpisů (a mezinárodních smluv podle čl. 10 Ústavy) ochranná úloha Ústavního soudu.

V tom se také v našich podmínkách projevuje shora zdůrazněný komplementární vztah ústavního a správního soudnictví v oblasti rozhodování veřejné správy založeném na tzv. volné úvaze. Této své úloze Ústavní soud ČR v mnoha řešených případech, majících původ v rozhodnutí veřejné správy, plně dostál, čímž se stal nenahraditelným zejména v období neexistence Nejvyššího správního soud, neboť nebylo přípustné, aby v České republice, nově napojené na již značně rozvinutý evropský správní prostor a jeho principy, neplnila žádná soudní instituce úlohu prosazovatele uvedených principů, tedy úlohu „principiální“.

Současný stav již nastolil běžný evropský usus a standard, že totiž rozhodující úlohu při prosazování právních principů dobré správy náleží správnímu soudnictví.³⁸ Soudy se ocitly v situaci, kdy jsou nuceny pro účely posuzování právní korektnosti (správnosti) jednání veřejné správy nebo výsledků její činnosti potřebná kritéria nacházet, aniž by byla v příslušných zákonech zakládajících pravomoc soudů v uvedených věcech konkretizována.

³⁶ Ibid.

³⁷ V této souvislosti jeví se pak zcela patřičné zařazení kritéria „správnosti“ pro posuzování rozhodnutí veřejné správy v rámci úpravy části páté o.s.ř., řešící soudní kontrolu rozhodnutí ve věcech tzv. soukromoprávní povahy.

³⁸ Shodně Vopálka, V. in Pocta Vladimíru Mikule k 65. narozeninám, str. 272.

A tak ačkoliv na sklonku milénia bylo obecně obtížné (s ohledem na výsledek) argumentovat principy, a zvláště oněmi nejvýznamnějšími pro oblast správního uvážení, jak již byly zdůrazněny, tedy proporcionality a legitimního očekávání, a to jak u správních orgánů, tak v rámci (tehdejšího) správního soudnictví, v posledních letech se již setkáváme se specifikací hlavních kvalitativních standardů, resp. principů rozhodovací činnosti správních orgánů, působících významně právě v oblasti správního uvážení.

Uvedenému žádoucímu vývoji byl zajisté významně nápomocen nový správní řád, a to výslovným zavedením předmětných hlavních principů na čelní místo Základních zásad činnosti správních orgánů (§ 2) jako zásad povahy procedurální, ale také materiální, spolu s nastavením jejich obecné působnosti³⁹.

Rovněž nově nastavený rámec soudní kontroly, jak byl shora přiblížen, i když zprvu poněkud nesměle, uvedené principy uchopil a zavádí je jako závazná zásadní („principiální“) kritéria svého přezkumného pohledu na chování správních orgánů. V judikatuře správních soudů již naházíme argumentaci jak principem proporcionality, tak i principu legitimního očekávání (a také širšího principu právní jistoty). Zavedení principů do soudní praxe však vyžadovalo, vzhledem k tomu, že v pozitivním právu nejsou plné definice, ani zavedené názvy těchto principů, k dispozici, aby soudy tyto své nově použité „principiální“ nástroje samy definovaly, včetně algoritmu pro posouzení jejich naplnění, a také zdůvodnily nezbytnost jejich aplikace v rámci kontroly právnosti.⁴⁰

Obdobně se stalo s pojmem „zneužití správního uvážení“, jenž sice v zákonném textu byl použit, avšak bez definice svého obsahu. Nejvyšší správní soud však již formuloval pro některé kauzy znaky tohoto pojmu, a také hlediska pro jeho zjištění.⁴¹

Pro uzavření své úvahy bych chtěla zdůraznit, že soudy ve správním soudnictví⁴² právě aplikací zmíněného principiálního přístupu k výsledkům činnosti správních orgánů, jež jim jsou ke kontrole svěřeny, teprve (vedle kontroly konkrétních pravidel) dostatečně naplňují prostor, který jim je v systému soudního přezkumu svěřen, a tím také hlavní principy nastavené v evropském správním prostoru pro oblast správního uvážení (proporcionalita, právní jistota, legitimního očekávání) samy ve vztahu k dotčeným osobám podporují a přímo naplňují, a poskytují zároveň veřejné správě dostatečně zřetelná a silná vodítka pro její činnost.

Uvedené je však zatím možno konstatovat jen jako určité zobecnění, neboť nejde zatím o věci zcela běžné, zažité, a vůbec ne jednoduché. Základ je však již zřejmě položen.

Pozn.: Tento příspěvek byl vypracován v rámci výzkumného záměru „Evropský kontext vývoje českého práva po roce 2004“ - MSM0021622405 (205)

³⁹ Srov. § 177 odst. 1 cit. zákona.

⁴⁰ K tomu srov. např. rozsudek Nejvyššího správního soudu ze dne 8.8.2007 č.j. 4 As 71/2006-83 (princip proporcionality), a rozsudek č. 398/2004, č. 905/2006 Sbírky rozhodnutí Nejvyššího správního soudu (předvídatelnost, právní jistota, legitimní očekávání).

⁴¹ Viz např. rozhodnutí Nejvyššího správního soudu č. 906/2006, č. 950/2006 Sbírky rozhodnutí Nejvyššího správního soudu.

⁴² Informace z oblasti rozhodování podle části páté zatím nejsou dostupné natolik, aby umožnily obdobnou generalizaci.

Kontaktní údaje na autora – email:
sona.skulova@law.muni.cz

NĚKTERÉ ASPEKTY VEDENÍ ZDRAVOTNICKÉ DOKUMENTACE

KAREL ŠEMÍK

Fakulta sociálně ekonomická Univerzity Jana Evangelisty Purkyně v Ústí nad Labem,
Česká republika

Abstrakt v rodném jazyce

Příspěvek se zabývá zdravotnickou dokumentací, novelami právní úpravy. Obsahem je otázka nahlížení do dokumentace, pořizování kopií z ní, úprava zdravotnického tajemství a některé trestněprávní aspekty související s vedením zdravotnické dokumentace.

Klíčová slova v rodném jazyce

Zdravotnická dokumentace, reversy, souhlas s úkonem, péče o zdraví lidu, nahlížení do dokumentace, pacient.

Abstract

The article deals with medical documentation, amendments to the legislation. Content is the question of access to documents of medical documentation, issuing copies of medical documentation, medical secrecy, and some criminal aspects associated with the administration of medical records.

Key words

Medical documentation, reverse, consent to act, health care, access to documentation, patient.

1. ÚVOD

Tématem tohoto příspěvku jsou vybrané aspekty vedení zdravotnické dokumentace, se zvláštním zřetelem na práva pacienta související s vedením této dokumentace na straně jedné a s tím související trestní odpovědnost těch, co tuto dokumentaci vedou, tedy zdravotnických pracovníků, na straně druhé.

Je zřejmé, že již od počátku poskytování lékařské péče vzniká praktická potřeba, aby lékař vedl záznamy zejména o tom, jak je tato péče poskytována a jakých výsledků dosahuje, resp. jaké negativní důsledky u pacienta při léčbě nastaly. Souhrn takových údajů v písemné formě, tedy údaje o vyšetřeních, anamnéze a o průběhu léčby se nazývá zdravotnická dokumentace (dále jen dokumentace). Všichni z nás se již se zdravotnickou dokumentací setkali jako pacienti (snad každý člověk byl aspoň jednou s nemocí u lékaře) a tento příspěvek tak bude spíše upozorněním na některé aspekty tvorby zdravotnické dokumentace, zejména toho, co má význam pro pacienta z hlediska ochrany jeho práv zaručených zákonem. V této souvislosti se zmíním krátce i o trestněprávních aspektech práce lékaře, protože dokumentace může být za určitých podmínek také podkladem pro tr. stíhání.

Zdravotnická dokumentace má tedy vlastně dva aspekty. Na jedné straně je dokladem o postupu lékaře vůči pacientovi a může tedy chránit lékaře v situaci, kdy léčba není úspěšná, od trestního stíhání či žaloby na ochranu osobnosti. To ovšem pouze za podmínky, že dokumentace je vedena správně; pouze tehdy pomáhá lékařovi prokázat, že při léčbě postupoval *lege artis*, tedy, že ani z nedbalosti nezanedbal řádnou péči a ani neprojevil neznalost správného léčebného postupu. Na druhou stranu, může být důležitým podkladem pro pacienta v případě, že se domáhá náhrad za nesprávně prováděnou zdravotnickou péči (tj. nejen lékařkou, ale i péči prováděnou jinými zdravotnickými pracovníky, než lékaři). Můžeme tedy

dovodit, že již samotné vedení zdravotnické dokumentace by mělo být považováno za součást postupu lege artis při poskytování zdravotní léčby, jak uvádí i literatura¹. S vedením dokumentace je úzce spjata otázka mlčenlivosti. Mlčenlivost platí pro všechny pracovníky, je to nejen „lékařské“ tajemství. Listina základních práv a svobod upravuje právo na čest, důstojnost a soukromí a ochranu před zásahy do něj, včetně shromažďování informací (čl. 10, viz i čl. 30 upravující právo osob na ochranu zdraví). Zákon č. 20/1966 Sb. o péči o zdraví lidu (dále jen zákon, není-li uvedeno jinak) pak v souladu s tím s ohledem na zvláštní aspekty zdravotnického povolání stanoví všem pracovníkům ve zdravotnictví, aby zachovali mlčenlivost o všech skutečnostech, které se v souvislosti s výkonem své činnosti dozví (§ 55 odst. 2 písm. d/ zákona). Mlčenlivosti, krom dále uvedených výjimek, může zbavit pouze ošetřovaná osoba².

2. ZÁKONNÁ ÚPRAVA DOKUMENTACE

V minulosti, tak jako v jiných oblastech lidské činnosti, nebyla stanovena povinnost vést zdravotnickou dokumentaci, ačkoliv její vedení bylo praktickou nutností. Dnes právní úpravu zdravotnické dokumentace obsahuje zákon č. 20/1966 Sb. o péči o zdraví lidu, a to § 67b a následující. Tento zákon výslovně stanoví, že všechna zdravotnická zařízení jsou povinna vést zdravotnickou dokumentaci (tento právní stav platí v plném rozsahu pro všechny zdrav. zařízení od roku 2001). Konkrétní obsah vyplývá z dalších ustanovení zákona a z faktické povahy prováděných léčebných úkonů. Podrobnosti stanovuje vyhláška č. 385/2006 Sb. o zdravotnické dokumentaci (dále jen vyhláška). Za zdravotnickou dokumentaci se považují také všechny obrazové záznamy, jako rtg. snímky, ekg atd., povinná hlášení, oznámení a předvolánky. Obsah tedy tvoří jak údaje osobní (identifikační), tak údaje zdravotní, popř. technické.

Pokud jde o samotný obsah zdravotnické dokumentace, je namístě odkázat zejména na výše zmíněnou vyhlášku o zdravotnické dokumentaci a zákon (§ 67b an.³). Jak bude uvedeno i dále, zdr. dokumentace může obsahovat i pacientem označené osoby, kterým se může či kterým se nesmí poskytovat informace z jeho dokumentace.

3. NAHLÍŽENÍ DO DOKUMENTACE A NAKLÁDÁNÍ S NÍ

Pro pacienta bude zejména důležité, kdo a za jakých podmínek vůbec může nahlížet do zdravotnické dokumentace vedené o jeho osobě.

Na rozdíl od práva pacienta na zdravotní péči v souladu se zákonem, které bylo upraveno v § 9 odst. 1 zákona již dlouhodobě, úprava práv pacienta ve vztahu k dokumentaci dlouho chyběla, resp. byla nedostatečná a vyvolávala velké pochybnosti. Výrazným impulzem pro změnu právního stavu tak byla nakonec především nešťastná událost, a to smrt bývalého hokejisty a později hokejového trenéra Ivana Hlinky v roce 2004 (16. 8. 2004). Tehdy nebylo pozůstalé manželce umožněno nahlédnout do zdr. dokumentace jejího manžela, která tak nemohla zjistit, zda příčinou smrti byla rozsáhlá zranění nebo např. nesprávný postup při léčbě. Např. stanovisko prezidenta České lékařské komory z této doby uvádělo, že tehdejší hejtman Karlovarského kraje porušil zákon tím, že vdově po Ivanu Hlinkovi vydal jeho

¹ viz také Vondráček, L., Kurzová, H.: Zdravotnické právo Pro praxi a posluchače lékařských fakult, Praha: Karolinum, 2004, str. 90 an.

² po její smrti i podle mého názoru osoba, která může uplatňovat ochranu osobnostních práv zemřelého

³ např. dokumentace musí být vedena v čitelné formě, písemně či za stanovených podmínek elektronicky, zaznamenává se každé nahlédnutí do dokumentace atd.

zdravotní dokumentaci (kopie),⁴ přesto však zároveň toto stanovisko přiznávalo pozůstalé manželce alespoň právo na informace z této dokumentace dle občanského zákoníku. Tedy vlastně s tím, že dokumentace je majetkem zdravotnického zařízení a ani pacientovi pak nepřísluší právo si tuto dokumentaci kopírovat, tedy pacient vůbec dokumentaci nevlastní. Ani právo nahlížet třetím osobám např. po smrti pacienta však nebylo všeobecně uznáváno. Také veřejný ochránce práv se opakovaně ve věci úpravy zdravotnické dokumentace pouštěl do podnětných úvah a námitek⁵. Existovaly tedy již tehdy právní názory, které dovozovaly, že pokud podle občanského zákoníku přechází právo na ochranu osobnosti zemřelého na manžela (manželku) a děti, případně rodiče, tyto osoby musí mít také přístup ke všem potřebným informacím týkajícím se zdravotního stavu zemřelého a zdravotní péče, která mu byla poskytována.⁶ Někteří lékaři naopak argumentovali, že dokumentace je majetkem zdravotnických zařízení, pacienti zase uváděli, že je majetkem pacienta. Později po rozsáhlých debatách⁷ a několika názorových zvratech byla parlamentu předložena a jím schválena novela č. 111/2007 zákona, které práva pacienta a jeho blízkých osob již výslovně s účinností od 15. 5. 2007 upravila a přiklonila se na stranu pacientů. I další novelizace a vydání prováděcí vyhlášky v roce 2006 tak nakonec komplexně upravily jak součásti dokumentace, tak úpravu skartace (až 150 let v některých případech), otázku informovaného souhlasu pacienta s poskytnutím zdravotní péče a další otázky⁸. Dosavadní úprava umožňující pacientovi získat informace o svém zdravotním stavu, nikoliv však dokumentaci samotnou, tak byla změněna na úpravu, která je plně v souladu s mezinárodními dokumenty a odráží silnější postavení pacienta v moderní společnosti.

Ani poslední novelizace však nedovoluje např. pacientovi to, aby se rozhodl, že jeho zdravotnická dokumentace vůbec nebude existovat, např. že má být zničena, pokud již nebude souhlasit s jejím vedením či archivací. V tomto směru lze poukázat na článek 10 odst. 3 Listiny základních práv a svobod člověka, který stanoví právo každého na ochranu před neoprávněným shromažďováním údajů o své osobě. Protože zákon a jeho prováděcí vyhláška stanoví nejen právo, ale dokonce povinnost vést zdravotnickou dokumentaci, nelze v současné době dovozovat, že by pacient mohl se svou dokumentací nakládat libovolně. Není tedy možné požadovat jakýsi výmaz dokumentace pacienta. Pouze tehdy, až uplynou skartační lhůty dle vyhlášky, může být příslušná část dokumentace a údaje v ní zničeny.

Debatovat dále o vlastnictví dokumentace ve smyslu občanského zákoníku není podle mého názoru namístě, resp. nemá valnějšího důvodu. Navíc, dokumentace a její obsah tvoří součást zdravotnického tajemství. Fakticky se s dokumentací bude jistě nakládat tak, jako s věcí ve vlastnictví zdravotnického zařízení (a není důvod se domnívat, že právně by tomu mělo být jinak), byť je vlastnictví výrazně regulované jak právními předpisy, tak v určitých aspektech

⁴ Zdravotnické noviny, <http://www.zdravotnickenoviny.cz>, článek redakce ze dne 30. 9. 2004

⁵ viz také Souhrnná zpráva o činnosti veřejného ochránce práv za rok 2004, část: Péče o zdraví, ostatní působnost ministerstva zdravotnictví, <http://www.ochrance.cz/>

⁶ tamtéž

⁷ viz např. úryvek z rozhlasového rozhovoru rádia České televize dne 13. 9. 2004 s ministryní zdravotnictví M. Emmerovou: „Moderátor (Daniela Drtinová, Veronika Sedláčková): A zdravotní dokumentaci jsou povinni dát těm pozůstalým, myslím konkrétně zdravotní dokumentaci? Milada Emmerová, ministryně zdravotnictví: zdravotní dokumentaci ne, chorobopis je majetkem toho zařízení, kde byl stvořen a je to i doklad k forenzním účelům, takže ten se vydávat nesmí a žádný předpis toto neobsahuje.“ nebo Zdravotní dokumentace jako politický problém, Zdravotnické noviny, č. 040/ 2004 či Bošková V: Proti všem. Zdravotnické noviny, 39/ 2004

⁸ viz JUDr. Uherek, Pavel: Záznam o informovaném souhlasu s poskytnutím zdravotní péče podle nové vyhlášky o zdravotnické dokumentaci v kontextu dosavadní právní úpravy, Zdravotnictví a právo 12/2006

ovlivnitelné pacientem. A pokud jsou práva pacienta stanovena v dostatečné míře k ochraně jeho práv, jedná se o stav zcela jistě bezproblémový, který je i souladu s ustanoveními Úmluvy o ochraně lidských práv a svobod (viz např. čl. 8 odst. 1 této úmluvy č. 209/1999 Sb.). To, že pacient má rozsáhlá práva ke své dokumentaci, však ničeho nemění na tom, že není jeho vlastnictvím. Podobně lze poukázat i na ustanovení Úmluvy o lidských právech a biomedicíně (96/2001 Sb.), která v článku 10 odst. 2 uvádí, že: „Každý je oprávněn znát veškeré informace shromažďované o jeho zdravotním stavu“ (popř. i na následující výklad čl. 2, že: „zájmy a blaho lidské bytosti jsou nadřazeny zájmům společnosti nebo vědy“). K těmto cílům a k souladu s mezinárodními dokumenty⁹ novely zákona o péči o zdraví lidu v posledních letech bezesporu směřovaly.

Pokud jde o nahlížení do zdravotnické dokumentace, zákon stanoví vcelku jednoznačně okruh osob odlišných od pacienta, které mají právo nahlížet do zdr. dokumentace pacienta (67b odst. 10 zákona), kromě samotného pacienta. Jedná se tedy o zdravotnické pracovníky (lékaře, zdravotní sestry), tito mají toto právo ovšem pouze v souvislosti s poskytováním zdravotní péče (rozumí se pacientovi), dále členové lékařské komory při řešení disciplinárních záležitostí, revizní lékaři zdravotních pojišťoven v zákonem stanovených případech, lékaři správních úřadů či ministerstva při vyřizování stížností pacientů (zákon akcentuje tu skutečnost, že stížnost v sobě vlastně obsahuje i souhlas s přezkoumáním dokumentace), dále také veřejný ochránce práv a další osoby uvedené v zákoně. Všechny tyto osoby jsou za splnění podmínek zákona oprávněni nahlížet do dokumentace bez nějakého zvláštního povolení, vždy však pouze v rozsahu nezbytném pro daný úkol a pouze v rozsahu své kompetence (první část věty § 67b odst. 10 zákona), s nahlížením je spojeno i právo činit si kopie dokumentace. Právo na získání originálu dokumentace, např. k zapůjčení, pro tyto osoby stanoveno není. Ani tedy těmto osobám není dovoleno nahlížet do dokumentace automaticky v plném rozsahu či dokonce bez právního důvodu. Jako další osobu, která do dokumentace může nahlížet, je třeba zmínit soudního znalce z oboru zdravotnictví, který vypracovává znalecký posudek pro orgány činné v trestním řízení nebo dle zadání soudu. Možnost ustanovit znalce a získat tak informace ze zdravotnické dokumentace, která jinak podléhá lékařskému tajemství, je dle § 67b odst. 10 písm. d/ zákona vážným zásahem do práv pacienta, na druhou stranu však umožňuje soudu rozhodnout v trestní či civilní věci na základě skutkového stavu, který bude vykazovat vyšší míru materiální pravdy. I dále však platí, že získání důkazu zejména pro trestní řízení musí odpovídat i příslušnému ustanovení procesního předpisu, tj. trestního řádu. Tímto ustanovením je podle mého názoru § 8 odst. 5 tr. řádu: „Nestanoví-li zvláštní zákon podmínky, za nichž lze pro účely trestního řízení sdělovat informace, které jsou podle takového zákona utajovány, nebo na něž se vztahuje povinnost mlčenlivosti, lze tyto informace pro trestní řízení vyžadovat po předchozím souhlasu soudce.“ Domnívám se, že s ohledem na toto ustanovení nelze interpretovat výše uvedené ustanovení zákona o péči o zdraví lidu jinak, než že pokud zákon o péči o zdraví lidu nestanoví možnost získávat informace podléhající zdravotnickému tajemství (např. jak je to stanoveno pro zadání znaleckého posudku orgány činnými v trestním řízení a možnost nahlížet do dokumentace takto ustanoveným znalcem), je nejen pro nahlížení do zdr. dokumentace, ale i pro získávání jiných informací od zdravotnických pracovníků (ústní informace o hospitalizaci pacientů a průběhu jejich léčby, subjektivní charakteristiky pacienta neuvedené ve zdr. dokumentaci a podobně) nutný souhlas soudce. Právě soudce může přezkoumat podmínky nutnosti nahlížení do zdr. dokumentace pacienta, kterým bude často poškozený v trestním řízení, ze strany policejního orgánu či státního zástupce. Naopak, v trestním řízení před soudem či v civilním řízení před soudem již samo sebou není třeba dalšího zvláštního souhlasu jiného soudu či

⁹ viz také obecně server <http://bioetika.ktf.cuni.cz>

soudce k nahlížení do zdr. dokumentace ustanoveným znalcem. Pokud jiný orgán veřejné moci chce získat informace ze zdravotnické dokumentace, a nejde o situace výše naznačené, tj. o výjimku uvedenou v zákoně o péči o zdraví lidu nebo souhlas soudce v trestním řízení, může pouze zvláštní zákon (nikoliv pouze podzákoný předpis) právo nahlížet do dokumentace pacienta zvlášť upravit¹⁰.

Zejména pokud jde o trestní řízení, je možné mít pochybnosti o tom, zda zásah do zdravotnického tajemství, které je státem (zákonem) garantované, na základě souhlasu soudce či soudu, je zásahem ústavně přiměřeným. Tedy, zda právo na ochranu soukromí pacienta zde musí ustoupit zájmu na spravedlivé potrestání pachatele, a to i např. za situace, kdy by mohl pacient jako poškozený v trestním řízení neudělit souhlas se stíháním pachatele dle trestního řádu? Ústavní soud se tímto tématem zabýval v jednom judikátu, která má spisovou značku¹¹ I. ÚS 321/06, náleží Ústavního soudu ČR ze dne 18. 12. 2006. Předmětem tohoto rozhodnutí je otázka získávání informací o zdravotním stavu pacienta za účelem trestního řízení. Dovolím si citovat právní větu judikátu: „1. Právo na ochranu soukromého života je nezadatelným lidským právem, které bezpochyby zahrnuje, mimo jiné, právo fyzické osoby rozhodnout podle vlastního uvážení zda, popřípadě v jakém rozsahu a jakým způsobem mají být skutečnosti jejího osobního soukromí zpřístupněny jiným. K omezení takového práva lze nicméně přikročit za účelem ochrany základních práv jiných osob, anebo za účelem ochrany veřejného zájmu, který je v podobě principu či hodnoty obsažen v ústavním pořádku. Přitom je třeba dbát, aby bylo dosaženo co nejširšího uplatnění obou chráněných hodnot. 2. Ve vztahu k mlčenlivosti založené § 55 odst. 2 písm. d) zákona o péči o zdraví lidu je nutné informace pro trestní řízení vyžadovat postupem podle § 8 odst. 5 trestního řádu.“ Z toho plyne, že i případný nesouhlas poškozeného při trestním stíhání pachatele nemůže zabránit orgánům činným v trestním řízení získat informace o jeho zdravotním stavu. Zájmy společnosti jako celku na trestním řízení musí být totiž respektovány, při dodržení obecného principu přiměřenosti.¹² Pokud jde o formu souhlasu soudce, bude zejména s ohledem na pozdější průkaznost nutná písemná forma, ale lze si představit, abych ve zvlášť naléhavých případech byla učiněna i ústní formou. Pokud zejména policie při vyšetřování bude vyžadovat informace ze zdravotnické dokumentace, musí prokázat existenci tohoto souhlasu. S ohledem na to, že listiny vydané státními orgány v mezích jejich pravomoci vykazují presumpci správnosti jejich obsahu, bude zdravotnický pracovník povinen poskytnout informace z dokumentace i tehdy, pokud takový orgán ve výzvě ke sdělení údajů informuje o té skutečnosti, že souhlas byl udělen. To však nic nemění na povinnosti takovou okolnost zaznamenat v zdr. dokumentaci. Domnívám se, že kopie souhlasu soudce by však k žádosti o sdělení informací měla být přikládána, resp. v tomto směru by mělo být v zákoně jednoznačné ustanovení.¹³

Pokud se však bude zdr. pracovník obhajovat v trestním řízení vedeném proti němu za údajnou nesprávně poskytnutou zdr. péči pacientovi nebo se bude účastnit soudního či jiného řízení, kde předmětem řízení bude spor zdr. pracovníka a pacienta o náhradu škody nebo ochranu osobnosti, není zdr. pracovník povinen pro tyto účely zachovávat zdr. mlčenlivost (§ 55 odst. 2 písm. d/ zákona).

¹⁰ pro orgány sociálně právní ochrany dětí viz zákon č. 359/1999 Sb. (např. § 4 odst. 4, 5, § 10a odst. 1, § 52)

¹¹ <http://nalus.usoud.cz>

¹² viz i Uherek, Pavel: Povinná mlčenlivost zdravotnických pracovníků, Praha: Graga, 2008, str. 75

¹³ viz i Uherek, Pavel: Povinná mlčenlivost zdravotnických pracovníků, Praha: Graga, 2008, str. 75 a článek v této publikaci uváděný: Mach, J.: Důsledky novelizace trestního řádu pro lékařské povolání, Právní poradna časopisu Tempus Medicorum

Ačkoliv to zákon nestanoví výslovně, může samozřejmě do dokumentace nahlížet i právní zástupce pacienta na základě plné moci (zmocněnec či advokát). Právo nahlížet do zdr. dokumentace není tedy pacient povinen vykonat pouze osobně. To vyplývá z obecného práva nechat se zastoupit při jednání jinou osobou, upravenou Listinou zákl. práv a svobod (zejména ve vztahu k veřejné moci – čl. 37 odst. 2), tak občanským právem (úprava plné moci a smluv o plné moci). U nezletilých může být právo rodičů nahlížet do dokumentace omezeno (§ 67bb odst. 2 zákona).

Pacient sám nyní může určit další osoby, které dále mohou do jeho zdr. dokumentace nahlížet, resp. být informovány o jeho zdr. stavu (§ 67b odst. 12 zákona). Tento souhlas lze vždy odvolat. To samé platí i pro zákaz poskytování¹⁴ takových informací či pro zákaz nahlížení. Zákon výlovně upravuje i situaci, kdy pacient s ohledem na svůj zdravotní stav nemůže určit osoby, které mají být o jeho zdr. stavu informovány. Pak platí, že lze informovat osoby blízké.

Ačkoliv zákon výslovně neupravuje vlastnictví dokumentace, upravuje však její osud v případě změn lékaře či zdravotnického zařízení, ať už z důvodu jejich zániku či v důsledku volby pacienta, tj. volby nového lékaře či zdravotnického zařízení. Tedy, při změně ošetřujícího lékaře je povinností lékaře předat novému lékaři dokumentaci tak, aby byla zachována kontinuita poskytované zdr. péče (původní lékař si ponechá kopii dokumentace nebo podrobný výpis z dokumentace poskytne novému lékaři, a to na vyžádání nového lékaře). Při zániku zdravotnického zařízení (úmrtí lékaře, odchodu do důchodu, zániku zdravotnického zařízení) převezme dokumentaci správní úřad (který vydal registraci zdr. zařízení) a pak ji následně předá novému poskytovateli zdravotní péče. Cílem je zajistit kontinuitu poskytované péče. Dokumentace (kartotéka) není tedy v žádném případě předmětem dědění a právně asi ani nemůže být jako taková prodána a nepodléhá tak v zásadě ani režimu smlouvy o prodeji podniku či části podniku.

Po smrti pacienta mohou nahlížet do dokumentace dle § 67ba odst. 3 zákona osoby blízké (mají i právo na informace o příčinách smrti a výsledku pitvy), popř. další osoby určené pacientem za jeho života. Pokud by zemřelý učinil zákaz informování svých blízkých, mají tito právo alespoň na informace, které se vztahují k ochraně jejich zdraví či zdraví třetích osob. Domnívám se, že takto upravené postavení pozůstalých osob blízkých při vysloveném zákazu zemřelého je příliš přísné a pozůstalí by i tak měli mít právo na širší informace o zemřelém. Ale to už není věcí právního výkladu, ale názoru.

4. OZnamování tr. činů spáchaných na pacientu

S porušením zdravotnického tajemství je pak dále úzce spjata i problematika neoznámení či nepřekažení tr. činů. Platí obecně, že zdr. pracovník je povinen poskytnout neodkladnou péči každému, kdo ji potřebuje a je-li ohrožen na zdraví či životě a zajistit další odbornou péči, dále poučit pacienta a zachovávat mlčenlivost o skutečnostech, o kterých se dozvěděl v souvislosti s výkonem svého povolání. Výjimku opět může stanovit pouze zákon. Zejména se jedná o § 168 tr. zákona, kde je upraveno jako trestné jednání tzv. neoznámení tr. činu. Je nutné poukázat na to, že ne každé poškození zdraví je trestným činem; ale i tehdy, pokud zdraví pacienta je poškozeno trestným činem, nevzniká právo zdr. pracovníkovi oznamovat takové jednání orgánům např. policii, byť by takový zdr. pracovník byl veden sebelepšími úmysly. Naopak sám by se mohl dopustit závažného porušení zdrav. tajemství. Trestné činy, které v souvislosti s ochranou zdraví je třeba podle zákona povinně oznámit, je např. týrání

¹⁴ novinkou v zákoně jsou i tzv. utajené porody - § 67b odst. 20 zákona

svěřené osoby (§ 215 tr.z.) či tr. čin vraždy (§ 219 tr. z.), nikoliv tedy pouhé ublížení na zdraví. Pacient, který by souhlasil s tím, že ohledně jeho zranění či zdravotního stavu (např. pro informování médií či policie) nemusí být zachováno zdr. tajemství, musí takový souhlas zdr. pracovníkovi udělit a takový souhlas musí být i zpravidla součástí zdr. dokumentace. Obdobné závěry platí např. pro nepřekážení tr. činů (ve výčtu tr. zákona je uveden i tr. čin pohl. zneužívání podle § 242, který je nutné povinně oznamovat). Zde bych jen poukázal na to, že pokud se zdr. pracovník stane svědkem spáchání tr. činu (tj. nikoliv jako lékař při zjištění zdravotního stavu pacienta jako takového), neznamená to automaticky, že by takový čin nemohl oznámit. Páchání tr. činnosti ve zdravotnickém zařízení totiž pachatele nijak nemůže od oznámení tr. činu nemůže ochránit a nelze tedy dovozovat, že veškerá činnost před zraky zdr. pracovníka, nesouvisející s lékařskou péčí, by měla podléhat zdr. tajemství. Na okraj poukazuji na to, že zejména při poskytování zdravotní péče nezletilým jsou povinnosti zdr. pracovníka oznamovat skutečnosti nasvědčující existenci protiprávního jednání mnohem širší a širší je i možnost orgánu sociálně-právní ochrany dětí na informace o zdravotním stavu pacienta či na styk s takovým nezletilým.¹⁵ I pokud jde lékař svědčit, platí jeho povinnost mlčenlivosti o tom, co se dozvěděl při výkonu povolání a je to součástí lékařského tajemství, ledaže příslušným orgánem (viz výše zejména v souvislosti s tr. řízením, § 99 tr. řádu) nebo pacientem zproštěn. Povinnost mlčenlivosti ovšem neplatí tam, kde je zákonem dána oznamovací povinnost či jiná výjimka, jak už bylo zmíněno.

Jinak může být nesprávné vedení zdr. dokumentace správním deliktem, nebo obecným přestupkem dle přestupkového zákona. Pokud bychom nastolili otázku sankcí za neoprávněné nakládání se zdravotnickou dokumentací a s dalšími informacemi o pacientovi a jeho zdravotnímu stavu, bude nás pro potřeby tohoto příspěvku zajímat především jejich stručný přehled. Sankce za protiprávní postup při vedení dokumentace mohou být uloženy, pokud lékař či jiný zdravotní pracovník dovolí zneužití dokumentace. Může se jednat především o tr. čin neoprávněného nakládání s osobními údaji (např. zaslání kopie dokumentace advokátu protistrany či vydání kopie orgánu činnému v trestním řízení bez souhlasu soudce). Budou-li v dokumentaci nepodložené údaje, které mohou pacienta poškodit na občanské cti či pověsti, může být lékař odpovědný jako každá jiná osoba i dle občanského práva, tj. dle § 11 občanského zákoníku, a § 49 přestupkového zákona o přestupku proti občanskému soužití. Sdělení nepravdivého údaje jinému může být pak tr. činem pomluvy nebo poškozování cizích práv.

5. SOUHLAS PACIENTA, REVERSY

Pokud jsem výše zmínil ublížení na zdraví (zejména viz § 223 a § 224 tr. zákona), je nutné si vždy uvědomit, že při jakékoliv zdravotní péči, ať už jde o diagnózu či léčbu, se zasahuje do integrity pacienta, omezuje se, a se zdravotní péčí musí podle našeho práva pacient souhlasit. Lékař je povinen poučit¹⁶ pacienta vhodným způsobem, o povaze onemocnění, navrhovaném postupu a jeho zdravotnímu stavu, včetně možných rizik a komplikací. Přesný způsob poučení stanoven není. Poučení má být srozumitelné, samozřejmě bez latiny (aby byl dosažen jeho účel i vůči pacientovi- laikovi) a prokazatelným způsobem. Zpravidla postačí ústně, o tom se provede záznam v dokumentaci. Poučení podává zásadně ošetřující lékař¹⁷. V některých

¹⁵ viz zákon o sociálně právní ochraně dětí – poznámka č. 10

¹⁶ obecně viz Buriánek, J.: Lékařské tajemství, zdravotnická dokumentace a otázky související, Praha: Linde, 2005

¹⁷ blíže viz i Vondráček, L., Kurzová, H.: Zdravotnické právo Pro praxi a posluchače lékařských fakult, Praha: Karolinum, 2004, str. 30 an.

případech platí speciální požadavky na poučení (u dívek mladších 16 let se poučují i rodiče ohledně umělého přerušení těhotenství). Přiměřeně se poučují i nezletilí (existuje i tzv. Charta práv dítěte v nemocnici). U rozvedených rodičů se poučují oba rodiče, ale postačí podle mého názoru samozřejmě při konkrétním zákroku informovat jen jednoho. Tzv. Kodex práv pacienta¹⁸ k tomu stanoví, že pacient musí získat údaje, aby se mohl zaslíbeně rozhodnout, zda s úkonem souhlasí, má právo na seznámení s alternativami. Ovšem pacient má právo být i neinformován, pokud to výslovně žádá.

Dle zákona č. 20/1966 Sb. se vyšetřovací a léčebné úkony se provádějí pouze a/ se souhlasem pacienta nebo b/ lze-li tento souhlas předpokládat (§ 23 odst. 2). To platí vlastně pro úkon i minimální intenzity. Souhlas se dává tím, že se pacient po poučení zákroku dobrovolně podrobí (konkludentně,¹⁹ mlčení však samo o sobě souhlasem není), u zákroků s větším rizikem pak písemně. Pozitivní revers je písemný souhlas pacienta s konkrétním zákrokem, má být individuální a srozumitelný, obsahovat poučení o možných komplikacích. Revers však nechrání lékaře, nezabývá lékař odpovědnosti za nesprávně provedený zdr. zákrok, je pouze vlastně dokladem o splnění poučovací povinnosti. I zde platí, že se nikdo nemůže předem vzdát svých práv. Je-li dán souhlas k určitému úkonu, nesmějí být však prováděny nesouvisející úkony. Bez souhlasu pacienta lze provést dle § 23 odst. 4 zákona zdr. úkony pouze u: a) onemocnění s povinným léčením dle příslušné vyhlášky či u nosičů, b) osob jevících známky duševní choroby/intoxikace a ohrožujících své okolí či sebe (oboje musí být splněno zároveň), c) osob, nelze-li souhlas vyžádat a jde o neodkladný úkon k záchraně života. Pokud pacient i po poučení odmítá zákrok, nejde-li o výše uvedený případ, je lékař povinen si vyžádat písemné prohlášení o tomto odmítnutí od pacienta, tj. negativní revers. Obsahem je i poučení o následcích, podpis, datum, čas, podpis svědka. Pokud pacient odmítá i negativní revers, je třeba, aby ho podepsal lékař a nejméně jeden svědek (např. sestra). U dětí podepisuje zákonný zástupce, ovšem bez jejich souhlasu může být proveden úkon, když je třeba provést neodkladný úkon pro záchranu života (to je pochopitelné) či zdraví dítěte (zdraví dítěte již může být otázkou spornou, pokud by např. se např. dětský lékař domníval, že zdravotní režim dítěte není v souladu s jeho zájmy, mohl by podat podnět soudu zabývajícímu se péčí o dítě dle zákona o rodině či orgánu sociálně právní ochrany dětí). Otázka, co je úkon nutný pro záchranu zdraví, však již přesahuje rozsah tohoto příspěvku. Je ovšem třeba doplnit, že zákon stanoví v § 23 odst. 3 zákona, že pokud dítě je schopno si posoudit nezbytnost zdr. úkonu, rozhoduje o jeho provedení především toto dítě, tedy nikoliv lékař. V souladu s Deklarací o prosazování práv pacienta v Evropě lze konstatovat, že informovaný souhlas je předpokladem každého zákroku, presumovat souhlas je možné jen tehdy, když souhlas nelze dát a zákrok je naléhavý, ledaže již dříve byl zákrok odmítnut. Je nutné si dále uvědomit, že odmítnutí péče pacientem je jeho právem, žádný předpis nestanoví obecně povinnosti se léčit. Domnívám se, že z toho také jednoznačně plyne právo souhlas vzít kdykoliv zpět, i kdyby již na zákrok byly vynaloženy určité náklady. Podepsat negativní revers o odmítnutí úkonu však může pouze osob způsobilá po řádném poučení (ne opilá). Odmítnutí podle našeho práva nemá ani vliv na případnou další léčbu.

Je to ovšem jen pacient, kdo nejen rozhoduje o provedení lékařského zákroku na svém těle, ale je to také pacient, kdo musí být informován (§ 23 zákona) o poskytované péči a jejích rizicích, včetně informací o svém zdravotním stavu. Zákon výslovně stanoví, že pouze za situace, kdy to vyžaduje stav pacienta (tj. pacient není schopen objektivně sám informovat své

¹⁸ viz např. <http://www.ordinace.cz/clanek/kodex-prav-pacienta/>

¹⁹ blíže viz i Vondráček, L, Kurzová, H.: Zdravotnické právo Pro praxi a posluchače lékařských fakult, Praha: Karolinum, 2004, str. 31

blízké) nebo pokud to vyžaduje zvláštní povaha onemocnění, může zdr. pracovník informovat osoby pacientovi blízké a osoby žijící v jeho domácnosti některými informacemi o jeho zdravotním stavu. Těmito informacemi ovšem mohou být pouze informace k zajištění péče o pacienta (např. kdy podávat léky) či ochraně jeho zdraví. Jiné informace (např. o povaze nemoci) ani těmto osobám poskytovat nelze. Dle § 67b odst. 12 písm. d/ zákona může pacient výslovně určit osobu, které lze sdělovat informace ve shodném rozsahu (nebo libovolně užším) jako pacientu samému. Pacient ovšem může úplně zakázat poskytovat jakékoliv informace, a to i osobám blízkým. Pokud jde ještě o rozsah informací, na které má pacient právo, vznikala otázka, zda lze např. pacientovi odepřít pravdivé informace, které ovšem z léčebného hlediska není vhodné pacientovi sdělovat vůbec, či je sdělovat v určité fázi léčby. Nyní, § 67b odst. 12 výslovně stanoví, že pacient má právo na veškeré informace obsažené ve zdr. dokumentaci či v jiných zápisech. Pacient má ovšem dále právo do zdr. dokumentace nahlížet a má právo na pořízení kopií dokumentace. Upozorňuji, že právo na kopie nelze omezit příliš vysokou cenou za zhotovení kopie,²⁰ cena musí odpovídat pouze tiskovým nákladům (bez zisku).

S ohledem na zavedení tzv. regulačních poplatků ve zdravotnictví, tj. platbu drobné paušální platby při poskytování zdr. péče ve stanovených případech, je nutné zdůraznit i to, že nezaplacení takového poplatku není v žádném případě důvodem neposkytnutí zdravotní péče. Navíc, s ohledem na to, že nejčastější regulační poplatek je ve výši 30,- Kč, je nutné upozornit i na to, že při jeho vybírání platí pravidla pro oběh zákonné měny. Tedy zejména vyhláška č. 37/1994 Sb., která stanoví povinnosti přijímat všechny bankovky v jakémkoliv nominále a oběžné mince zjednodušeně řečeno do deseti kusů při jedné platbě.

Na okraj zmiňuji, že i další dokumenty²¹ se zdravotnickou dokumentací dále související. Např. Deklarace o prosazování práv pacientů v Evropě klade důraz na takové zajištění dokumentace, aby údaje o pacientovi nebyly nikomu sdělovány bez jeho souhlasu s tím, že ani pacient nemůže přistupovat k údajům třetích osob, pacient má však právo na opravu, upřesnění či aktualizaci osobních údajů či dokumentace, pokud jsou nepřesné, neúplné, zastaralé. Dle Etického kodexu ČLK je lékař povinen vést a řádně uchovávat dokumentaci, písemně či v jiné formě a musí učinit opatření, aby nebyla možná neoprávněná změna dokumentace.²²

6. ZÁVĚR

Jak je vidět z tohoto příspěvku, úskalí, která čekají na lékaře, či zdravotnického pracovníka, jsou nemalá. Právní úprava, jejíž základ je téměř půlstoletí starý, prošla alespoň z hlediska ochrany pacienta a jeho osobnosti v posledních letech výrazným vývojem. Nadále se čeká na zcela novou právní úpravu, která by dosavadní zákon o péči o zdraví lidu komplexně nahradila. Také v současné době, kdy byl sepsán tento příspěvek, připravuje ministerstvo zdravotnictví předložit parlamentu sérii nových zákonů.²³ Je nutné si uvědomit, že je to pacient, kdo rozhoduje o svém zdraví, o tom, jaké lékařské úkony nechá na sobě provést, o

²⁰ jak jsem již viděl v jednom zdr. zařízení, kde v ceníku byla uvedena částka 50,- Kč za jednu stranu, takový ceník je jednoznačně v rozporu se zákonem, viz i § 67 bb odst. 4 zákona

²¹ např. Etický kodex České lékařské komory, Etický kodex Práv pacientů, Deklarace o prosazování práv pacientů v Evropě

²² <http://www.lkcr.cz/>

²³ server Novinky.cz dne 6. 11. 2008, článek Julínek předkládá svou reformu: Pacient bude zákazníkem (doplněno při odevzdání příspěvku)

tom, jakého lékaře či zdravotní pojišťovnu si zvolí a podobně. Vědom si svých práv nyní může také nakládat v širokém rozsahu s dokumentací vedenou o lékařské péči, které je mu poskytována, tedy zejména získat její kopie, nahlížet do ní, vyloučit třetí osoby z možnosti nahlížet do ní či to třetím osobám dovolit. Bylo tak posíleno právo pacienta jako člověka. Není to jen objekt, ale i subjekt dalších nových práv. A to je jistě dobře.

Literatura:

- Vondráček, L, Kurzová, H.: Zdravotnické právo Pro praxi a posluchače lékařských fakult, Praha: Karolinum, 2004.
- Uherek, Pavel: Povinná mlčenlivost zdravotnických pracovníků, Praha: Graga, 2008.
- Buriánek, J.: Lékařské tajemství, zdravotnická dokumentace a otázky související, Praha: Linde, 2005.

Kontaktní údaje na autora – email:

karel.semik@ujep.cz

E-GOVERNMENT A JEHO PROJEVY V ČESKÉM PRÁVU

LENKA TUŠEROVÁ

Právnická fakulta Masarykovy univerzity, Česká republika

Abstrakt v rodném jazyce

Příspěvek pojednává o pojmu e-government, vymezuje tento cizojazyčný pojem a jeho podstatu, přibližuje jeho základní pojmové definice, a to na pozadí vybraných mezinárodních a vnitrostátních dokumentů, které s tímto pojmem operují, jakož i nastiňuje jak *e-government* souvisí s veřejnou správou. Závěr příspěvku je věnován vybraným příkladům jeho projevů v českém právu a jejich stručné charakteristice.

Klíčová slova v rodném jazyce

E-government, veřejná správa, informační a komunikační technologie.

Abstract

The article deals with the term e-government, defines this term and its principles, and focuses on the basic definitions the above mentioned term against the background of selected international and domestic legal documents, which operate with the term e-government. It also shows how e-government is connected with public administration. Closing of this paper concentrates on the selected reflections of e-government in the Czech law and brief characteristics.

Key words

E-government, public administration, information and communication technologies.

O pojmu *e-government* bylo napsáno již mnoho vět a vyřčeno mnoho slov, ale i přesto se domnívám, že se zde najde místo pro příspěvek, který se zaměří na vymezení tohoto cizojazyčného pojmu, jakož i jeho některých projevů v českém právu.

E-government je jedním z mála anglických slov, která v českých podmínkách, a nejenom v nich¹, zdomácněla natolik, že v podstatě neexistuje jejich český překlad či jak uvádí Mates se Smejkalem „výraz *e-government* se stal součástí newspeaku moderní společnosti natolik, že se k němu snad ani nehledá odpovídající překlad v žádném jazyce“². Pojem *e-government* je proto užíván jak v běžném jazyce, tak i v odborném prostředí³.

Není mým záměrem podrobně se soustředit na jednotlivá pojetí tohoto institutu nebo na jeho aplikaci v jednotlivých zemích. To by ostatně svým rozsahem mohlo být předmětem nejedné odborné práce. Pro účely tohoto příspěvku proto toliko přiblížím podstatu tohoto pojmu, jeho základní pojmové definice, a to na pozadí vybraných mezinárodních a vnitrostátních

¹ Pojem je užíván rovněž ve Slovenské republice, Spolkové republice Německo, operuje s ním ve svých dokumentech Evropská unie, Organizace spojených národů, Organizace pro hospodářskou spolupráci a rozvoj (OECD), apod.

² Mates, P. – Smejkal, V. E-government v českém právu. Praha : Linde, 2006, s. 9.

³ V poslední době se tato cizojazyčná zkratka velmi často vyskytuje v prohlášeních mnoha politiků, ve vládních programech, v denním tisku a v mnoha dalších zdrojích. Jen pro zajímavost, internetový vyhledávač Google nabízí 7 590 000 internetových odkazů k pojmu e-government.

dokumentů, které s tímto pojmem operují, jakož i nastíním jak *e-government* souvisí s veřejnou správou, resp. elektronickou komunikací ve veřejné správě.

A co tedy vlastně toto anglické slovo znamená? Ve skutečnosti se jedná o neologismus⁴, který vzniká zkrácením slovního spojení „*electronic government*“, jehož doslovný překlad je elektronická správa⁵.

V zahraniční literatuře⁶ je *e-government* tradičně definován jako využití informačních a komunikačních technologií (jako například dálkové počítačové sítě, internetu a mobilních technologií) veřejnou správou k poskytování informací a veřejných služeb nejširší veřejnosti. Přičemž zcela zásadní vlastností těchto technologií je schopnost transformovat vztahy mezi veřejnou správou a veřejností (tj. občany, obchodníky a dalšími složkami veřejné moci).

V poslední době (2003) byl *e-government* definován rovněž Organizací pro hospodářskou spolupráci a rozvoj (OECD)⁷, a to ve vazbě na požadavek dobré správy („*good governance*“), a to jako „*využití informačních a komunikačních technologií, především internetu, jako prostředku k dosažení dobré (lepší) správy*“⁸, či jako „*různé úkoly, které se zabývají elektronizací výkonu činnosti veřejné správy nebo v širším pojetí spíše orgánů veřejné moci vůbec*“⁹.

Česká odborná literatura vymezuje *e-government* například jako „*sérii procesů, které vedou jednak k výkonu státní správy a samosprávy, ale také k uplatňování práv a povinností fyzických a právnických osob, realizovaných elektronickými prostředky*.“¹⁰ V podobném směru definuje pojem *e-government* též Štědroň, a to jako „*sérii procesů, umožňujících výkon veřejné správy a uplatňování občanských práv a povinností fyzických a právnických osob, realizovaných elektronickými prostředky. Cílem je rychlejší, spolehlivější a levnější poskytování služeb veřejné správy nejširší veřejnosti a zajištění větší otevřenosti veřejné správy ve vztahu ke svým uživatelům (občanům)*.“¹¹

Na pozadí výše zmíněných obsahových definic můžeme pojem *e-government* stručně charakterizovat jako obecně použitelný termín, který se vztahuje na veškeré vnitřní a vnější

⁴ Pod pojmem neologismus je nutno rozumět nově vytvořený nebo převzatý jazykový znak vznikající z potřeby pojmenovat něco nového, tzv. novotvar. Blíže viz Kol. autorů pod vedením J. Krause. Nový akademický slovník cizích slov: A-Ž. Praha : Academia, 2005, s. 551.

⁵ Blíže viz Allen, R. a kol. The Penguin English Dictionary. Praha: Euromedia Group, 2005, 1642 s. ISBN 8024214024.

⁶ Viz například United Nations. Global E-Government Readiness Report 2005. From E-Government to E-Inclusion. Pododdíl II.1, s 13 a násl. [citováno 23. října 2008]. Dostupný z: <http://www2.unpan.org>. United Nations. UN Global E-Government Survey 2003. Pododdíl II.1, s 10 a násl. [citováno 23. října 2008]. Dostupný z: <http://www2.unpan.org>.

⁷ Viz například OECD. Implementing E-government in OECD Countries: Experiences and Challenges. [citováno 6. listopadu 2008]. Dostupný z: www.oecd.org.

⁸ „The use of information and communication technologies [ICT], and particularly the Internet, as a tool to achieve better government“.

⁹ Mates, P. – Smejkal, V. E-government v českém právu. Praha : Linde, 2006, s. 9.

¹⁰ Svoboda, P. a kol. Právní a daňové aspekty e-obchodu. Praha : Linde, 2001, s. 26.

¹¹ Štědroň, B. Občanské soudní řízení sporné a využití informačních technologií a právních informačních systémů (E-Justice). Praha : Linde, 2008, s. 15.

funkce a procesy veřejné správy, které jsou uskutečňovány v digitální formě prostřednictvím internetu. Cílem takto chápaného e-governmentu je potom zefektivnění výkonu veřejné moci, bezproblémové poskytování informací veřejnosti ze strany veřejné správy, zlepšení dostupnosti a poskytování veřejných služeb občanům, posílení postavení občanů skrze přístup k informacím a spoluúčast na rozhodování veřejných záležitostí. Výsledný přínos nakonec může znamenat nižší míru korupce, zvýšení transparentnosti, vyšší pohodlí pro uživatele, nárůst příjmů a snížení nákladů.

Podle Matese a Smejkal je však významná též funkce transformační. „Zavádění e-governmentu může iniciovat proces re-engineeringu jednotlivých orgánů veřejné správy, tj. provést systémové změny v organizaci a řízení orgánů tak, aby došlo k odstranění duplicit a multiplacit, zlepšil se tok informací a zkvalitnila příprava podkladů pro rozhodování. Důsledkem e-governmentu by mělo být pronikavé zefektivnění výkonu veřejné moci nejen z hlediska účastníků, ale i z hlediska státu jako takového.“¹²

Ačkoliv e-government bývá v praxi často vnímán zejména jako elektronický styk mezi úřady a širokou veřejností, jež zahrnuje nejenom běžné občany, ale též podnikatelské subjekty, je nezbytné zdůraznit, že ve skutečnosti e-government pokrývá tři typy elektronické vzájemné součinnosti, a to veřejná správa – veřejná správa; veřejná správa – podnikatelé a opačně; a veřejná správa – občané jakožto její „zákazníci“ a opačně¹³. Důvod proč je „opomíjena“ i vlastní vzájemná interakce mezi jednotlivými orgány veřejné správy, je především velký tlak, a to rovněž ze strany mezinárodního společenství, na rychlé zavedení a bezproblémové fungování e-governmentu ve vztahu k nejširší veřejnosti a zejména pak běžným (nepodnikajícím) občanům. Dle mého názoru tak ve svém důsledku nedochází k opomenutí rozměru veřejná správa – veřejná správa, ale tento je presumován a je rovněž základním předpokladem pro další fungování a rozvoj e-governmentu v rovině veřejná správa – občan (podnikatel) a naopak.

Existuje i vládní pojetí pojmu *e-government*, které je poněkud konkrétnější a účelovější než pojetí užívané v odborné literatuře. Toto vládní pojetí *e-governmentu* je obsaženo ve velmi zajímavém a relativně aktuálním vládním dokumentu nazvaném Státní informační a komunikační politika, ve zkratce e-Česko 2006. Podstatná část zpracovaného vládního postupu vychází z programů a legislativy Evropské unie v oblasti informační společnosti, která se skládá zejména ze sekundárního práva s velkou převahou harmonizačních směrnic. Jeho základem jsou ale samozřejmě i některé domácí zdroje.

Tento dokument představuje vládní strategii v oblasti tzv. informační společnosti a v oblasti telekomunikací pro období do roku 2006. Tato strategie se soustředí na několik klíčových oblastí, které jsou i v současné době považovány za zásadní v procesu vytváření moderní a efektivní veřejné správy prostřednictvím maximálního využití potenciálu moderních informačních a komunikačních technologií. Jednu z těchto oblastí tvoří i budování moderních a bezpečných služeb veřejné správy dostupných on-line, tedy *e-government* a jeho služby. Z dalších lze zmínit například podporu rozšíření vysokorychlostního přístupu k internetu a zajištění jeho dostupnosti pro všechny skupiny obyvatelstva, pokračování liberalizace sektoru elektronických komunikací s cílem zajistit efektivní konkurenční prostředí, které povede ke

¹² Mates, P. – Smejkal, V. E-government v českém právu. Praha : Linde, 2006, s. 9.

¹³ Srovnej United Nations. Global E-Government Readiness Report 2005. From E-Government to E-Inclusion. Pododdíl II.1, s 14. [citováno 23. října 2008].

snížení cen služeb a podpoře investic, či podporu zvyšování počítačové gramotnosti obyvatelstva.¹⁴

Hned v úvodu kapitoly věnované *e-governmentu* je pak vymezeno vládní pojetí pojmu *e-government* jako „transformace vnitřních a vnějších vztahů veřejné správy pomocí moderních informačních a komunikačních technologií s cílem optimalizovat interní procesy. Jejím cílem je pak rychlejší, spolehlivější a levnější poskytování služeb veřejné správy nejširší veřejnosti a zajištění větší otevřenosti veřejné správy ve vztahu ke svým zákazníkům. Totéž se očekává i od samosprávy.“¹⁵

Projevy e-governmentu v českém právu

Zmiňovat na tomto místě všechny projevy e-governmentu v českém právu by bylo poněkud troufalé, neboť rozsah tohoto příspěvku by to vlastně ani nedovolil. Následující příklady jsou proto ty, které dle mého názoru nejvíce souvisejí s problematikou výkonu veřejné správy.

Specifickou formu e-governmentu pokud jde o komunikaci ve směru občan – veřejná správa představuje portál veřejné správy (www.portal.gov.cz), zřízený na základě zákona č. 365/2000 Sb., o informačních systémech veřejné správy a o změně některých dalších zákonů, ve znění pozdějších předpisů. Hlavním úkolem tohoto portálu je usnadnit celé řadě subjektů orientaci (informační část) a komunikaci (transakční část) s jednotlivými orgány veřejné správy. Mezi tyto subjekty lze zahrnout nejenom běžné občany, ale rovněž živnostníky, další podnikatelské subjekty, cizince, či jiné orgány státní správy a samosprávy. Svým zaměřením je tedy určen pro širokou veřejnost a lze o něm hovořit jako o elektronické bráně do veřejné správy.¹⁶

Současná podoba portálu, jakož i okruh poskytovaných informací a služeb není zdaleka konečná a do budoucna se plánují další nové aplikace a okruhy poskytovaných informací. Z aktuálně poskytovaných garantovaných informací (tj. z informační části portálu veřejné správy) stojí za zmínku například adresář úřadů České republiky, který obsahuje kompletní seznam orgánů veřejné správy, včetně jejich předmětu činnosti, kontaktních údajů a dalších povinně zveřejňovaných informací¹⁷, jednoduše vyhledatelných podle jejich druhů či dle jejich umístění na území České republiky. Praktickým vodítkem při řešení nejrůznějších životních situací pak může být aplikace „Životní situace“, jež obsahuje návody pro řešení více než 480 životních situací z oblasti veřejné správy s uvedením toho jakým způsobem, kde a jak vyřídit potřebnou záležitost, a to včetně poplatků, odkazů na nezbytné formuláře a kontaktní údaje. Samozřejmostí je i databáze zákonů a dalších právních předpisů České republiky či informace pro cizince v anglickém jazyce.

Výše zmíněná transakční část Portálu veřejné správy, jejímž prostřednictvím komunikují subjekty s orgány veřejné správy, je nazvána „Elektronická podání“ a v současné době jsou v této aplikaci dostupné následující služby:

¹⁴ Srovnej Státní informační a komunikační politika, e-Česko 2006, s. 3 a násl. [citováno 17. října 2008]. Dostupný z: http://www.micr.cz/files/275/SIKP_def.pdf.

¹⁵ Státní informační a komunikační politika, e-Česko 2006. Pododdíl 3.3.1., s. 14 [citováno 17. října 2008]. Dostupný z: http://www.micr.cz/files/275/SIKP_def.pdf.

¹⁶ Ministerstvo vnitra. Portál veřejné správy [citováno 17. října 2008] Dostupný z: www.portal.gov.cz

¹⁷ Viz zákon č. 106/1999 Sb., o svobodném přístupu k informacím, ve znění pozdějších předpisů.

- a) *Služby České správy sociálního zabezpečení* - poskytování elektronických služeb jako například předkládání evidenčních listů důchodového pojištění; přihlášky zaměstnanců k nemocenskému pojištění, včetně odhlášky; atd.
- b) *Služby Ministerstva dopravy* - systém e-Testy pro sběr výsledků zkoušek uchazečů o řídičské oprávnění provedených elektronicky, jež jsou odesílány zkušebními komisari.
- c) *Služby Ministerstva průmyslu a obchodu* - Roční výkaz o poštovních službách PS (MI)1-01 za rok 2006.
- d) *Služby Generálního ředitelství cel* - Celní správa-Intrastat - systém zajišťující sběr dat pro statistiku obchodu se zbožím mezi členskými státy EU; Elektronické podání daňových přiznání ke spotřebním daním.
- e) *Služby Ministerstva financí, resp. české daňové správy* - umožňuje daňovým subjektům podávat daňové přiznání a další písemnosti v elektronické podobě (tzv. elektronická podání pro daňovou správu).
- f) *Služby Ministerstva životního prostředí* - Centrální ohlašovna znečištění Ministerstva životního prostředí.

Další aktivní rámec elektronické komunikace a tedy i vzájemného vztahu orgán veřejné správy – občan vytvořil zákon č. 227/2000 Sb., o elektronickém podpisu, ve znění pozdějších předpisů (dále jen „ZEP“), ale především pak jeho prováděcí právní předpisy, tj. nařízení vlády č. 495/2004 Sb., kterým se provádí ZEP a vyhláška č. 496/2004 Sb., k elektronickým podatelnam, kterými byl stanoven právní rámec vytvoření a činnosti elektronické podatelny (zkráceně též e-podatelný). Pod pojem elektronická podatelna je v souladu se ZEP nutno rozumět pracoviště orgánu veřejné moci určené pro příjem a odesílání datových zpráv¹⁸ (tj. elektronických dat, která lze přenášet prostředky pro elektronickou komunikaci a uchovávat na záznamových médiích, používaných při zpracování a přenosu dat elektronickou formou [ust. § 2 písm. d) ZEP]). Pro účely jednoznačné identifikace a s tím související ochrany dat, je však pro příjem a odesílání veškerých datových zpráv v souladu s ust. § 11 ZEP vyžadováno užití zaručeného elektronického podpisu, resp. elektronické značky.

Prvky e-governmentu lze nalézt rovněž v právní úpravě doručování podle zákona č. 500/2004 Sb., správního řádu, ve znění pozdějších předpisů (dále jen „správní řád“). V souladu s ust. § 19 odst. 3 citovaného zákona doručuje správní orgán na požádání účastníka řízení na elektronickou adresu, kterou mu účastník řízení sdělí, ovšem za podmínky, nevylučuje-li to zákon nebo povaha věci. Přičemž taková adresa může být sdělena i pro řízení, která mohou být u téhož správního orgánu zahájena v budoucnu. Předmětný postup je dle správního řádu na místě zejména může-li to přispět k urychlení řízení. Ze shora uvedeného tedy vyplývá, že tento typ doručování písemností není obligatorní formou, ale přichází v úvahu toliko na základě žádosti účastníka a za splnění dalších zákonem stanovených podmínek. Je však nezbytné zdůraznit, že i v tomto případě je třeba vyhovět požadavku stanovenému v ust. § 11 ZEP a při této komunikaci používat zaručený elektronický podpis.

Vedle klasického doručování zná správní řád rovněž doručování prostřednictvím tzv. veřejné vyhlášky. Tou se dle ust. § 25 odst. 1 správního řádu doručuje osobám neznámého pobytu

¹⁸ § 2 písm. y) ZEP

nebo sídla a osobám, jimž se prokazatelně nedaří doručovat, jakož i osobám, které nejsou známy, a v dalších případech, které stanoví zákon. Doručování veřejnou vyhláškou tedy představuje, „formu uvědomění účastníků řízení o skutečnostech, které by jim byly jinak sděleny přímým doručením písemnosti“¹⁹. Jako jednu z podmínek řádného doručování veřejnou vyhláškou pak správní řád stanoví rovněž požadavek, aby písemnost, popřípadě oznámení o možnosti převzít písemnost, bylo vedle vyvěšení na „klasické“ úřední desce zveřejněno též způsobem umožňujícím dálkový přístup (ust. § 25 odst. 2 správního řádu), přičemž patnáctým dnem po vyvěšení se písemnost považuje za doručenu, byla-li v této lhůtě splněna i povinnost zveřejnění způsobem umožňujícím dálkový přístup.

Další významný projev e-governmentu, jak již bylo výše naznačeno, lze rovněž vidět v existenci tzv. elektronické úřední desky. Podle ust. § 26 odst. 1 zákona správního řádu je správní orgán vedle zřízení klasické úřední desky navíc povinen zveřejnit její obsah též způsobem umožňujícím dálkový přístup, tj. prostřednictvím internetu²⁰. „Obsahem úřední desky je přitom třeba rozumět zásadně plně znění dokumentů publikovaných na „klasické“ úřední desce, zveřejnění pouhého jejich seznamu by z hlediska adresátů veřejné správy nemělo prakticky žádný význam; účelem zákonného ustanovení je zajistit, aby měl kdokoliv možnost zjistit prostřednictvím internetu, jako dokumenty se na úřední desce nacházejí a co je jejich obsahem.“²¹

Na úředních deskách správních orgánů se však na základě zvláštních zákonů publikují i jiné dokumenty než písemnosti doručované podle správního řádu. „Ust. § 26 odst. 1 věta třetí, tedy svým obsahem hmotněprávní ustanovení, se vztahuje nejen na dokumenty, jejichž zveřejnění na úřední desce předpokládá sám správní řád v § 25 (doručování veřejnou vyhláškou), ale i na jiné dokumenty, jejichž (povinnou) publikaci na úřední desce toho kterého správního orgánu stanoví zvláštní právní předpisy, které se správním řádem a postupy v něm upravenými jinak nesouvisejí (nejde o výkon působnosti v oblasti veřejné správy podle § 1 odst. 1 správního řádu).“²² Zveřejňování způsobem umožňujícím dálkový přístup je proto nezbytné vztáhnout na celý obsah úřední desky, a musí proto zahrnovat jak dokumenty doručované veřejnou vyhláškou dle ust. § 25 správního řádu (viz výše), tak i ostatní dokumenty, jejichž publikaci na úřední desce, včetně té elektronické, ukládají zvláštní zákony.

Významnou či spíše revoluční měrou by do výše uvedeného stručného přehledu měl v budoucnu zasáhnout připravovaný zákon o elektronických úkonech, osobních číslech a autorizované konverzi dokumentů, zkráceně nazývaný jako zákon o e-governmentu. Návrh zákona o e-governmentu byl dne 25. 3. 2008 schválen v 1. čtení Poslaneckou sněmovnou a jeho účinnost je plánována na 1. 7. 2009. Cílem navrhované právní úpravy obsažené v tomto zákoně je zakotvit jednotný právní rámec pro elektronickou komunikaci ve veřejné správě. Zda se tohoto cíle skutečně podaří dosáhnout a jakým způsobem bude připravovaná forma

¹⁹ Podle rozsudku Krajského soudu v Hradci Králové ze dne 20. 4. 2006, č. j. 30 Ca 5/2006-21, publikovaného pod č. 1330/2007 Sbírky rozhodnutí Nejvyššího správního soudu.

²⁰ Nejčastěji je obsah úřední desky zveřejňován na internetových stránkách správního orgánu a odpovídá za ně příslušný zaměstnanec správního orgánu. Správní řád pamatuje rovněž na situaci, kdy povinný správní orgán není schopen dostát této své povinnosti a pro takový případ počítá s povinností příslušného orgánu uzavřít veřejnoprávní smlouvu o zveřejňování obsahu úřední desky způsobem umožňujícím dálkový přístup (blíže viz ust. § 26 odst. 3 a 4 správního řádu).

²¹ Vedral, J. Správní řád - komentář. Praha : Bova Polygon, 2006, s. 210.

²² Vedral, J. Správní řád - komentář. Praha : Bova Polygon, 2006, s. 206.

elektronické komunikace využívána v praxi se s největší pravděpodobností ukáže již na konci příštího roku.

Na závěr považuji za nezbytné ještě jednou zopakovat, že výše uvedené příklady e-governmentu v českém právu jsou skutečně jen vybranými příklady a v žádném případě nepokrývají celé spektrum procesů a činností, jež tento cizojazyčný pojem zahrnuje.

Literatura:

- Kol. autorů pod vedením J. Krause. Nový akademický slovník cizích slov: A-Ž. Praha : Academia, 2005, 879 s. ISBN 8020013512.
- Mates, P. – Smejkal, V. E-government v českém právu. Praha : Linde, 2006, 244 s. ISBN 8072016148.
- Svoboda, P. a kol. Právní a daňové aspekty e-obchodu. Praha : Linde, 2001, 464 s. ISBN 8072013114.
- Štědroň, B. Občanské soudní řízení sporné a využití informačních technologií a právních informačních systémů (E-Justice). Praha : Linde, 2008, 270 s. ISBN 9788072017140.
- Vedral, J. Správní řád - komentář. Praha : Bova Polygon, 2006, 1042 s. ISBN 8072731343.

Kontaktní údaje na autora – email:

61184@mail.muni.cz

REAL ESTATE EVIDENCE: A NEW INSTITUTION OF ADMINISTRATIVE LAW

MARIUS VĂCĂRELU

Faculty of Public Administration, National School of Political and Administrative Studies,
Romania

Abstract in original language

Din multe puncte de vedere, evidența proprietăților este o operațiune de drept civil, mai ales și prin faptul că doctrina și jurisprudența dreptului privat o tratează cu prioritate.

Cu toate acestea, dreptul public – și mai ales dreptul administrativ ar trebui să analizeze mai mult această direcție de cercetare, deoarece această operațiune este în principal administrativă, și textul nostru va căuta să demonstreze această afirmație.

Key words in original language

Public property, public law, administrative law, evidence of properties, new institutions in public law.

Abstract

Real estate evidence is study only by civil law. It is true, they must study this area, because property right is the main institution of civil law – of course, of private law – and real estate evidence means, mostly, evidence of properties and of its component.

But our question is : why public law don't want to study this domain?

We consider that is mandatory for administrative law to study this institution, and our text will try to explain our opinion.

Key words

Public property, public law, administrative law, evidence of properties, new institutions in public law.

In doctrine of public law in every state we can find a lot of institutions, and all of them are analyzed by specialists in one part or in two, separated : general part and special part.

Understanding this, we can find constitutional law as an object with only one part, administrative law with two parts (in this way it actions French law), penal law with two very separated parts, financial law with one part (but there are authors which prefer to describe this object in two separated parts), etc.

So, in a lot of libraries of universities we can find : Penal law, general part and Penal law, special part ; Public finance law and Fiscal law – as part of Financial law ; Public international law and International Organizations as parts of the same branch / public international law.

In public law there are a vertebral column : constitutional law and administrative law. In fact, those braches of law represents state's pillars, but with different roles in social life.

Constitutional law creates state and represent in fact that solid base for action in relations with its own citizens and states. In fact, we can say and demonstrate that in the moment when a simple and very primitive form of social organization of life appeared on earth constitutional law appeared too. It was created in fact whole kind of relations existed in a normal state, at minimum area.

But is very important to notice another branch of law, with a special importance in creation of public law : administrative law. In fact, administrative law represent if we try to describe public law system as a human body that vertebral column, because head¹ is represented by constitutional law.

Administrative law is one of the most important braches of law because it represents that base for of public law. It cannot be denied strong influence of different kind of law (like civil procedure law for a good part of administrative procedure), but in the same time the biggest part of principles of public law are settled in administrative dispositions.

In this part of law, doctrine analyzes whole specific concepts devised in general part of administrative law and special part of it. For example, French doctrine of public law – in fact, of administrative law recognize this not only in a theoretical separation, but also in book's titles :

Gustave Peiser – Droit administratif general, Dalloz, Paris, 2008 is the last book appeared in France with this separation made in title, but inside of big treaties of administrative law (like book which are written by professor Waline, Auby, Morand Deviller, etc) we can find this strong separation.

Administrative law and administrative doctrine in fact is a symbiosis between reality and human wishes, because some teachers or some politicians create or propose new concepts in public law², but reality (Parliament of Government adopt those kinds of measures which can be fulfilled by public administration or which can develop).

Those proposals are adopted in every year, because is part of political game to create new laws or to try to improve the existing ones, and is a sine qua non condition for teachers and researchers to suggest different ways of changing former laws or to create a new framework for public affaires.

Administrative law explains for the first time relations between state powers, and in the same time it determines their attributions in juridical practice. So, its content describes chief of state, government, parliament, ministries, institution with autonomy by the government, governmental institutions in territory. This represents in fact general part of administrative law.

Second part is called special. Inside this part researchers have much more possibilities to analyze more carefully few aspects of administrative law (for example someone prefer to write more pages about public servants and another one prefer much more to describe public services).

¹ Brain, precisely.

² It represent that human wish

Inside of this part, everyone has much more liberty of writing, because in general part is the same thing for everyone – national administration's institutions are present in every state and it cannot be ignored.

It is very important to note that in general part of administrative law those institutions remains almost eternal, with the same life duration like state³ ; dimensions are established by Constitution, fundamental law who settled whole state construction. Constitution represent in the same time that law of principles, because inside of it there are a good part of national law system – as a consequence, if in front of court of justice it cannot be brought a special law, judges are obliged to solve the case after law principle, which are settled (not all, but a good part of them) in Constitution⁴.

So, as a consequence of this, we can identify a close relation between constitutional law and administrative law, because for a good part of them there are the same laws which must be explained by researchers : the same laws cannot product different general interpretation.

In fact, there is something different only if we analyze the accent : constitutional law try to understand which are relations between state powers, between state powers and citizens and to describe which are the national law principles (and in the same time to create a relation between religion and law).

Administrative law is more pragmatic, because in this special law branch there is a more important interest for procedures, for that specific way of functioning. So, as a consequence, administrative law books are bigger then constitutional ones, and it try to realize that image of administrative procedures which are used daily (and in special occasion) by central institutions.

This represent the head and first part of vertebral column of public law – in this direction constitutional law and administrative law represent one entity : first is more targeted to principles , second to practice⁵.

Public law system is presented – as a social perception – more dangerous for the citizens. Because of its punishments public law is not popular in jurist worlds too. But, despite of this, citizens respect much more a state where punishment is assured with strong forces then a weak state which is not able to enforce its legitimist strength⁶.

Like we underline before, public law cannot exist isolated, law system appear as a whole ring with mutual influences – it cannot be public law without private law (for example private economy pays money for state – as a consequence of public law, but private economy means especially civil law and commercial law).

The second big branch is represented by private law.

³ So, creation of a supranational state brings in administrative law doctrine new concepts and new juridical institutions.

⁴ E. Balan : *Institutiile administrative / Administrative institutions*, ed. C.H. Beck, Bucharest, 2008, pg. 26.

⁵ In fact in administrative law definitions we can find an expression : “to organize law fulfilling and to fulfill the law” – for this watch E. Balan – *Institutiile*, op. cit., pg 28 .

⁶ Because law cannot be separated by the society, it is quite easy to analyze a very important book for political sciences : Machiavelli – *Il principe / The prince*.

Private law is based in fact by the civil law, and its principles are the oldest known and respect in law faculties – because in every law faculty it is a special course called Roman (Private Latin) law⁷.

Private law is compose by civil law, as a fundamental branch and another kinds of law – commercial law, private international law, intellectual property law, transport law, energy law, etc. All of them are issued by civil law, and principles of civil law represent principles for all those kinds of laws.

In civil law we can find a lot of law institution : civil law act, patrimony, prescription – with those two special branches⁸, civil person, juridical person, public property, property right, general theory of obligations, guarantees, special contracts, successions.

In a good part of countries where French civil law doctrine represents a base, we can find in one part of civil law theory a very important institution : real estate evidence – real estate publicity (la publicite immobiliere⁹).

Evidence of properties is one of the most important civil law institution.

This assertion is not necessary to be demonstrated, because in civil law a good part of contracts are based by this institution. Researches analyzing this part of civil law theory underline in their treaties importance of real estate evidence for theory and practice of civil contracts.

For this specialists there are two separated parts of properties evidence : evidence of mobile goods and evidence of real estate goods (buildings and simple land).

Mobile goods evidence is not so simple to realize, because of normal limits of goods. In fact, mobile goods can have big dimensions – for example a truck is very big, but a ring is very small and it can be very easily lost. But in jewelry area there are a lot of small pieces, with a high financial value, which can be lost much easily then a ring – human intelligence and human art is unlimited.

Mobile goods can have a high level because of human work – is very small price for a cloth / tissue , but, after few days or months of painting, it can be evaluated to millions of Euros, and the consequences for juridical life are very important.

We cannot do a special evidence for mobile goods (very cheap ones, like a cloth not-painted), but we will do for sure (because is a problem of state patrimony) an evidence of very important art objects¹⁰.

⁷ With very important jurists like Papinianus, Ulpianus, Sabinus, etc. In the same time Corpus juris civilis – magnus libri of Justinianus represent a fundamental book for modern private law.

⁸ Extinctive prescription and Acquisitive prescription.

⁹ In French language.

¹⁰ E. Balan : Dreptul administrativ al bunurilor / Administrative law of goods, ed. C.H. Beck, Bucharest, 2007, pg. 63

In this case, there is a question of opportunity : because state will determine which kind of mobile goods are very important, and which kinds of mobile goods can represent (if are fulfilled few special conditions) such an importance who will justify an official evidence.

So, in national legislation is very important to create a standard : which goods are important, even they are mobile, and which one cannot be considered like this. For example some mobile goods like bullets and pistols or any kind of weapons are mobile, but because of their importance they are registered by state authorities – so, in this was it was realized a completely evidence of a whole category of mobile goods.

In last years state realize (it tries to) an evidence of mobile goods guarantees, because despite of their dimensions or value, this kind of guarantees are very frequent, and its importance is high. In fact, every human being try first to be obliged only to pay mobile goods as contract guarantees, because real estate can produce much easier tragedy in normal life of humans (in they loose their important properties – buildings and land – it become more or less “second hand citizens”).

Real estate is considered in every state more important then mobile goods property. Its social influence is so big, that in every country we will find (during whole history) reformists who had adopted measures to improve situation of real estate and to solve unequal proportions between rich and poor people.

Understanding this importance, governments and parliaments create a system of evidence for this kind of properties – what it was important was not only to know who’s the owner of every land and building in a state, but also to be able to adopt new public policies.

That means that public administration realize this evidence with few purposes:

1. to obtain a correct image of land and buildings owners inside the country. This thing is fundamental for example for establishing taxes an to have a better image of different social phenomenon – like migration inside of the country¹¹, like poverty level, etc.
2. to create a new image for political policies and strategy. In fact, for create an efficient policy at national level, you need (as a member of government) to have first a correct image of real economical possibilities of your citizens. For this you need a correct evidence of goods, especially of real estate.

In the same time for every citizen is very important to make agreements knowing very well the real situation for properties. In fact, without this trust, a good part of commercial life will disappear, because no one will try to invest his money in a business without receiving that assurance of property.

This process – to assure right of property is called in civil law doctrine to assure static security of civil circuit.

But this institution, of real estate evidence is study only by civil law. It is true, they must study this area, because property right is the main institution of civil law – of course, of

¹¹ For example, if state organize an efficient evidence of real estate it can observe in few years – watching selling of land and houses – which provinces are richer (because it will be a pressure there to construct new houses) and from where people want to disappear (because of poverty).

private law – and real estate evidence means, mostly, evidence of properties and of its component (usus, fructus, abusus¹²).

But our question is : why public law don't want to study this domain?

We consider that is mandatory for administrative law to study this because :

- real estate evidence is made by state authorities ;
- real estate evidence is made by state authorities using an administrative procedure ;
- real estate evidence is mandatory for all citizens and juridical persons which are owners of this kind of goods ;
- real estate evidence is made with special administrative purposes : to establish tax bases, to have a clear map of territory¹³, to establish electoral circumscription, etc.

For this we must underline again principles of real estate evidence, as civil law doctrine settled them :

1. Principle of general publicity – there is assured by this kind of evidence for whole real estate good ;
2. Principle of neutrality – this evidence is neutral, and public administration must be neutral too ;
3. Principle of absolutely evidence – because this evidence is made by the state, and state had always (absolute presumption) correct documents in every business ;
4. Principle of legality – this is a fundamental principle for every branch of law, so, it was obvious that it will be meet here too.

Those principles are established by civil law doctrine, but they are fundamental – from contain and expression to public (administrative) law.

There are another principles which are more to civil law then to public law:

- a. principle of relativity – it speaks about persons involved in this evidence which have an interest in this area ;
- b. principles of priority – in civil law, but in the same it will be mandatory for public administration, that person who register first its property right it will be recognize as real and legal owner of good
- c. principle of specialization – it speaks about good and person – only that person who's owner of a good can do this and only for this good.

¹² Juridical attributes of property right (in Latin language in text).

¹³ For military purposes.

Maybe it will be a little reticence for teachers of public law (administrative law in fact) to study much more this institution (which is main object for civil law by tradition¹⁴), but we believe that is time for us, researchers in public law to discover a new direction for public law and to develop much more this part of administrative procedures.

Literature:

- Emil Balan, *Institutiile administrative / Administrative institutions*, Bucharest, C.H. Beck, 2008, 240 pages, ISBN : 978-973-115-269-1.
- Emil Balan, *Dreptul administrativ al bunurilor / Administrative law of goods*, Bucharest, C.H. Beck, 2007, 160 pages, ISBN : 978-973-115-067-3.
- Marian Nicolae, *Tratat de publicitate imobiliara / Real estate evidence treaty*, Bucharest, Universul Juridic, 2006, 490 pages, ISBN : 978-8929-36-9.

Contact – email

marius123vacarelu@gmail.com

¹⁴ For this tradition watch : M. Nicolae : *Tratat de publicitate imobiliara / Real estate evidence treaty*, ed. Universul Juridic, Bucharest, 2006.

MOŽNO VŽDY POVAŽOVAŤ ROZKLAD ZA PROSTRIEDOK NÁPRAVY?

JURAJ VAČOK

Právnická fakulta, Univerzita Komenského v Bratislave, Slovenská republika

Abstrakt v rodném jazyce

Príspevok sa zaoberá situáciou, keď v rozkladnom konaní vedúci ústredného orgánu štátnej správy posudzuje svoje prvostupňové rozhodnutie. Poukazuje na negatíva tohto stavu a pokúša sa kreovať návrhy de lege ferenda.

Klíčová slova v rodném jazyce

Rozklad, vedúci ústredného orgánu štátnej správy, Správny poriadok, opravný prostriedok.

Abstract

This article is concerned with situation when a head of central authority of state administrative decides in appellate procedure about his decision which is issued in first instance. It shows to the negatives of this situation and tries to create proposals to the future to make this institute better.

Key words

Appeal against decision of central authority, head of central authority, Administrative rule, legal remedy.

S opravnými prostriedkami sa stretávame tak v súdnych ako aj správnych konaniach. Právny poriadok ich kreuje z dôvodu, aby bolo možné prostredníctvom nich opraviť prípadné skutkové alebo práve vady jednotlivých rozhodnutí.

Z uvedeného dôvodu sú na opravné prostriedky kladené určité požiadavky, aby mohli byť vhodným prostriedkom nápravy. Jednou z nich je, aby o opravnom prostriedku voči rozhodnutiu rozhodoval nezávislý správny orgán od toho, ktorý takéto rozhodnutie vydal. Nie pri každom opravnom prostriedku je však tejto požiadavke vyhovené. Takýmto opravným prostriedkom je aj rozklad.

1. K ZÁSADĚ DVOJSTUPŇOVOSTI KONANIA

Zásadu dvojstupňovosti konania považujem za jednu zo základných zásad celého správneho konania. Vyjadruje právo účastníkov konania, aby rozhodnutie správneho orgánu bolo preskúmané nezávislým a nestranným orgánom, ktorý posúdi, či vydaním prvostupňového rozhodnutia boli porušené práva garantované právnym poriadkom štátu.

Posudzovanie rozhodnutia nezávislým orgánom má dve roviny. Neposudzuje sa len zákonnosť rozhodnutia, ale aj jeho správnosť. Príkladom môže byť rozhodovanie o správnej úvahe.

Zásada dvojstupňovosti konania sa podľa právneho poriadku Slovenskej republiky realizuje prostredníctvom riadnych opravných prostriedkov. Sú to také prostriedky, ktoré sa podávajú proti neprávoplatným rozhodnutiam rozhodujúcich orgánov. Medzi ich charakteristické črty patrí, že majú suspenzívny a devolutívny účinok.

Jedným z riadnych opravných prostriedkov je aj rozklad.

2. V KRÁTKOSTI K ROZKLADNÉMU KONANIU A JEHO VYBRANÝM PROBLÉMOM

Rozklad ako inštitút typický pre správne právo vo všeobecnosti upravuje zákon číslo 71/1967 Zb. o správnom konaní (správny poriadok) v znení neskorších predpisov¹ (ďalej len „Správny poriadok“). Podľa § 61 odseku 1 tohto zákona sa podáva proti rozhodnutiu ústredného orgánu štátnej správy v prípade, ak je takýto orgán príslušný na rozhodovanie v prvom stupni.

V rámci hierarchie subjektov štátnej správy stoja ústredné orgány štátnej správy na vrchole. Ich všeobecnú právnu úpravu nachádzame v zákone číslo 575/2001 Z. z. o organizácii činnosti vlády a organizácii ústrednej štátnej správy v znení neskorších predpisov². Podľa tohto zákona za ústredné orgány štátnej správy považujeme všetky ministerstvá a tie správne orgány s pôsobnosťou pre celé územie Slovenskej republiky, ktoré sú za ústredné orgány štátnej správy v tomto zákone označené.³

Vecná príslušnosť na rozhodovanie o rozklade je podľa § 61 odseku 2 Správneho poriadku zverená vedúcemu ústredného orgánu štátnej správy na základe ním ustanovenej osobitnej komisie, takzvanej rozkladovej komisie. Pre úplnosť treba dodať, že vedúci ústredného orgánu štátnej správy nie je názorom rozkladovej komisie viazaný.

Rozkladné konanie má zásadne suspenzívny účinok. V súlade už s napísaným je riadnym opravným prostriedkom a až po skončení rozkladného konania môže rozhodnutie nadobudnúť právoplatnosť a vykonateľnosť.

Pokiaľ máme zodpovedať na otázku, či má konanie o rozklade aj devolutívny účinok, odpoveď nie je až taká jednoznačná.

Vzhľadom na skutočnosť, že ústredné orgány štátnej správy staja v rámci hierarchie na vrchole štátnej správy, neexistuje nadriadený orgán, ktorý by mohol v konaní o riadnom opravnom prostriedku ich rozhodnutia preskúmať.

O devolutívnom účinku môžeme hovoriť čiastočne v prípade, ak v prvom stupni síce rozhodoval vecne príslušný ústredný orgán štátnej správy, ale na rozhodnutie nebol funkčne príslušný vedúci ústredného orgánu štátnej správy.

¹ zákon číslo 71/1967 Zb. o správnom konaní (správny poriadok) v znení zákona číslo 215/2002 Z. z., zákona číslo 527/2003 Z. z., zákona číslo 122/2006 Z. z.

² zákon číslo 575/2001 Z. z. o organizácii činnosti vlády a organizácii ústrednej štátnej správy v znení zákona číslo 143/2002 Z. z., zákona číslo 411/2002 Z. z., zákona číslo 465/2002 Z. z., zákona číslo 139/2003 Z. z., zákona číslo 453/2003 Z. z., zákona číslo 523/2003 Z. z., zákona číslo 215/2004 Z. z., zákona číslo 351/2004 Z. z., zákona číslo 405/2004 Z. z., zákona číslo 585/2004 Z. z., zákona číslo 654/2004 Z. z., zákona číslo 78/2005 Z. z., zákona číslo 172/2005 Z. z., zákona číslo 474/2005 Z. z., zákona číslo 231/2006 Z. z., zákona číslo 678/2006 Z. z., zákona číslo 103/2007 Z. z., zákona číslo 218/2007 Z. z., zákona číslo 456/2007 Z. z., zákona číslo 568/2007 Z. z., zákona číslo 617/2007 Z. z., zákona číslo 165/2008 Z. z.

³ Podľa § 21: „V Slovenskej republike pôsobia aj tieto ústredné orgány štátnej správy: a) Úrad vlády Slovenskej republiky, b) Protimonopolný úrad Slovenskej republiky, c) Štatistický úrad Slovenskej republiky, d) Úrad geodézie, kartografie a katastra Slovenskej republiky, e) Úrad jadrového dozoru Slovenskej republiky, f) Úrad pre normalizáciu, metrológiu a skúšobníctvo Slovenskej republiky, g) Úrad pre verejné obstarávanie, h) Úrad priemyselného vlastníctva Slovenskej republiky, i) Správa štátnych hmotných rezerv Slovenskej republiky, j) Národný bezpečnostný úrad.“

Najväčší problém podľa môjho názoru nastáva v prípade, ak v prvom stupni rozhoduje vedúci ústredného orgánu štátnej správy. V takomto prípade s ohľadom na § 62 odsek 2 Správneho poriadku nastáva situácia, že rozhodnutie preskúmava ten istý orgán, ako ten, ktorý rozhodnutie vydal.

3. NEDOSTATOK DEVOLUTÍVNEHO ÚČINKU

Dovolím si tvrdiť, že ak o opravnom prostriedku proti rozhodnutiu rozhoduje ten istý správny orgán, ako ten, ktorý rozhodnutie vydal, opravný prostriedok je zbytočný. Pokiaľ prvostupňový orgán vydal rozhodnutie, vyjadril v ňom svoj názor a je takýmto názorom viazaný.

Prvostupňové rozhodnutie v predpísanej forme doručené adresátovi nadobúda platnosť. Platnosť je vlastnosťou rozhodnutia, ktorá okrem iného znamená, že prvostupňový správny orgán takéto rozhodnutie môže meniť len na základe riadneho alebo mimoriadneho opravného prostriedku. „Platnosť rozhodnutia znamená, že akt reálne existuje ako výsledok určitého procesu. Okamih platnosti rozhodnutia nastáva, keď bolo v predpísanej forme doručené do sféry adresáta.“⁴

Pokiaľ ten istý miestne, vecne a funkčne príslušný správny orgán je oprávnený v konaní o opravnom prostriedku preskúmať ním vydané rozhodnutie, stráca pri prieskume svoju nezávislosť a nestrannosť, nakoľko v konaní už rozhodol a v prípade zrušenia prvostupňového rozhodnutia, by verejne musel priznať, že urobil chybu.

V teórii je možné nájsť názory, že snahou o zmiernenie chýbajúceho devolutívneho účinku pri rozklade je vytvorenie rozkladových komisií. „Absenciu devolutívneho účinku rozkladu eliminuje povinnosť prejednať rozklad pred vydaním druhostupňového rozhodnutia v osobitnej komisii zriadenej vedúcim ústredného orgánu štátnej správy. Obligatorne prejednanie rozkladu v tejto komisii má napomôcť objektivitu rozhodovania.“⁵

S uvedeným názorom sa je možné stotožniť len čiastočne. Správny poriadok nezakotvuje zloženie komisie. Dáva vedúcemu ústredného orgánu právomoc takúto komisiu menovať a opätovne zdôrazňujem už uvedenú skutočnosť, že návrh komisie má len odporučací charakter.

Uznesením číslo 1211/2002 zo dňa 6. 11. 2002 vláda Slovenskej republiky schválila zásady vlády SR na zriaďovanie a činnosť osobitných (rozkladových) komisií a uložila vedúcim ústredných orgánov štátnej správy postupovať podľa týchto zásad a vydať rokovacie poriadky na zriaďovanie a činnosť osobitných (rozkladových) komisií. Pokiaľ ide o postavenie rozkladovej komisie, z predmetného uznesenia vlády Slovenskej republiky vyplýva, že návrh komisie je len podkladom pre rozhodnutie.

Zhrnúc uvedené, pokiaľ porovnáme právomoc rozkladovej komisie a vedúceho ústredného orgánu štátnej správy v konaní o rozklade, je nesporné, že rozhodnutie v konaní o rozklade závisí od vedúceho ústredného orgánu štátnej správy, ktorý môže vychádzať z návrhu rozkladovej komisie. Pôsobenie rozkladovej komisie vrátane jej personálneho zloženia, je tiež plne závislé od vedúceho ústredného orgánu štátnej správy.

⁴ Komentár k správne mu poriadku 71/1967 Zb.: § 52, ASPI ID: 30477SK

⁵ Komentár k správne mu poriadku 71/1967 Zb.: § 61, ASPI ID: 30487SK

4. MAL BY BYŤ VEDÚCI ÚSTREDNÉHO ORGÁNU ŠTÁTNEJ SPRÁVY V KONANÍ O ROZKLADE VYLÚČENÝ?

Podľa § 9 odseku 2 Správneho poriadku: „Z prejednávania a rozhodovania pred správnyimi orgánmi je vylúčený aj ten, kto sa v tej istej veci zúčastnil na konaní ako zamestnanec správneho orgánu iného stupňa.“

Predmetné ustanovenie zvyrazňuje zásadu, že dvojstupňovosť konania spočíva v posúdení riadneho opravného prostriedku nezávislým správnyim orgánom, ktorý je iný, ako prvostupňový správny orgán. „Ďalší dôvod, pre ktorý je potrebné vylúčiť zamestnanca z účasti na konaní, je zamedziť, aby ten istý zamestnanec rozhodoval tú istú vec v prvom i v druhom stupni. Takýmto postupom by totiž bola narušená zásada dvojinštančnosti správneho konania, ktorá má v praxi zabezpečiť právnu ochranu účastníka konania (garantovať mu nezávislý – predchádzajúcim konaním „nezaťažený pohľad inej osoby na rozhodovanie a rozhodnutie).“⁶

Z uvedeného je zrejmé, že ak vedúci ústredného orgánu štátnej správy rozhodoval v prvom stupni, je tu dôvod na jeho vylúčenie. Pokiaľ nie, zákon si protirečí, nakoľko na jednej strane poukazuje na skutočnosť, že rozhodovanie v druhom stupni nepatrí tej istej osobe, no na druhej ho v prípade rozkladného konania tej istej osobe zveruje.

Problémom vylúčenia však ostáva skutočnosť, že podľa súčasne účinnej právnej úpravy je možné vylúčiť len zamestnanca, ktorý rozhodoval v prvom stupni. Pokiaľ však v prvom stupni rozhodoval vedúci ústredného orgánu štátnej správy, nemôžeme hovoriť o zamestnancovi, ale o funkcionárovi. Podľa § 5 odseku 4 zákona číslo 312/2001 Z. z. o štátnej službe a o zmene a doplnení niektorých zákonov v znení neskorších predpisov⁷: „Funkcie, do ktorých sa štátni zamestnanci volia alebo vymenúvajú ... sú na účely tohto zákona politickej funkcie, ak osobitný predpis neustanovuje inak.“ Podľa odseku 5 uvedeného paragrafu: „Výkon politickej funkcie sa považuje za výkon verejnej funkcie.“

Pri pokuse odpovedať na otázku, či by mal rozhodovať v konaní o rozklade správny orgán, ktorý rozhodoval v prvostupňovom konaní, je nutné povedať, že podľa účinnej právnej úpravy nie. Napriek tomu, že zákon vyslovuje zákaz, aby tá istá osoba rozhodovala v prvom aj druhom stupni, ten sa vzťahuje len na zamestnancov. Nevzťahuje sa na funkcionárov a už vôbec nie na celý správny orgán, napriek tomu, že ho tvorí jedna fyzická osoba. Pokiaľ by bolo možné v konaní o rozklade vedúceho ústredného orgánu štátnej správy vylúčiť, nastala by patová situácia. O rozklade by nemal kto rozhodnúť.

⁶ Košičiarová, S.: Komentár s novelou účinnou od 1. 1. 2004, Šamorín: Heuréka, 2004, 322 strán, ISBN80-89122-14-0, strana 46

⁷ zákona číslo 312/2001 Z. z. o štátnej službe a o zmene a doplnení niektorých zákonov v znení zákona číslo 131/2002 Z. z., zákona číslo 143/2002 Z. z., zákona číslo 185/2002 Z. z., zákona číslo 411/2002 Z. z., zákona číslo 667/2002 Z. z., zákona číslo 139/2003 Z. z., zákona číslo 267/2003 Z. z., zákona číslo 453/2003 Z. z., zákona číslo 550/2003 Z. z., zákona číslo 551/2003 Z. z., zákona číslo 365/2004 Z. z., zákona číslo 412/2004 Z. z., zákona číslo 382/2004 Z. z., zákona číslo 403/2004 Z. z., zákona číslo 551/2003 Z. z., zákona číslo 612/2004 Z. z., zákona číslo 728/2004 Z. z., zákona číslo 757/2004 Z. z., nariadenia vlády SR číslo 203/2005 Z. z., zákona číslo 628/2005 Z. z., zákona číslo 231/2006 Z. z., nariadenia vlády SR číslo 270/2006 Z. z., zákona číslo 664/2006 Z. z., zákona číslo 107/2007 Z. z., zákona číslo 199/2007 Z. z., nariadenia vlády číslo 237/2007 Z. z., zákona číslo 253/2007 Z. z., zákona číslo 348/2007 Z. z., zákona číslo 519/2007 Z. z., zákona číslo 613/2007 Z. z., zákona číslo 166/2008 Z. z.

5. AKO ĎALEJ?

Vzhľadom na uvedené som toho názoru, že súčasný stav je nevyhovujúci. V správnych konaniach, kde v prvom stupni rozhoduje vedúci ústredného orgánu štátnej správy, vnímam rozklad len ako „nutné zlo“, za účelom splniť si povinnosť vyčerpať riadne opravné prostriedky, a tak získať právo domáhať sa ochrany práv pri súdnom preskúmaní rozhodnutia.

Pokiaľ by vedúci ústredného orgánu štátnej správy rozhodol o v rozkladnom konaní o zrušení prvostupňového rozhodnutia, pochyboval by som o jeho nezaujatosti a nestrannosti, nakoľko zrušil platné rozhodnutie, ktorým je viazaný ako prvostupňový správny orgán.

Je možné, aby správny orgán si priznal chybu. Tú by však mal odstrániť v rámci autoremedúry a nie až v rozkladnom konaní.

V rozkladnom konaní je autoremedúra prípustná. Podľa § 57 odseku 1 Správneho poriadku vzťahujúceho sa aj na rozkladné konanie⁸: „Správny orgán, ktorý napadnuté rozhodnutie vydal, môže o odvolaní sám rozhodnúť, ak odvolaniu v plnom rozsahu vyhovie a ak sa rozhodnutie netýka iného účastníka konania ako odvolateľa alebo ak s tým ostatní účastníci konania súhlasia.“

Predmetné ustanovenie znamená, že v konaniach, kde je funkčne príslušný vedúci ústredného orgánu štátnej správy v prvom stupni, tento orgán v druhom stupni rozduje o možnosti autoremedúry a následne až ako druhostupňový správny orgán. Dovolím si tvrdiť, že keď v rámci autoremedúry nevyhovie správny orgán rozkladu, pokiaľ takýto orgán nie je rozpoltený, mal by automaticky nevyhovieť rozkladu aj ako druhostupňový správny orgán.

Týmito všetkými úvahami chcem ešte raz demonštrovať skutočnosť, že rozklad ako opravný prostriedok proti rozhodnutiu vedúcemu ústredného orgánu štátnej správy, je podľa účinnej právnej úpravy úplne zbytočný. Je preto nutné nájsť také riešenie, ktoré by zabezpečilo, aby o rozklade rozhodoval nezávislý a nestranný orgán nezaťažovaný rozhodovaním v prvom stupni.

Zastávam názor, že správny orgán, ktorý by o rozklade mal rozhodovať, by nemal byť žiadnym zo súčasných orgánov štátnej správy. Dôvodom je, že orgány štátnej správy sú podriadené ministerstvám a ostatným ústredným orgánom štátnej správy. Bolo by v rozpore so zásadou nezávislosti, aby o opravnom prostriedku voči rozhodnutiu vedúceho ústredného orgánu štátnej správy rozhodoval jemu podriadený správny orgán.

Pokiaľ by sme chceli ponechať rozhodovanie o rozklade orgánu štátnej správy, myslím si, že by sme museli vytvoriť samostatný správny orgán, hierarchicky na úrovni ústredných orgánov štátnej správy. Tento správny orgán by však musel byť nezávislý od existujúcich orgánov štátnej správy a tiež aj vlády, ako vrcholného orgánu výkonnej moci. Tá by totiž mohla mať záujem na výsledku rozkladného konania, nakoľko ministri, ako vedúci ministerstiev, tvoria prevažnú časť jej členov.

Z uvedených dôvodov zastávam názor, že nie je vhodným riešením a veľmi náročným vytvoriť v rámci štátnej správy samostatný orgán na rozhodovanie voči rozkladom vedúcich ústredných orgánov štátnej správy. Rovnako si vzhľadom na tieto dôvody myslím, že by

⁸ Podľa § 61 odseku 3 Správneho poriadku: „Ustanovenia o odvolacom konaní sa primerane vzťahujú aj na konanie o rozklade.“

nebolo správne, aby o rozkladoch voči rozhodnutiam vedúcich ústredných orgánov štátnej správy rozhodovala vláda.

Za prijateľnejšie riešenie by som považoval, aby o rozkladoch voči prvostupňovým rozhodnutiam vedúcich ústredných orgánov štátnej správy rozhodoval samostatný orgán s postavením mimo verejnej správy. Domnievam sa však, že vytvorenie takéhoto orgánu by si vyžiadalo nemalé náklady. Navyše osoby, ktoré by tvorili súčasť takéhoto orgánu, by museli spĺňať požiadavky nezávislosti a nestrannosti od verejnej správy v podobnom rozsahu, ako sudcovia.

Vzhľadom na uvedené skutočnosti za najlepšie riešenie by som považoval, ak by bolo možné voči prvostupňovému rozhodnutiu vedúceho ústredného orgánu štátnej správy podať opravný prostriedok na súd smerujúci voči neprávoplatným rozhodnutiam orgánov verejnej správy. Tieto rozhodnutia by boli preskúmané správnymi súdmi za takých istých podmienok, ako iné neprávoplatné rozhodnutia, ktoré správne súdy preskúmajú na základe zákona. Verím, že toto riešenie by nezahltilo správne súdy a zaručilo potrebnú objektivitu, ktorú pri preskúmaní rozhodnutí nevyžaduje len Ústava SR, ale aj viaceré medzinárodné zmlúvy, ktorými je Slovenská republika viazaná. Som presvedčený, že navrhnuté riešenie by súdy nezahltilo, nakoľko pri takto koncipovanom rozkladnom konaní je len prirodzené, že množstvo účastníkov sa voči takýmto rozhodnutiam domáha ochrany práve na súde.

Literatura:

- Košičiarová, S.: Komentár s novelou účinnou od 1. 1. 2004, Šamorín: Heuréka, 2004, 322 strán, ISBN80-89122-14-0
- ASPI

Kontaktní údaje na autora – email:

juraj.vacok@attorney.sk

ZVLÁŠTNÍ ŽALOBNÍ LEGITIMACE NEJVYŠŠÍHO STÁTNÍHO ZÁSTUPCE K OCHRANĚ VEŘEJNÉHO ZÁJMU DLE SOUDNÍHO ŘÁDU SPRÁVNÍHO

RENATA VESECKÁ

Nejvyšší státní zastupitelství, Česká republika

Abstrakt v rodném jazyce

Předkládaný příspěvek se zabývá problematikou zvláštní žalobní legitimace nejvyššího státního zástupce k ochraně veřejného zájmu ve smyslu § 66 odst. 2 zákona č. 150/2002 Sb. Pojednání je zaměřeno na analýzu platné právní úpravy. Vedle rozboru podmínek podávání žalob nejvyšším státním zástupcem k ochraně veřejného zájmu jsou také představeny důvody, které zákonodárce vedly k zakotvení uvedeného institutu do právního řádu České republiky. Stranou pozornosti nezůstává ani praktická stránka realizace zmíněné žalobní legitimace nejvyššího státního zástupce. Představen je aktuální přehled věcí, v nichž byly nejvyšším státním zástupcem správní žaloby podány. Příspěvek tak v podstatě spojuje teoretický a praktický pohled na předmětnou problematiku. Třebaže od zavedení institutu zvláštní žalobní legitimace nejvyššího státního zástupce k ochraně veřejného zájmu uplynulo více než pět roků, dosud nebyl k této problematice zpracován samostatný publikační výstup.

Klíčová slova v rodném jazyce

Státní zastupitelství, veřejný zájem, soudní řád správní, správní soudnictví, zvláštní žalobní legitimace.

Abstract

This presentation is about special plaintiff's title of the Supreme Public Prosecutor to prevent public interest by the §66 paragraph 2nd (150/2008). The presentation concentrates on interpretation of valid legal regulations. Beside analysis of conditions for bringing the charge by the Supreme Public Prosecutor to prevent public interest, there are also introduced reasons why this juridical institute was established to the law order of Czech Republic. Presentation also presents current outline cases in which were charges brought to the court by the Supreme Public Prosecutor. Contribution covered academic and practical approach. The special plaintiff's title of the Supreme Public Prosecutor to prevent public interest was instituted 5 years ago, but this presentation is the first independent published output.

Key words

Public Prosecutor's office, public interest, judicial rules of administrative, administrative justice, special plaintiff's title.

1. ÚVOD

Předkládaný příspěvek se zabývá problematikou zvláštní žalobní legitimace nejvyššího státního zástupce k ochraně veřejného zájmu ve smyslu § 66 odst. 2 zákona č. 150/2002 Sb., soudního řádu správního, ve znění pozdějších právních předpisů (dále také jen „SŘS“). Pojednání je zaměřeno na analýzu platné právní úpravy. Vedle rozboru podmínek podávání žalob nejvyšším státním zástupcem k ochraně veřejného zájmu jsou také představeny důvody, které zákonodárce vedly k zakotvení uvedeného institutu do právního řádu České republiky. Stranou pozornosti nezůstává ani praktická stránka realizace zmíněné žalobní legitimace nejvyššího státního zástupce. Představen je aktuální přehled věcí, v nichž byly nejvyšším

státním zástupcem správní žaloby podány. Příspěvek tak v podstatě spojuje teoretický a praktický pohled na předmětnou problematiku. Třebaže od zavedení institutu zvláštní žalobní legitimace nejvyššího státního zástupce k ochraně veřejného zájmu uplynulo více než pět roků, dosud nebyl k této problematice zpracován samostatný publikační výstup.

2. ÚPRAVA ZVLÁŠTNÍ ŽALOBNÍ LEGITIMACE NEJVYŠŠÍHO STÁTNÍHO ZÁSTUPCE K OCHRANĚ VEŘEJNÉHO ZÁJMU

Institut žalobní legitimace nejvyššího státního zástupce k ochraně veřejného zájmu je upraven v hlavě druhé, oddíle prvním soudního řádu správního. Přijatá koncepce řízení o žalobě proti rozhodnutí správních orgánů přitom rozlišuje tři druhy žalob, a sice: obecné žaloby (§ 65 SŘS), zvláštní žaloby k ochraně veřejného zájmu (§ 66 SŘS) a žaloby ve věcech územní samosprávy (§ 67 SŘS). Pokud jde o zvláštní žaloby k ochraně veřejného zájmu, soudní řád správní reglementuje tři případy žalobních legitimací. Vedle již zdůrazňované legitimace nejvyššího státního zástupce (upravené v druhém odstavci § 66 SŘS) může podle prvního odstavce § 66 SŘS, za podmínek určených zákonem upravujícími řízení před správními orgány, podat žalobu ten správní orgán, o němž to takový zákon stanoví. Odstavec třetí § 66 SŘS potom předpokládá, že žalobu k ochraně veřejného zájmu je oprávněn podat i ten, komu toto oprávnění výslovně svěruje zvláštní zákon nebo mezinárodní smlouva, která je součástí právního řádu. Vzhledem k tomu, že ze shora uvedených zvláštních žalobních legitimací k ochraně veřejného zájmu jsem si vytyčila analyzovat zvláštní žalobní legitimaci nejvyššího státního zástupce, se nebudu zbývajícími legitimacemi dále zabývat.

Z ustanovení § 66 odst. 2 SŘS se podává, že žalobu je oprávněn podat nejvyšší státní zástupce, jestliže k jejímu podání shledá závažný veřejný zájem. Důvodem vedoucím k přijetí zvláštní žalobní legitimace nejvyššího státního zástupce k ochraně veřejného zájmu byla skutečnost, že se tím vyhovělo společenské potřebě, pociťované po zrušení prokuratury s jejím tzv. všeobecným dozorem. Od roku 1994 byla ochrana právního řádu před jeho porušováním v něčí neprospěch v rukou správních orgánů, jejich dohled nad rozhodováním nižších správních orgánů byl leckdy nesystematický a nedůsledný, takže ochrana právního řádu v tomto směru byla hodnocena jako nedostatečná.¹ V této souvislosti je nutné zdůraznit, že není přiléhavé hovořit o „návratu“ k oprávnění státního zastupitelství, resp. prokuratury před rokem 1993. V současnosti je státní zastupitelství postaveno na zcela odlišných principech a je mu svěřen jiný záběr působnosti. Nadto stojí připomenout, že ani prokuratura neměla v rámci tzv. všeobecného dozoru právo rušit nebo měnit rozhodnutí nebo jiné opatření orgánu státní správy; přezkoumávala objektivní zákonnost právních předpisů jimi vydaných a objektivní zachování postupu a rozhodování v jednotlivých případech s tím, že při zjištění závady mohla podat protest, o němž musel příslušný orgán ve stanovené lhůtě rozhodnout.² Pokud se vrátíme k důvodům přijetí zvláštní legitimace nejvyššího státního zástupce k ochraně veřejného zájmu, z důvodové zprávy k vládnímu návrhu soudního řádu správního zjistíme, že legitimace nejvyššího státního zástupce má být uplatňována v případech nepříliš častých, ale veřejností citlivě vnímaných.³ Za oblast, v níž je zmíněné oprávnění nejvyššího státního zástupce využitelné, se považuje korupce ve veřejné správě. Lze si například představit situaci, kdy nezákonné rozhodnutí správního orgánu je dosaženo úplatkem a není

¹ Vopálka, V., Mikule, V., Šimůnková, V., Šolín, M. Soudní řád správní. Komentář. Praha: C. H. Beck, 2004, s. 158. ISBN 8071798649.

² Hendrych, D. a kol. Správní právo. Obecná část. 6. vydání. Praha: C. H. Beck., 2006, s. 720. ISBN 8071794422.

³ Důvodová zpráva k soudnímu řádu správnímu, Poslanecká sněmovna ČR, 2001, tisk 1080.

již jiná právní cesta, kterou by bylo možné takové rozhodnutí odstranit. Jestliže bylo rozhodnutí správního orgánu vydáno ve prospěch účastníka správního řízení pod vlivem korupce, bude zřejmě dán závažný veřejný zájem na podání žaloby nejvyššího státního zástupce podle § 66 odst. 2 SŘS proti takovému rozhodnutí. Možnost podání žaloby ve veřejném zájmu dává občanům i pracovníkům státní správy najevo, že pravomocná rozhodnutí správních orgánů či jiné administrativní akty podléhající „dozoru“ soudu, a tedy ta rozhodnutí, která byla ovlivněna korupčním jednáním, nejsou nezměnitelná. Žaloba k ochraně veřejného zájmu bude využitelná také v případech tzv. latentní korupce, kdy příčiny a povaha nezákonného administrativního aktu signalizují, že jeho vydání je důsledkem korupce státního úředníka. Podmínkou podání takové žaloby není uznání úředníka vinným trestným činem. Nejvyššímu státnímu zástupci nic nebrání, aby v těchto případech podal žalobu ještě před skončením vedeného trestního řízení, a dokonce ještě před zahájením úkonů v trestním řízení, pokud jsou zjištěny skutečnosti naznačující korupční vztah.

Vedle pozitivních reakcí na zakotvení oprávnění nejvyššího státního zástupce podat žalobu k ochraně veřejného zájmu se objevila rovněž kritika, jež takový počín neschvalovala. V rámci diskuse nad úpravou správního soudnictví Pazderka konstatoval, že se nejvíce byt vhodné, aby byla ochrana veřejného zájmu v rámci správního soudnictví svěřena státnímu zastupitelství, neboť státnímu zastupitelství není svěřen všeobecný dozor. Podle jeho názoru by bylo problematické zejména to, jak by státní zastupitelství získávalo podněty k podávání uvedených žalob. Jmenovaný autor se přiklonil k možnosti udělit legitimaci státním orgánům jakožto žalobcům ve veřejném zájmu.⁴ Ačkoli názoru citovaného autora nelze upřít logický základ, praxe ukázala, že získávání poznatků k podávání žalob k ochraně veřejného zájmu nečiní obtíže.

Dále se zaměřím na základní rámec uplatnění zvláštní legitimace nejvyššího státního zástupce k ochraně veřejného zájmu. V rámci problematiky řízení o žalobě proti rozhodnutí správního orgánu lze předně vyjít z právní naukou tvrzeného předpokladu, že soudní ochrana nastupuje až tehdy, když jsou vyčerpány možnosti opravy nezákonného nebo vadného rozhodnutí cestou správní. Pro účastníka řízení má být zajištěna jasná a nekomplikovaná cesta k soudní ochraně.⁵ Zákon svěřuje zvláštní žalobní legitimaci nejvyššímu státnímu zástupci z toho důvodu, aby vlastním návrhem požadoval odstranění nezákonného rozhodnutí tam, kde pro to shledá závažný veřejný zájem. Oprávnění nejvyššího státního zástupce podávat žaloby k ochraně veřejného zájmu lze tedy chápat jako jeden z projevů kontroly státní správy. Nejvyšší státní zástupce tímto oprávněním participuje na vnější kontrole, která je zajišťována jinými subjekty než orgány státní správy, konkrétně soudy v rámci systému správního soudnictví. Zvláštní žalobní legitimace nejvyššího státního zástupce k ochraně veřejného zájmu přitom spadá do působnosti státního zastupitelství vymezené dle § 4 odst. 1 písm. c) zákona č. 283/1993 Sb., o státním zastupitelství. Státní zastupitelství zde působí v jiném než trestním řízení, tj. v řízení upraveném ve zvláštním právním předpise, v němž je účast státního zastupitelství připuštěna.^{6, 7}

⁴ Pazderka, S. Ochrana veřejného zájmu ve správním soudnictví. Právní rozhledy. 2001, č. 10. s. 477. ISSN 1210-6410.

⁵ Sládeček, V. Může „nové“ správní soudnictví nahradit Veřejného ochránce práv? Právní rozhledy, 2002, č. 8. s. 374. ISSN 1210-6410.

⁶ Podle § 4 odst. 1 zákona č. 283/1993 Sb. platí, že státní zastupitelství v rozsahu, za podmínek a způsobem stanoveným v zákoně: a) je orgánem veřejné žaloby v trestním řízení a plní další úkoly vyplývající z trestního řádu, b) vykonává dozor nad dodržováním právních předpisů v místech, kde se vykonává vazba, trest odnětí svobody, ochranné léčení, ochranná nebo ústavní výchova, a v jiných místech, kde je podle zákonného oprávnění

Zvláštní legitimace nejvyššího státního zástupce k ochraně veřejného zájmu je uplatňována ve správním soudnictví, v němž soudy poskytují ochranu subjektivním právům fyzických a právnických osob. Rozhodování o subjektivních právech soukromých je naproti tomu uskutečňováno v rámci obecného soudnictví, aplikace zvláštní žalobní legitimace nejvyššího státního zástupce zde v úvahu nepřipadá.

Pokud jde o vymezení podmínek podání žaloby k ochraně veřejného zájmu ve smyslu § 66 odst. 2 SŘS, esenciální podmínkou pro uplatnění této žaloby je existence závažného veřejného zájmu. Posouzení toho, zda je v předmětné věci veřejný zájem dán či nikoliv, přísluší nejvyššímu státnímu zástupci (soud není oprávněn tuto otázku přezkoumávat). Nejvyšší státní zástupce není omezen ani v tom směru, zda závažný veřejný zájem byl porušen v něčí prospěch nebo naopak v něčí neprospěch. V obou případech je nejvyšší státní zástupce oprávněn žalobu podat. Bude nutné posoudit, zda tu jsou skutečnosti, z nichž lze zmíněný závažný veřejný zájem dovodit. V této souvislosti poukážme na rozsudek Nejvyššího správního soudu ČR ze dne 23. 10. 2003, č. j. 2 As 11/2003 – 164 (publikovaný pod č. 232/2004 Sb. NSS), podle něhož je veřejný zájem pojmem, který není právním řádem České republiky výslovně obsahově vymezen, nicméně který se vyskytuje v celé řadě právních předpisů. Jde o tzv. neurčitý právní pojem. Podle názoru Nejvyššího správního soudu zahrnují neurčité právní pojmy jevy nebo skutečnosti, které nelze s úspěchem zcela přesně právně definovat. Jejich obsah a rozsah se může měnit, často bývá podmíněn časem a místem aplikace normy. Zákonodárce tak vytváří správnímu orgánu prostor, aby posoudil, zda konkrétní případ patří do rozsahu neurčitého pojmu či nikoli. K výkladu veřejného zájmu se vyjádřil také Ústavní soud ČR; z nálezu ze dne 28. března 1996, sp. zn. I. ÚS 198/95, vyplývá, že ne každý kolektivní zájem lze označit jako veřejný zájem společnosti [...] pojem „veřejný zájem“ je třeba chápat jako takový zájem, který by bylo možno označit za obecný či obecně prospěšný zájem. Ústavní soud přitom odkázal na publikaci od F. A. Hayeka „Právo, zákonodárství a svoboda“, II. díl, v níž tento autor uvádí, že se často mylně naznačuje, že všechny kolektivní zájmy jsou obecnými zájmy společnosti; avšak v mnoha případech může být uspokojování kolektivních zájmů jistých skupin s obecnými zájmy společnosti v naprostém rozporu. Nejvyšší státní zástupce tedy musí ve shora naznačených intencích posoudit, zda lze v dané věci shledat závažný veřejný zájem či nikoliv. Je nutné zjistit přítomnost závažného veřejného zájmu, tedy zájmu, který dosahuje po stránce kvalitativní vyšší intenzity. Shledání prostého veřejného zájmu tady nestačí, neboť zavážený veřejný zájem musí mít širší společenský dosah.

Pokud jde o další podmínky kladené na žalobu k ochraně veřejného zájmu, je nezbytné respektovat lhůtu pro podání žaloby podle § 72 odst. 2 SŘS. Žalobu může nejvyšší státní zástupce podat do tří let od právní moci rozhodnutí, nestanoví-li zvláštní zákon jinak, a nenabývá-li rozhodnutí právní moci, od doručení rozhodnutí posledního účastníku, který proti němu mohl žalobu podat sám. Není vyloučeno, že vedle žaloby k ochraně veřejného zájmu bude uplatněn i mimořádný opravný prostředek nebo dozorčí prostředek podle předpisů

omezována osobní svoboda, c) působí v jiném než trestním řízení, d) vykonává další úkoly, stanoví-li tak zvláštní zákon.

⁷ Za působnost státního zastupitelství ve vztahu k státní správě bývá považován i výkon dozoru nad dodržování právních předpisů v místech, kde se vykonává vazba, trest odnětí svobody, ochranné léčení, ochranná nebo ústavní výchova, a v jiných místech, kde je podle zákonného oprávnění omezována osobní svoboda; dříve také činnost Kolegia Nejvyššího státního zastupitelství na úseku ochrany utajovaných skutečností dle (tehdejšího) zákona č. 148/1998 Sb., viz § 7a zákona č. 283/1993 Sb., o státním zastupitelství, platný do 28. 2. 2006.

o řízení před správními orgány.⁸ Žaloba k ochraně veřejného zájmu by však byla nepřijatelná pokud by právní důvody v ní uvedené byly uplatněny v téže věci v jiné žalobě již soudem zamítnuté (§ 66 odst. 4 SŘS). Rovněž je nutné respektovat omezení ohledně nepřijatelnosti žalob ve smyslu § 68 SŘS. Zřejmě se nepoužije ustanovení, jež vyžaduje vyčerpání řádných opravných prostředků v řízení před správním orgánem [§ 68 písm. a) SŘS]. V opačném případě by totiž nejvyšší státní zástupce byl omezen v žalobní legitimaci k ochraně veřejného zájmu v důsledku pasivity účastníka správního řízení - nepodání opravného prostředku. Z povahy žaloby nejvyššího státního zástupce je dále evidentní, že nebude možné této žalobě přiznat odkladný účinek ve smyslu § 73 SŘS. V neposlední řadě platí, že každá tato žaloba nejvyššího státního zástupce musí splňovat jednak obecné náležitosti podle § 37 odst. 2, 3 SŘS, jednak zvláštní náležitosti podle § 71 SŘS.

3. NĚKTERÉ PRAKTICKÉ PROBLÉMY SPOJENÉ S PODÁVÁNÍM ŽALOB K OCHRANĚ VEŘEJNÉHO ZÁJMU NEJVYŠŠÍM STÁTNÍM ZÁSTUPCEM

Poznatky, které jsou využívány k podávání žalob nejvyššího státního zástupce k ochraně veřejného zájmu, jsou získávány vlastní činností Nejvyššího státního zastupitelství, a to prostředky dle zákona č. 283/1993 Sb., o státním zastupitelství. Zdrojem zmíněných poznatků může být řízení trestní, v praxi se totiž ukázalo jako velmi přínosné vytěžovat poznatky z výkonu trestní působnosti pro účely výkonu působnosti na úseku netrestním. Na druhou stranu je nutné připustit, že dosah prostředků svěřených státnímu zastupitelství nemůže pokrýt všechny relevantní oblasti. Důležité je proto i přezkoumávání podnětů od jiných institucí, např. od Veřejného ochránce práv. Podněty k uvedeným žalobám získává Nejvyšší státní zastupitelství také od občanských sdružení orientovaných na poskytování právní pomoci široké veřejnosti. Veřejnost těmto občanským sdružením poskytuje důvěru při sdělování informací z rozhodovací činnosti správních orgánů, nadto sama tato sdružení aktivně vyhledávají „problematické“ případy.

Na podkladě získaných podnětů provádí netrestní odbor Nejvyššího státního zastupitelství šetření ke zjištění podmínek pro podání žaloby k ochraně veřejného zájmu. Nejvíce jsou zastoupeny podněty z následujících oblastí rozhodovací činnosti správních orgánů: územní rozhodování, stavební řízení, celní řízení, rozhodování Úřadu pro hospodářskou soutěž, rozhodování z oblasti kultury, rozhodování kraje v přenesené působnosti o věcech dotýkajících základních lidských práv, daňové řízení. Význam podnětů od třetích subjektů spočívá mimo jiné v tom, že Nejvyšší státní zastupitelství nemůže provádět проверки u správních orgánů bez vztahu ke konkrétnímu případu.

Co se týče obsahu námitek uplatňovaných v podnětech, konstatujeme, že nezřídka směřují proti technické stránce věci, nebo vyjadřují nesouhlas s odborně technickým posouzením, jež bylo ve věci učiněno. Takové námítky podatelů ovšem Nejvyšší státní zastupitelství přezkoumávat nemůže, neboť jde o úkony, jež jsou vyloučeny ze soudního rozhodování ve správním soudnictví. V některých případech spočívají vytykané nedostatky v úkonech správních orgánů, která mají předběžnou povahu. Pro tyto předběžné rozhodnutí správních orgánů platí tzv. kompetenční výluky (viz shora), což znamená, že jsou vyloučeny ze soudního přezkoumávání. Rozhodnutími předběžné povahy je kupříkladu: zaujetí závazného stanoviska, rozhodnutí o předchozím souhlasu nebo tzv. podkladová rozhodnutí, tedy taková

⁸ Vopálka, V., Míkule, V., Šimůnková, V., Šolín, M. Soudní řád správní. Komentář. Praha: C. H. Beck, 2004, s. 159. ISBN 8071798649.

rozhodnutí, z nichž teprve vychází další rozhodnutí konečné povahy, jímž se teprve zasahuje do práv a povinností subjektu. Z judikatury se sice podává, že soud na základě žaloby přezkoumává konečné rozhodnutí správního orgánu, v rámci tohoto přezkoumá i zákonost dříve učiněného správního rozhodnutí, o něž se přezkoumávané rozhodnutí opírá, jestliže pro ně bylo dříve učiněné rozhodnutí závazné a není-li pro jeho přezkoumání stanoven zvláštní postup,⁹ domnívám se však, že volba takového postupu není správná. Správní orgán, který vydá rozhodnutí, jež lze formálně napadnout správní žalobou, se o tato rozhodnutí předběžné povahy opírá, presumpce správnosti předběžných rozhodnutí však brání v napadnutí konečného rozhodnutí ve věci. V praxi se dokonce setkáváme s tím, že se na Nejvyšší státní zastupitelství obrací stěžovatelé, kteří brojí proti rozhodnutím správních orgánů spadajících do režimu páté části zákona č. 99/1963 Sb., občanského soudního řádu. Správní žaloby lze však uplatnit toliko v rámci soudního řádu správního.

4. PŘEHLED VĚCÍ, V NICHŽ NEJVYŠŠÍ STÁTNÍ ZÁSTUPCE PODAL ŽALOBU NA OCHRANU VEŘEJNÉHO ZÁJMU

Žaloby podané nejvyšším státním zástupcem proti rozhodnutím správních orgánů podle § 66 odst. 2 SŘS lze hodnotit pozitivně, neboť téměř ve všech případech soudy těmto žalobám vyhověly. Vysoká úspěšnost uvedených žalob je dokladem toho, že zákonodárce správně legitimoval nejvyššího státního zástupce k jejich podávání. Nedochází k nadužívání či zneužívání tohoto institutu. Nejvyšší státní zastupitelství vždy přezkoumá důvodnost získaných podnětů, na základě zevrubného rozboru posoudí, zda je třeba žalobu uplatnit či nikoliv. Třebaže v souhrnu počet správních žalob nepřekročil číslo šestnáct, byly tyto žaloby podány proti správním rozhodnutím z nejrůznějších důvodů a z různorodých oblastí státní správy. Níže uvádím přehled věcí, v nichž nejvyšší státní zástupce podal žalobu k ochraně veřejného zájmu.

4 NZC 110/2003

V této věci byla žaloba podána proti rozhodnutí Krajského úřadu kraje Vysočina, odboru lesního a vodního hospodářství a zemědělství, vydaného v rámci odvolacího řízení. Rozhodnutím správního orgánu prvního stupně bylo vlastníci pozemku uloženo odstranit ze svého lesního pozemku dřevěnou maringotku a další věci. Důvody, pro které byla žaloba podána, spočívaly především v porušení § 47 odst. 3 tehdy platného správního řádu, když správní orgán neuvedl, jakými úvahami byl veden při hodnocení důkazů a při použití právních předpisů, na základě kterých rozhodl. Bylo tomu tak proto, že správní orgán prvního stupně nekonkretizoval, jakým způsobem věci, umístěné na zamokřeném pozemku bez lesního porostu, narušují funkce lesa. Odvolací orgán uvedené nedostatky neodstranil. Důsledkem v žalobě vytýkaného porušení procesních předpisů bylo omezení vlastnického práva způsobem nepředpokládaným zákonem. Došlo k porušení čl. 1 Dodatkového protokolu k Úmluvě o ochraně lidských práv a základních svobod a čl. 1 Listiny základních práv a svobod. Pravomocným rozsudkem Krajského soudu v Brně bylo žalobou napadené rozhodnutí zrušeno pro vady řízení a věc vrácena k dalšímu řízení žalovanému. Žalobě nejvyššího státního zástupce bylo tedy vyhověno.

1 NZC 551/2004

V předmětné věci směřovala žaloba proti územnímu rozhodnutí, kterým bylo prodlouženo rozhodnutí o umístění stavby bytových domů, rodinných domů, garáží, areálových

⁹ Rozhodnutí Vrchního soudu v Praze ze dne 30. prosince 1999, sp. zn. 6 A 41//97.

komunikací, atd., přestože obecně závazná vyhláška, na základě které bylo územní rozhodnutí vydáváno, byla mezitím zrušena jako nezákonná. O prodloužení platnosti bylo rozhodnuto po uplynutí zákonné lhůty. Krajský soud, který se neztotožnil ani s interpretací dosud zastávanou i v publikovaných komentářích ke stavebnímu zákonu, žalobu zamítl, ve věci nejvyšší státní zástupce podal kasační stížnost, o které soud dosud nerozhodl.

1 NZC 5502/2004

Žaloba v dané věci byla proti rozhodnutí Ministerstva kultury ČR, kterým bylo občanskému sdružení Dilia uděleno oprávnění k výkonu kolektivní správy majetkových práv autorů a jiných nositelů práv podle § 95 zákona č. 121/2000 Sb., o právu autorském, o právech souvisejících s právem autorským. Rozhodnutí bylo posouzeno jako zmatečné, nebylo v souladu s právními předpisy, zejména s novým autorským zákonem, který ukládal uvést do souladu dříve udělená oprávnění s platným právním stavem. Žalobě nejvyššího státního zástupce bylo vyhověno.

1 NZC 5507/2004

Žaloba byla podána proti kolaudačnímu rozhodnutí Magistrátu města Hradec Králové, odboru stavebního. Uvedený orgán povolil užívání prodejny uměleckých předmětů s barem (fakticky měla být stavba užívána jako restaurace s nočním provozem) v tzv. zóně nízkopodlažních bytových objektů. Učinil tak v rozporu s předpisy upravujícími stavebně technické požadavky na výstavbu, a rovněž za situace, kdy příslušné dodatečné stavební povolení bylo k žalobě souseda, pro nezákonnost, soudem zrušeno. Stavba byla užívána za základě žalobou napadeného kolaudačního rozhodnutí. Žalobě nejvyššího státního zástupce bylo vyhověno. Rozsudek správního soudu byl napaden kasační stížností, která byla rozsudkem Nejvyššího správního soudu ČR ze dne 5.11.2007, sp. zn. 8 As 27/2006, zamítnuta.

1 NZC 5508/2004

V předmětné věci byla žaloba podána proti rozhodnutí Finančního ředitelství v Brně, především pro porušení § 6 odst. 1 zákona č. 357/1992 Sb. (tehdy platného zákona o dani dědické, dani darovací a dani z převodu nemovitostí, ve znění platném ke dni 9. 5. 1997) a pro porušení § 2 odst. 1 a 7 zák. č. 337/1992 Sb., o správě daní a poplatků, ve znění pozdějších předpisů. Podstata nezákonnosti napadeného rozhodnutí spočívala v tom, že žalovaný nerespektoval spoluvlastníky projevenou vůlí, zachycenou písemnou formou dohody, zrušit a vypořádat podílové spoluvlastnictví. Považoval tuto dohodu za dohodu o směně spoluvlastnických podílů, ačkoliv spoluvlastníci neprojevili vůlí své podíly směniti, tedy poskytnout své spoluvlastnické podíly jako protiplnění za nabývané spoluvlastnické podíly na nemovitostech. Proti rozsudku Krajského soudu v Brně, jímž bylo správní žalobě vyhověno, byla podána kasační stížnost, která byla Nejvyšším správním soudem rozsudkem ze dne 30. 11. 2004, sp. zn. 5 Afs 20/2003, zamítnuta.

1 NZC 5509/2004

V této věci byla podaná správní žaloba Krajskému soudu v Praze, týkala se totožné právní problematiky i totožného porušení právních předpisů jako ve věci uvedené pod sp. zn. 1 NZC 5508/2004 (finanční úřady postupovaly v souladu s nesprávným metodickým pokynem Ministerstvem financí ČR). Obdobně jako v předchozí věci bylo Krajským soudem v Praze napadené rozhodnutí zrušeno a věc vrácena k dalšímu řízení. Žalobě nejvyššího státního zástupce bylo vyhověno.

1 NZC 5513/2004

V daném případě byla žaloba podána proti kolaudačnímu rozhodnutí Městského úřadu v Týništi nad Orlicí, odboru územního plánování - stavebního úřadu. Stalo se tak na základě poznatku získaného ze sdělovacích prostředků o tom, že orgány činnými v trestním řízení je šetřen postup vedoucí stavebního úřadu, která měla kolaudovat bytový dům v rozporu se skutečným stavem. Kolaudovaný dům měl podle kolaudačního rozhodnutí obsahovat dvacet bytů, ve skutečnosti však stavba byla realizována tak, že ve třech případech byly byty spojeny a v domě se nachází sedmnáct samostatných bytových jednotek. Státní dotace však byla čerpána na dvacet bytů. Přitom nájemcem jednoho ze spojených bytů je vedoucí stavebního úřadu, která stavbu nejen povolila, ale i kolaudovala. V žalobě bylo namítáno několik nedostatků v kolaudačním řízení, přičemž důraz byl kladen na to, že jsou pochybnosti o podjatosti správního orgánu, rozhodujícího ve věci, proto nemůže být napadené rozhodnutí perfektní. Žalobě bylo vyhověno. Proti vyhovujícímu rozsudku byla podána kasační stížnost, která byla usnesením Nejvyššího správního soudu ze dne 12. 10. 2006, sp. zn. 7 As 41/2006, zamítnuta.

1 NZC 5502/2005

Žaloba proti rozhodnutí Ministerstva kultury ČR, kterým bylo rozšířeno oprávnění k výkonu kolektivní správy práv, navazující na zrušené rozhodnutí - viz shora 1 NZC 5502/2004. Žalobě bylo vyhověno, napadené rozhodnutí Ministerstva kultury bylo rozsudkem Městského soudu v Praze ze dne 31. května 2006, sp.zn. 9 Ca 202/2005, zrušeno a věc vrácena žalovanému k dalšímu řízení. Rozsudek nabyl právní moci 8. 8. 2006. Proti rozsudku byla podána kasační stížnost, která byla Nejvyšším správním soudem odmítnuta.

1 NZC 501/2006

V této věci byla žaloba podána proti kolaudačnímu rozhodnutí Městského úřadu v Pohořelicích, stavebního úřadu, jímž bylo povoleno užívání výrobní haly s jeřábovou dráhou. Nejzávažnějším porušením právních předpisů ze strany stavebního úřadu byla skutečnost, že rozhodnutí o dodatečném povolení stavby nebylo oznámeno všem účastníkům řízení, nenabylo právní moci a žalovaný tedy v kolaudačním řízení posuzoval stavbu podle nepravomocného rozhodnutí o dodatečném povolení stavby. Rozhodnutí též nevycházelo ze spolehlivě zjištěného skutkového stavu, pokud jde o možné negativní dopady provozu stavby, zejména nadměrný hluk. Žalobě bylo vyhověno; rozsudkem Krajského soudu v Brně ze dne 23.dubna 2008, sp. zn. 29 Ca 60/2006, bylo rozhodnutí Městského úřadu Pohořelice, stavebního úřadu zrušeno a věc vrácena žalovanému k dalšímu řízení. Rozsudek nabyl právní moci 30.4.2008.

1 NZC 507/2006

V předmětné věci byla žaloba podána proti rozhodnutí Ministerstva obrany ČR, jímž byl zamítnut rozklad proti rozhodnutí téhož ministerstva o nevydání osvědčení o účasti žadatele na národním boji za osvobození podle § 8 odst. 2 zák. č. 255/1946 Sb. Napadené rozhodnutí neobsahovalo odkaz na důkazy ve věci provedené a důkazy v potřebném rozsahu nebyly obsaženy ani ve správním spisu, rozhodnutí bylo nepřezkoumatelné. V této věci nebylo dosud o správní žalobě rozhodnuto.

1 NZC 510/2007

Žaloba proti rozhodnutí Ministerstva životního prostředí o odvolání Jana a Libuše Pavlínkových proti rozhodnutí Krajského úřadu Zlínského kraje, odboru životního prostředí a zemědělství, kterým byl obchodní firmě Fe MARKET, s.r.o., udělen podle § 14 odst. 1 zákona o odpadech souhlas k provozování zařízení ke sběru, výkupu a využívání odpadů a souhlas s provozním řádem provozovny Skaštice. Ministerstvo napadeným rozhodnutím zamítlo pro nepřipustnost odvolání občanů obce (bezprostřední sousedé sběrný) proti rozhodnutí o udělení souhlasu, přestože jim mělo být přiznáno právo účastníků řízení. V souvislosti s provozem zařízení však docházelo ke kontaminaci pozemků a ohrožení životního prostředí a zdraví občanů, jak vyplývá ze znal. posudku a zjištění kontrolních orgánů. Soud dosud o žalobě nerozhodl.

1 NZC 5507/2007

V daném případě směřovala žaloba proti rozhodnutí stavebního úřadu o povolení dočasného užívání stavby, jednalo se o přízemní objekt ze dvou řad po šesti buňkách, v prostoru bývalého kamenolomu na deset let. Uvedené buňky byly postaveny jako zařízení staveniště patrně na základě stavebního povolení z r. 1980, to ovšem není doloženo, s tím, že v r. 1990 bylo vydáno rozhodnutí o prodloužení využívání dočasné stavby. V roce 2004 požádal stavebník o „rekolaudaci“ stavby. Stavba nevyhovuje hygienickým požadavkům na pracoviště s trvalým výkonem práce a nachází se v bezprostřední blízkosti parcely registrované jako významný krajinný prvek. Žalobě bylo vyhověno; napadené rozhodnutí Magistrátu města Hradec Králové bylo rozsudkem KS v Hradci Králové ze dne 31. ledna 2006, sp. zn. 30 Ca 32/2005, zrušeno a věc vrácena žalovanému k dalšímu řízení. Rozsudek nabyl právní moci 2.3.2006. Proti rozsudku byla podána kasační stížnost, která byla Nejvyšším správním soudem zamítnuta.

1 NZC 501/2008

Žaloba proti rozhodnutí Městského úřadu v Berouně o dopravním přestupku, jehož se měl dopustit řidič, který překročil povolenou rychlost v obci o 49 km/hod a byla mu uložena vedle pokuty 5000 Kč sankce zákazu činnosti, spočívající v zákazu řízení motorových vozidel patřící do řidičského oprávnění skupiny „A“ na dobu šesti měsíců, přestože přestupku se nedopustil při řízení motocyklu, ale při řízení osobního motorového vozidla Škoda Octavia. Správní orgány totiž nezákonně a ve prospěch provinivších se řidičů ukládá (mírnější) zákaz činnosti. Tato praxe, zjištěná Krajským státním zastupitelství v Praze, je zřejmě velmi rozšířená. Závažný veřejný zájem nespočívá v odstranění rozhodnutí, kterým byl shledán jediný konkrétní řidič motorového vozidla vinným přestupkem, ale v nezbytnosti změnit nezákonnou aplikaci právního předpisu orgány činnými v přestupkovém řízení v České republice. Žalobě bylo vyhověno; rozsudkem Krajského soudu v Praze ze dne 28. května 2008, sp. zn. 44 Ca 30/2008, bylo rozhodnutí Městského úřadu Beroun zrušeno a věc vrácena žalovanému k dalšímu řízení. Rozsudek nabyl právní moci dne 11. 6. 2008.

1 NZC 503/2008, 1 NZC 505/2008, 1 NZC 506/2008,

Ostatní uvedené žaloby se týkají dalších rozhodnutí Městského úřadu v Berouně o dopravních přestupcích, kdy správní orgán uložil kromě pokuty sankci zákazu řízení motorových vozidel, patřících do řidičského oprávnění skupiny A (motocykly s postranním vozíkem nebo bez něj), přestože přestupky byly spáchány při řízení jiného typu vozidla. Účelem trestu zákazu činnosti je především zabránit přestupci v dalším páčání přestupku a výchovně ovlivnit přestupce i jiné občany; činnost, kterou lze zakázat, musí být v bezprostřední souvislosti s přestupkem. Správním orgánem uložená sankce nemohla mít preventivní ani represivní

účinek. Dosud bylo rozhodnuto o žalobě vedené pod sp. zn. 1 NZC 505/2008; Krajský soud v Praze rozsudkem ze dne 16. září 2008, sp. zn. 44 Ca 38/2008, rozhodnutí Městského úřadu v Berouně zrušil a vrátil věc k dalšímu řízení. Zda rozhodnutí nabylo právní moci zatím nebylo zjištěno.

5. ZÁVĚR

Zvláštní žalobní legitimace nejvyššího státního zástupce k ochraně veřejného podle soudního řádu správního tvoří jednu z náplní působnosti státního zastupitelství v jiném než trestním řízení. Důvod vedoucí k zakotvení zmíněného oprávnění nejvyššího státního zástupce do právního řádu České republiky spočíval ve společenské potřebě umožnit reakci na nezákonnosti rozhodování správních orgánů, která je mimo dispozici účastníků původně vedeného správního řízení. Podávání správních žalob nejvyšším státním zástupcem umožňuje detekovat nezákonnosti v rozhodovací činnosti správních orgánů a ve svém důsledku vede k nápravě pochybení v konkrétních věcech. Z širšího hlediska podporuje i obecnou korekci praxi rozhodování správních orgánů. Institut zvláštní žalobní legitimace nejvyššího státního zastupitelství je třeba vnímat jako přínosný, v praxi se nevyskytují zásadnější problémy s jeho aplikací. Naopak se ukazuje, že tento institut je užíván střídavě a přitom důvodně – tedy tam, kde k porušování závažného veřejného zájmu opravdu dochází. Podněty k podávání správních žalob získává státní zastupitelství od institucí státu a občanských sdružení, což evidentně svědčí o projevu důvěry sdělit státnímu zastupitelství poznatky o nezákonnostech, které se vyskytují při rozhodování o veřejných subjektivních právech před správními orgány.

Literatura:

- Vopálka, V., Mikule, V., Šimůnková, V., Šolín, M. Soudní řád správní. Komentář. Praha: C. H. Beck, 2004, ISBN 8071798649.
- Hendrych, D. a kol. Správní právo. Obecná část. 6. vydání. Praha: C. H. Beck., 2006, ISBN 8071794422.
- Důvodová zpráva k soudnímu řádu správnímu, Poslanecká sněmovna ČR, 2001, tisk 1080.
- Pazderka, S. Ochrana veřejného zájmu ve správním soudnictví. Právní rozhledy. 2001, č. 10. ISSN 1210-6410.
- Sládeček, V. Může „nové“ správní soudnictví nahradit Veřejného ochránce práv? Právní rozhledy, 2002, č. 8. ISSN 1210-6410.
- Vopálka, V., Mikule, V., Šimůnková, V., Šolín, M. Soudní řád správní. Komentář. Praha: C. H. Beck, 2004, ISBN 8071798649.
- Rozhodnutí Vrchního soudu v Praze ze dne 30. prosince 1999, sp. zn. 6 A 41//97.

Kontaktní údaje na autora – email:

vesicka@nsz.brn.justice.cz

NEDOSTATKY ZJIŠTĚNÉ PŘI KONTROLE POVOLOVÁNÍ ČISTÍREN ODPADNÍCH VOD S PROJEKTOVANOU KAPACITOU NAD 2000 EKVIVALENTNÍCH OBYVATEL NEBO S TECHNOLOGICKÝM ZAŘÍZENÍM PRODUKUJÍCÍM ODPADNÍ VODY V MNOŽSTVÍ VĚTŠÍM NEŽ $50 \text{ m}^3 \cdot \text{DEN}^{-1}$ VODOPRÁVNÍMI ÚŘADY S OHLEDEM NA ZÁKONNOU ÚPRAVU NA ÚSEKU OCHRANY VNĚJŠÍHO OVZDUŠÍ V ČESKÉ REPUBLICCE

JOSEF ŽÁK, JOSEF ŠVELA, KAREL LÁBR

Ministerstvo životního prostředí, odbor výkonu státní správy VII, Česká republika

Abstrakt v rodném jazyce

Při kontrole procesu povolování čistíren odpadních vod s projektovanou kapacitou nad 2000 ekvivalentních obyvatel nebo s technologickým zařízením produkujícím odpadní vody v množství větším než $50 \text{ m}^3 \cdot \text{den}^{-1}$ obecnými stavebními úřady a vodoprávními úřady byly v České republice zjištěny nedostatky s ohledem na zákonnou úpravu na úseku ochrany vnějšího ovzduší.

Klíčová slova v rodném jazyce

Čistírny odpadních vod nad 2000 ekvivalentních obyvatel, technologické zařízení, správní delikt, pokuty, Česká inspekce životního prostředí, vodní zákon, zákon o ochraně ovzduší, nedostatky.

Abstract

In the Czech Republic, during supervision of the water management permission process of sewage treatment plants with projected capacities over 2000 equivalent inhabitants or with technology equipments producing sewage in quantities over 50 cubic metres per day some faults were discovered with regard to the Clear Air Act.

Key words

Sewage treatment plant over 2000 equivalent inhabitants, technology equipment, administrative tort, fines, the Czech Environmental Inspection, Water Act, Clear Air Act, faults.

V našem příspěvku bychom chtěli upozornit na problémy a nedostatky, které v současné době vznikají při povolování čistíren odpadních vod (dále jen ČOV) s projektovanou kapacitou nad 2000 ekvivalentních obyvatel (dále jen EO) nebo s technologickým zařízením produkujícím odpadní vody v množství větším než $50 \text{ m}^3 \cdot \text{den}^{-1}$ s ohledem na zákonnou úpravu na úseku ochrany vnějšího ovzduší.

Z provedených vrchních vodoprávních dozorů a z úřední praxe pracovníků odboru výkonu státní správy VII MŽP v Brně na celém úseku životního prostředí jsme zjistili, že obecné stavební úřady i speciální stavební úřady (vodoprávní úřady) v mnoha případech chybují v tom, že nevyžadují od žadatelů o výstavbu ČOV, aby předložili spolu se žádostí (mimo jiné závazné podklady) také jako závazný podklad pro územní řízení, stavební povolení ČOV a k uvedení stavby ČOV do trvalého či zkušebního provozu nezbytné souhlasy a povolení podle ust. § 17 odst. 1 zákona č. 86/2002 Sb., o ochraně ovzduší a o změně některých dalších zákonů (zákon o ochraně ovzduší), ve znění pozdějších předpisů. Týká se to ČOV spadajících pro účely zákona o ovzduší do kategorie tzv. středních zdrojů znečišťování.

Konkrétně tak velmi často nevyžadují obecné stavební úřady předložení závazného stanoviska pro územní řízení k umístění stavby ČOV a vodoprávní úřady povolení orgánu ochrany ovzduší vydané ve správním řízení ke stavebnímu povolení ČOV a k uvedení stavby ČOV jak do zkušebního tak i trvalého provozu. Tyto závazné podklady vydává místně a věcně příslušný orgán ochrany ovzduší, kterým je od 1.1.2003 místně příslušný krajský úřad (dle ust. § 48 odst. 1 písm. r) zákona o ochraně ovzduší). Ten je také ve smyslu ust. § 4 zákona č. 183/2006 Sb., o územním plánování a stavebním řádu (stavební zákon), ve znění pozdějších předpisů, dotčeným orgánem státní správy z hlediska ochrany vnějšího ovzduší, s nímž musí stavební úřady postupovat ve vzájemné součinnosti. Příslušný krajský úřad vydává shora uvedená závazná stanoviska a povolení s podmínkami ochrany vnějšího ovzduší na základě žádosti investora, provozovatele nebo projektanta spolu s dokumentací stavby ČOV podle citovaného § 17 zákona o ochraně ovzduší. Zde je nutno znovu upřesnit, že toto ustanovení se však netýká úplně všech povolených ČOV, ale pouze ČOV spadajících svou projektovanou kapacitou pro účely zákona o ovzduší do kategorie tzv. ostatních stacionárních středních zdrojů znečišťování vnějšího ovzduší.

Podle platných právních předpisů na úseku ochrany ovzduší se ostatními stacionárními středními zdroji znečišťování ovzduší stávají ČOV s projektovanou kapacitou pro více než 2000 EO. Je to podle ust. § 4 odst. 12 a § 55 odst. 1 zákona o ochraně ovzduší dáno bodem 6.9 části II. přílohy č. 1 k nařízení vlády č. 615/2006 Sb., o stanovení emisních limitů a dalších podmínek provozování ostatních stacionárních zdrojů znečišťování ovzduší. Do této kategorie spadají rovněž i zařízení ČOV určená pro provoz technologií produkujících odpadní vody nepřevoditelné na EO v množství vyšším než $50 \text{ m}^3 \cdot \text{den}^{-1}$ (např. dekontaminační stanice, chemické ČOV, čistírny průmyslových odpadních vod atd.). Nařízení vlády č. 615/2006 Sb. je účinné od 1.1.2007.

Podle vodního zákona se tato ustanovení zákona o ochraně ovzduší tedy týkají povolování ČOV jak u vodoprávních úřadů obcí s rozšířenou působností, tak i vodoprávních úřadů krajských úřadů (pro ČOV s kapacitou nad 10 000 EO).

Chtěli bychom připomenout, že obdobné povinnosti na úseku ochrany vnějšího ovzduší platily již za předchozího nařízení vlády č. 353/2002 Sb., kterým se stanovovaly emisní limity a další podmínky provozování ostatních stacionárních zdrojů znečišťování ovzduší, účinného od 2.7.2002 do 1.1.2007. Ve znění bodu 6.11. přílohy č. 1 tohoto předchozího nařízení vlády měla ČOV charakter středního zdroje znečišťování ovzduší již při projektované kapacitě 500 a více EO nebo při provozu technologií produkujících odpadní vody nepřevoditelné na EO v množství větším než $50 \text{ m}^3 \cdot \text{den}^{-1}$.

Dále musíme rovněž poznamenat, že i u stávajících ČOV při změnách využívání jejich technologického zařízení, při změnách surovin, druhů odpadu nebo paliv (kdy rozhodování o těchto změnách není spojováno se stavebním řízením) je rovněž legislativní povinností vyžádat si povolení orgánu ochrany ovzduší, a to podle ust. § 17 odst. 2 písm. f) zákona o ochraně ovzduší.

Co se stane v případě, pokud by stavební a vodoprávní úřady u stavby ČOV zahrnuté podle své kapacity do kategorie středních zdrojů znečišťování ovzduší nebo při změně takového zdroje stávajícího rozhodly ve věci bez závazných zákonných podkladů na úseku ochrany vnějšího ovzduší (tj. souhlasů nebo povolení podle ust. § 17 odst. 1 zákona o ochraně ovzduší)? Tento nesprávný úřední postup zapříčiní, že provozovatelům ČOV budou hrozit sankce od České inspekce životního prostředí podle ust. § 40 odst. 1 písm. b) zákona o ochraně ovzduší. Konkrétně:

- za chybějící závazné stanovisko pro územní řízení k umístění stavby podle § 17 odst. 1 písm. b) zákona o ochraně ovzduší pokuta ve výši od 20 000,-Kč až do 10 000 000,-Kč

- za provozování ČOV bez povolení orgánu ochrany ovzduší dle § 17 odst. 1 písm. c) zákona o ochraně ovzduší, včetně absence povolení ke změně u ČOV, rovněž pokuta od 20 000,-Kč až do 10 000 000,-Kč
- také za uvedení stavby ČOV do zkušebního či trvalého provozu bez povolení orgánu ochrany ovzduší dle § 17 odst. 1 písm. d) zákona o ochraně ovzduší pokuta od 20 000,-Kč až do 10 000 000,-Kč.

Přitom ve znění § 40 odst. 15 zákona o ochraně ovzduší se u jednoho provozovatele při souběhu porušení více povinností podle tohoto zákona pokuty za jednotlivá sankcionovaná porušení zákona sčítají.

Na závěr pro úplnost informace doplňujeme, že s provozem ČOV v kategorii ostatního stacionárního středního zdroje znečišťování ovzduší spojuje zákon o ochraně ovzduší také tyto další základní povinnosti:

- Podle ust. § 11 odst. 1 písm. a) zákona o ochraně ovzduší povinnost uvést do provozu a provozovat ČOV v souladu s podmínkami ochrany ovzduší uvedenými v povolení orgánu ochrany ovzduší. Podmínky povolení dotčeného orgánu z hlediska ochrany vnějšího ovzduší (krajského úřadu) se ve smyslu § 4 odst. 5 stavebního zákona stávají součástí výrokové části rozhodnutí stavebního úřadu.
- Podle ust. § 11 odst. 1 písm. b) zákona o ochraně ovzduší je povinností provozovatele dodržovat emisní limity. U ČOV jen v případě, kdy orgán ochrany ovzduší (příslušný krajský úřad) ve svém povolení dle § 17 odst. 1 zákona o ochraně ovzduší anebo dodatečně ve zdůvodněném případě správním rozhodnutím obecné emisní limity stanoví (§ 9 odst. 4 zákona o ochraně ovzduší).
- U ČOV není s výjimkou pachových látek dána povinnost měřit znečišťující látky (pokud nejsou orgánem ochrany ovzduší stanoveny obecné emisní limity). U pachových látek je však podle nové pachové vyhlášky č. 362/2006 Sb., o způsobu stanovení koncentrace pachových látek, přípustného obtěžování zápachem a způsobu jejich zjišťování, účinné od 1.8.2006, určena povinnost také pro čistírny městských odpadních vod s projektovanou kapacitou 2000 a více EO a pro čistírny průmyslových odpadních vod zpracovávající odpadní vody v množství větším než $50 \text{ m}^3 \cdot \text{den}^{-1}$ z procesů emitujících sulfan nebo amoniak nebo chlor zajistit měření koncentrací pachových látek autorizovanou měřicí skupinou. Toto měření musí být u stávajících ČOV (splňujících ze zákona o ochraně ovzduší parametry středního stacionárního zdroje znečišťování) zajištěno v termínu do 1. 8. 2009; jak ve znění § 2 odst. 1 vyhlášky č. 362/2006 Sb., určuje část C přílohy k této vyhlášce, vydané na základě zmocnění § 10 odst. 2 zákona o ochraně ovzduší.
- U nových ČOV a při změnách u stávajících ČOV, charakteru středního zdroje znečišťování ovzduší, je nezávisle na měření podle předchozího odstavce povinností zajistit ve znění § 2 odst. 2 uváděné vyhlášky autorizované měření koncentrace pachových látek u výše uvedených ČOV ve lhůtě tří měsíců ode dne:
 - daného ve výše uváděném povolení orgánu ochrany vnějšího ovzduší dle § 17 odst. 1 zákona o ochraně ovzduší,
 - změny u ČOV, kde bylo nutné povolení dle § 17 odst. 2 zákona o ochraně ovzduší,
 - zásahu do konstrukce ČOV nebo jejího vybavení, s vlivem na koncentraci pachů.
- Podle § 11 písm. e) zákona o ochraně ovzduší vede provozovatel ČOV průběžnou provozní evidenci, zpracovává a ohlašuje souhrnnou roční provozní evidenci příslušnému orgánu ochrany ovzduší ve smyslu § 22 vyhlášky č. 356/2002 Sb., kterou se stanoví

seznam znečišťujících látek, obecné emisní limity, způsob předávání zpráv a informací, zjišťování množství vypouštěných znečišťujících látek, tmavosti kouře, přípustné míry obtěžování zápachem a intenzity pachů, podmínky autorizace osob, požadavky na vedení provozní evidence zdrojů znečišťování ovzduší a podmínky jejich uplatňování, ve znění pozdějších předpisů. U středních zdrojů znečišťování ovzduší se souhrnná provozní evidence předkládá příslušné obci s rozšířenou působností, výhledově pak bude předkládána prostřednictvím centrální ohlašovny Ministerstva životního prostředí.

- Podle § 11 písm. t), ve vazbě na ustanovení § 5 odst. 7 a odst. 9 zákona o ochraně ovzduší, provozovatel ČOV zpracovává a realizuje plán snížení emisí pachových látek ve lhůtě a na dobu stanovenou orgánem ochrany ovzduší, jímž je příslušný krajský úřad (§ 48 odst. 1 písm. i) zákona o ochraně ovzduší.
- Podle § 11 odst. 2 zákona o ochraně ovzduší se provozovatelů ČOV s charakterem středního zdroje znečišťování ovzduší také týká povinnost vypracovat ve lhůtě stanovené krajským úřadem provozní řád ČOV z hlediska ochrany ovzduší a předložit jej ke schválení krajskému úřadu (včetně schvalování změn), jak stanoví § 4 odst. 2 nařízení vlády č. 615/2006 Sb.
- Podle § 19 odst. 8 zákona o ochraně ovzduší poplatky za znečišťování ovzduší nejsou u ČOV ukládány, pokud krajský úřad ve správním řízení nestanovil pro konkrétní ČOV obecné emisní limity.

ZÁVĚR

Do povědomí odborné veřejnosti a do správní praxe obecných stavebních úřadů a speciálních stavebních úřadů (vodoprávních úřadů) je nutno v současné době zavést pojem „střední stacionární zdroj znečišťování vnějšího ovzduší“ ve spojitosti s vybranými „vodními díly“ jako jsou ČOV s projektovanou kapacitou pro více než 2000 EO anebo technologická zařízení, určená pro provoz technologií produkujících odpadní vody nepřevoditelné na EO v množství větším než $50 \text{ m}^3 \cdot \text{den}^{-1}$.

Literatura:

- Hendrych D.: Správní právo – obecná část, Praha, C.H. BECK/SEVT, 1994, 359 str. ISBN 80-7049-069-1.
- Damohorský a kol.: Právo životního prostředí, Praha, C.H. BECK, 2003, 511 str. ISBN 80-7179-747-2.
- Pekárek a kol.: Právo životního prostředí – 2. díl, Masarykova univerzita, 2006, 379 str., ISBN 80-210-3978-7.

Kontaktní údaje na autora – email:

josef.zak@mzp.cz, josef.sevela@mzp.cz, karel.labr@mzp.cz

Sekce VIII.

Trestní právo

Trestní odpovědnost právnických osob

Section VIII.

Criminal Law

Criminal Liability of Legal Entities

PREČO NÁM TRESTNÍ ZODPOVEDNOSŤ PRÁVNICKÝCH OSÔB NAHÁŇA HRÔZU

EDUARD BURDA

Právnická fakulta, Univerzita Komenského v Bratislavě, Slovenská republika

Abstrakt v rodném jazyce

Autor sa v článku snaží zamyslieť nad príčinami dôvodov, ktoré vedú nielen odbornú, ale aj laickú verejnosť k rezervovanému až odmietavému postoju k trestnej zodpovednosti právnických osôb. Tiež naznačuje kroky, ktorými by sa mali uberať prípadné kodifikačné snahy trestnej zodpovednosti právnických, ak chcú viesť ku kvalitnému výsledku.

Klíčová slova v rodném jazyce

Trestná zodpovednosť, právnické osoby.

Abstract

In the paper the author tries to find the causes of reasons which lead academics, professionals and public to reserved even dissuasive approach to criminal liability of corporations. Also indicates possible steps and direction of codification endeavour in regard to criminal liability of corporations to reach high-quality outcomes.

Key words

Criminal liability, corporations.

Keď¹ som sa koncom roku 2004 dostal na Katedru trestného práva, kriminalistiky a kriminológie Právnickej fakulty Univerzity Komenského v Bratislave, rekodifikačné práce v oblasti trestného práva boli v plnom prúde, ako sa neskôr ukázalo, tesne pred „finišom“. Pre čerstvého absolventa práva, pre ktorého bolo trestné právo čistým dobrodružstvom, sa zrazu otvoril úžasný obzor nových poznatkov a názorov. Spomedzi všetkých tém, ktoré som v tom čase „nasával“ od svojich nových kolegov a o trošku neskôr i na konferenciách, sa mi jedna vryla výraznejšie, než ostatné. Trestná zodpovednosť právnických osôb.

Možno to bolo tým, že k trestnej zodpovednosti právnických osôb cítil každý potrebu sa vyjadriť, možno drobným faktom, že skoro každý ju odmietal. A možno tou okolnosťou, že keď na jar v roku 2005 prišiel do Národnej rady Slovenskej republiky vládny návrh nového Trestného zákona, plný nedostatkov (ktoré potvrdzuje nielen „záchranná“ novela Trestného zákona, zákon č. 650/2005 Z. z., ktorá nadobudla účinnosť súčasne s novým Trestným zákonom, ale s odstupom niekoľkých rokov aj aplikačná prax), tento musel byť stiahnutý, nie z dôvodu, aby sa dopracoval do kvalitnejšej verzie, ale aby z neho mohla byť vyoperovaná trestná zodpovednosť právnických osôb, pre jej zjavnú nepriechodnosť v parlamente. Následne, vo veľmi krátkom čase sa návrh nového Trestného zákona vrátil do parlamentu, s prevažnou väčšinou tých istých chýb, no už bez trestnej zodpovednosti právnických osôb. Poslanci boli spokojní, že dosiahli, čo zamýšľali, nuž nový Trestný zákon schválilo prakticky

¹ Príspevok bol vypracovaný v súvislosti s riešením grantu Univerzity Komenského č.236/2008 s názvom „Regulácia finančného trhu a jeho administratívno-právna a trestnoprávna ochrana – teoreticko-praktické aspekty slovenskej právnej úpravy v nadväznosti na právo ES a EÚ a jej komparácia s nemeckou právnou úpravou.“

celé politické spektrum (vyše 120 poslancov) a to vrátane politikov, ktorí kedysi boli trestnými právnikmi.

Vtedajší minister spravodlivosti Daniel Lipšic sa pokúsil „prepašovať“ trestnú zodpovednosť právnických osôb do trestnoprávneho systému ešte pomocou osobitného zákona, ktorý v podstate tvorila iba odstránená hlava Všeobecnej časti nového Trestného zákona. Tieto snahy boli opäť korunované neúspechom.

Pokiaľ viem, v Českej republike je situácia podobná.

V tom čase, ale i neskôr som si všimol ešte jednu vec. Ak je niekto odporcom trestnej zodpovednosti právnických osôb, zreteľne to prezentuje. Ale ak niekto trestnú zodpovednosť právnických osôb podporuje, väčšinou to formuluje veľmi opatrne, často sa dokonca snaží ponechať záver v rovine: aj by som bol za, lenže...

Celá táto situácia ma prinútila hlbšie sa zamyslieť nad príčinami, prečo je nechut' prevažnej časti odbornej verejnosti a takmer všetkých zákonodarcov k trestnej zodpovednosti právnických osôb taká veľká. Isteže, existuje dosť výsostne odborných argumentov, prečo trestnú zodpovednosť právnických osôb nezaviesť (napr. problém s konštrukciou vyvedenia zodpovednosti pokiaľ ide o zavinenie; existujú i určité argumenty, ktoré dôvodnia faktickými negatívnymi dôsledkami trestnej zodpovednosti právnických osôb, ako napríklad, že trestná zodpovednosť právnických osôb nepriamo postihuje aj práva a situáciu nevinných osôb, ako sú drobní akcionári či zamestnanci. Ak by sme pripustili takúto argumentáciu, potom nemôžeme do väzenia poslať sériového vraha, pretože je živiteľom rodiny. Zavedenie trestnej zodpovednosti právnických osôb síce môže so sebou prinášať isté faktické problémy, avšak je otázkou kvality právnej úpravy, do akej miery sa s nimi dokážeme vysporiadať.). Lenže presne toľko odborných argumentov hovorí v prospech zavedenia trestnej zodpovednosti právnických osôb (napr. nedostatočná úprava protiprávných konaní právnických osôb mimotrestnými právnymi normami).² Takže keď sa tieto dve skupiny argumentov navzájom vykrátia, zistíme, že riešenie môže byť systém trestného práva s trestnou zodpovednosťou právnických osôb alebo aj bez nej. A rozhodnutie opäť ostáva v rovine pocitov, osobných preferencií ľudí, ktorí môžu danú situáciu ovplyvniť, v lepšom prípade v rovine sociologických argumentov.

Prečo nám teda trestná zodpovednosť právnických osôb naháňa hrôzu? Alebo, prečo jej vo všeobecnosti nedôverujeme? Nasledujúce úvahy som sformuloval na základe mnohých rozhovorov s trestnoprávnymi odborníkmi i bežnými ľuďmi.

Prvou základnou príčinou odmietajúcou trestnú zodpovednosť právnických osôb je celková nedôvera v kvalitu právneho systému a jeho fungovanie a následná obava zo zneužitia trestnej zodpovednosti právnických osôb na poškodenie mena právnickej osoby, čo by sa následne mohlo prejaviť napríklad v konkurenčnom boji. Samozrejme, každý inštitút, akokoľvek dobre myslený, je zneužitelný. Vždy a všade. Závisí od konkrétnej spoločenskej situácie, do akej miery. A situácia na Slovensku i v Čechách, akokoľvek sa po prvých rokoch „divokého západu“ nastúpiaceho po „zamatovej“ revolúcii skonsolidovala,

² K argumentom pre a proti zavedeniu trestnej zodpovednosti právnických osôb pozri bližšie: Jelínek, J.: Trestní odpovědnost právnických osob. Praha: Linde Praha, ISBN 978-80-7201-633-9, s. 81 – 106; Klátík, J.: Trestná zodpovednosť právnických osôb – argumenty v prospech a proti jej zavedeniu. In: Obchodné právo, Ružomberok: Epos, r. VII., č. 4, 2006, s. 42 – 51.

stále nie je ideálna. Žijeme v situácii, kde súčasťou riešenia podnikateľských problémov a čisto súkromnoprávných vzťahov je folklór podávania trestných oznámení. Pritom na druhej strane orgány činné v trestnom konaní sa často snažia zložitejšiu ekonomickú kriminalitu, ktorej riešenie by bolo náročné či už časovo, finančne alebo vzhľadom na ich schopnosti, odsunúť len do roviny súkromnoprávných vzťahov. V dôsledku týchto dvoch protichodných trendov sa situácia ohľadne riešenia zložitejších majetkových a hospodárskych trestných činov stáva neprehľadnou a v praxi nepredpovedateľnou.

Stretol som sa napríklad s prípadom, kedy bolo vznesené obvinenie za trestný čin zvýhodňovanie veriteľa na konateľa spoločnosti s ručením obmedzeným, ktoré malo spočívať v tom, že konateľ za spoločnosť odvádza dane a odvody, platil mzdu zamestnancom a platil energie potrebné na chod podniku. Absolútny nezmysel. Na šťastie prokurátor po podaní sťažnosti toto uznesenie o vznesení obvinenia zrušil.

Z uvedeného príkladu vyplýva ďalšie riziko. Všetci sme sa už zrejme stretli s nejakým prekvapujúcim rozhodnutím orgánu verejnej moci, ktoré pri najlepšej vôli a značnej dávke odosobnenia sa, nezvládneme považovať za zákonné. Videl som napríklad prípad, kedy sa namietala absolútna neplatnosť zmluvy, pretože jej predmet bol neurčitý a neurčiteľný. Mala sa previesť pohľadávka v celkovej výslovne uvedenej hodnote 1.700.000 Sk na základe súhrnu nižšie uvedených faktúr. Lenže tie vo svojom súhrne tvorili hodnotu pohľadávky 1.300.000 Sk. Podľa súdu a to i odvolacieho, je predmet zmluvy určitý a preto nejde o absolútnu neplatnosť zmluvy.

Všetci dobre vieme, koľko vecí sa dá vybaviť cez známosti. A skoro každý má známosti. A skoro na všetko sa dá nahliadať z rôznych uhlov pohľadu. Odôvodníme aj nemožné a pri súčasnej diskutabilnej kvalite súdnych aj správnych rozhodnutí sa pri tom ani zväčša nezapotíme. Pokiaľ ide o spor, často sa žiaľ právo koncentruje do jednej nelichotivej zásady: „Silnejší vlk žerie“.

Preto nie je ťažké si predstaviť situáciu, že pri existencii trestnej zodpovednosti právnických osôb by si konkurent objednal u svojho známeho trestné stíhanie právnickej osoby, ktoré by ani nemuselo byť úspešne dovedené do konca. Stačilo by, že by prosto existovalo, čo by v prípade rozumne zvažujúceho obchodného partnera mohlo byť indikátorom nedôveryhodnosti právnickej osoby a podnetom napríklad k nadviazaniu spolupráce s konkurentom tejto právnickej osoby. Dnes možno totiž len ťažko predpokladať, ako by informácia o trestnom stíhaní právnickej osoby (i keď teoreticky existuje prezumpcia nevinny) zaučinkovala na ľudí v porovnaní s informáciou o trestnom stíhaní fyzickej osoby, trebárs konateľa. Zvlášť, keď si uvedomíme, že našimi známymi môžu byť aj novinári, prípadne že väčšina z nich nemá poriadne vzdelanie v oblasti, o ktorej píšú a informujú (najmä pokiaľ ide o veci práva a ekonomiky) a tiež, že sú nútení pracovať prirýchlo a teda dosť často i povrchno.

Za druhú základnú príčinu odmietania trestnej zodpovednosti právnických osôb považujem určitý konzervativizmus trestnoprávných odborníkov i poslancov, ktorí rozhodujú o možnosti zavedenia trestnej zodpovednosti právnických osôb a s ním spojený strach alebo povedzme opatrnosť z neznámeho. Sám na sebe, ako na mladom človeku, ktorý sa ešte stále formuje a určite sa má veľa čo učiť, si všimam, že v určitých názoroch (a to i odborných) som vyhranenejší a menej prístupný ich prehodnocovaniu, ako som bol napríklad pred troma rokmi. Súčasnú generáciu, ktorá formuje základné prúdy v trestnom práve, ale i majoritnú politickú generáciu, ktorá ich môže priviesť k legislatívnemu životu, môžeme smelo označiť za strednú až mierne staršiu. Je to pochopiteľné, veď takáto

generácia so svojimi skúsenosťami je vždy najpovolanejšia viesť spoločnosť. Na druhej strane je však nevyhnutné priznať, že práve takáto generácia, samozrejme zavádzajúca aj nové prvky, ale najmä tie, ktoré považovala za správne vo svojich mladších, revolučnejších časoch, je do značnej miery skeptická k zásadným novátorským úpravám. Isteže zmena a stabilita musia byť vyvážené, takže takýto prirodzený postoj strednej až mierne staršej generácie má svoje pozitíva.

Tretou základnou príčinou odmietania trestnej zodpovednosti právnických osôb je podľa mojej mienky samotná kvalita doterajších legislatívnych návrhov trestnej zodpovednosti právnických osôb. Dovolím si tvrdiť, že na Slovensku³ určite a v Čechách⁴ asi tiež doteraz nebol dostatočne kvalitný legislatívny návrh zavedenia trestnej zodpovednosti právnických osôb. Všetky v sebe zahŕňali „biele miesta“, ktoré nechávali priestor buď na bezradnosť orgánov aplikujúcich túto právnu úpravu, alebo dokonca na ich svojvôľu. Chýbali najmä dostatočné prepojenia na právo obchodných spoločností a na právnu úpravu iných právnických osôb, ako aj nezohľadnenie ekonomických a účtovných aspektov nevyhnutne súvisiacich s problematikou právnických osôb. Negatívny vrchol všetkých snáh o zohľadnenie trestnej zodpovednosti právnických osôb je v teraz pripravovanej, i keď v súčasnosti pozastavenej novele slovenského Trestného zákona, ktorá síce trestnú zodpovednosť právnických osôb nezavádza, v trestnom konaní však môžu byť právnickej osobe uložené sankcie, konkrétne ochranné opatrenia zhabanie peňažnej čiastky alebo zhabanie majetku.⁵ Takéto riešenie považujem za najhoršie, aké vôbec môže v uvedenej problematike nastať. Trestnú zodpovednosť právnických osôb síce nezavedieme, ale negatívne dôsledky s ňou súvisiace de facto áno. Pritom právnická osoba by mala v trestnom konaní postavenie zúčastnenej osoby, ktoré je určite slabšie než postavenie obvineného. Veď ochranné opatrenia v systéme sankcii slúžia ako doplnenie v tých situáciách, keď uloženie trestu buď nie je možné, alebo nie je účelné. Ak však zavádzame nový postih v rámci systému trestného práva, tentokrát postih právnických osôb, a ten sa dá urobiť formou kvalitne vymedzenej trestnej zodpovednosti a na ňu nadväzujúceho systému sankcii, mali by sme tak urobiť. Z navrhovanej minimalistickej koncepcie novely Trestného zákona mám pocit, akoby iba „zakrývala oči“ zahraničiu, že sa v uvedenej oblasti u nás niečo deje, ale vzhľadom k tomu, že ochranné opatrenia v prípade právnických osôb upravuje iba čiastkovo, bez bližšie ustanovených podmienok a bez potrebných väzieb na ďalšie právne odvetvia, skôr nabáda

³ Na Slovensku sa o trestnej zodpovednosti právnických osôb uvažuje už dlhší čas. K tomu bližšie pozri napr.: Čentéš, J. – Palkovič, J. – Štoffová, Z.: Trestná zodpovednosť právnických osôb. *Justičná revue*, r. 53, č. 4, 2001, s. 422 - 423.

⁴ K problematike vládneho návrhu zákona o trestnej zodpovednosti právnických osôb v Českej republike z roku 2004 pozri napr.: Rabinská, I.: Několik poznámek k zamítnutému vládnímu návrhu zákona o trestní odpovědnosti právnických osob a řízení proti nim. *Mílniky práva v stredoeurópskom priestore 2007: Zborník z medzinárodnej konferencie doktorandov a mladých vedeckých pracovníkov konanej v dňoch 16. – 18. 4. 2007 v priestoroch ÚZ NR SR Častá – Papiernička organizovanej Právnickou fakultou Univerzity Komenského v Bratislave pod záštitou dekana PraF UK v Bratislave doc. JUDr. Mariána Vrabka, CSc. – 1. vyd. – Bratislava: Univerzita Komenského v Bratislave, Právnická fakulta, Vydavateľské oddelenie, 2007, ISBN 978-80-7160-250-7 s. 673 – 674.*

⁵ K tejto problematike bližšie pozri napr. Trylč, M.: Právnické osoby v návrhu novely Trestného zákona. In: *Mílniky práva v stredoeurópskom priestore 2008: Zborník z medzinárodnej konferencie doktorandov a mladých vedeckých pracovníkov konanej v dňoch 3. – 5. 4. 2008 v priestoroch ÚZ NR SR Častá – Papiernička organizovanej Právnickou fakultou Univerzity Komenského v Bratislave pod záštitou dekana PraF UK v Bratislave doc. JUDr. Mariána Vrabka, CSc. – 1. vyd. – Bratislava: Univerzita Komenského v Bratislave, Právnická fakulta, Vydavateľské oddelenie, 2008, v tlači.*

orgány činné v trestnom konaní a súdy, aby tieto možnosti v praxi radšej nevyužívali, pretože s ich aplikáciou iba budú spojené ďalšie ťažkosti.

Preto sa radšej nehrajme na rôzne „obchvaty“, nemusí to dobre dopadnúť. Povedzme si rovno, trestnú zodpovednosť právnických osôb so všetkými dôsledkami áno alebo nie.

V uvedených základných troch príčinách vidím skutočné dôvody odmietania trestnej zodpovednosti právnických osôb v Čechách i na Slovensku. Môžete súhlasiť, nemusíte. Všetky ostatné odborné argumenty za i proti považujem za vysporiadanie sa s „technickými problémami“, ktoré nás rovnako spoľahlivo môže k zavedeniu trestnej zodpovednosti právnických osôb priviesť, i od nej odvieť.

Ak by sa predsa len mala zaviesť trestná zodpovednosť právnických osôb či už na Slovensku alebo v Čechách, aby bol výsledok skutočne kvalitný, malo by sa podľa môjho názoru urobiť toto. Musíme prestať s diskusiou, či trestnú zodpovednosť právnických osôb chceme, alebo nie, a keď sa už raz rozhodneme pre kladnú odpoveď, musíme sa už iba sústreďiť na otázku: Ako? Všetky doterajšie pokusy o jej zavedenie viedli k slabému výslednému efektu, pretože na jej prípravu bolo jednak málo času a jednak sa sústreďovala prevažne v rukách trestných právnikov, ktorí pri všetkej úcte (sám k nám patrí) vzhľadom na interdisciplinárnu právnu povahu i celkovú interdisciplinárnu povahu (najmä pokiaľ ide o ekonomiku a účtovníctvo, ale i sociológiu) nie sú túto problematiku schopní zvládnuť sami. Preto by bolo potrebné ustanoviť stálu širokú komisiu pre zavedenie trestnej zodpovednosti právnických osôb, ktorá by pracovala od základov po výsledok povedzme 8 až 10 rokov, stretávala by sa často a pravidelne ako celok i po jednotlivých častiach (závislých od vypracovania čiastkových úloh) a jej zasadnutia by neboli iba výlety, na ktorých sa ľudia vyrozprávajú, prípadne si následne spoločensky užijú, ako tomu dosť často býva pri pracovných komisiách každého druhu. Predsedom tejto komisie by mal byť trestný právnik, no ďalšími členmi by okrem trestných právnikov mali byť odborníci najmä na obchodné právo, občianske, správne a pracovné právo, právnici s medzinárodnými skúsenosťami s trestnou zodpovednosťou právnických osôb, ekonómovia, v rámci nich účtovníci, sociológovia a odborníci na verejnú správu. Až na základe takéhoto komplexného prístupu sa môžeme smelo odvážiť do pre nás zatiaľ neprebádaných vôd trestnej zodpovednosti právnických osôb. Ak to „odflákneme“, prax bude „pokrivkávať“ a nadávať.“

Záverom si dovoľím malú pripomienku. Keď niekto hovorí o trestnej zodpovednosti právnických osôb, akosi od neho očakávam, možno trochu naivne, že sa názorom prikloní na jednu alebo druhú stranu. Aby som nesklamal sám seba, hovorím: za predpokladu, že trestnú zodpovednosť právnických osôb pripravíme dostatočne kvalitne a komplexne, jednoznačne hovorím áno v prospech jej zavedenia. Keď sa ma spýtate: Prečo?, odpoviem len: Prečo nie?

Literatura:

- Čentěš, J. – Palkovič, J. – Štořfová, Z.: Trestná zodpovednosť právnických osôb. Justičná revue, r. 53, č. 4, 2001, s. 416 - 423.
- Jelínek, J.: Trestní odpovědnost právnických osob. Praha: Linde Praha, s. 270, ISBN 978-80-7201-633-9.
- Klátik, J.: Trestná zodpovednosť právnických osôb – argumenty v prospech a proti jej zavedeniu. In: Obchodné právo, Ružomberok: Epos, r. VII., č. 4, 2006, s. 42 – 51.

- Rabinská, I.: Několik poznámek k zamítnutému vládnímu návrhu zákona o trestní odpovědnosti právnických osob a řízení proti nim. Mílniky práva v stredoeurópskom priestore 2007: Zborník z medzinárodnej konferencie doktorandov a mladých vedeckých pracovníkov konanej v dňoch 16. – 18. 4. 2007 v priestoroch ÚZ NR SR Častá – Papiernička organizovanej Právnickou fakultou Univerzity Komenského v Bratislave pod záštitou dekana PraF UK v Bratislave doc. JUDr. Mariána Vrabka, CSc. – 1. vyd. – Bratislava: Univerzita Komenského v Bratislave, Právnická fakulta, Vydavateľské oddelenie, 2007, s. 669 – 676, ISBN 978-80-7160-250-7.
- Trylč, M.: Právnické osoby v návrhu novely Trestného zákona. In: Mílniky práva v stredoeurópskom priestore 2008: Zborník z medzinárodnej konferencie doktorandov a mladých vedeckých pracovníkov konanej v dňoch 3. – 5. 4. 2008 v priestoroch ÚZ NR SR Častá – Papiernička organizovanej Právnickou fakultou Univerzity Komenského v Bratislave pod záštitou dekana PraF UK v Bratislave doc. JUDr. Mariána Vrabka, CSc. – 1. vyd. – Bratislava: Univerzita Komenského v Bratislave, Právnická fakulta, Vydavateľské oddelenie, 2008, v tlači.

Kontaktní údaje na autora – email:
eduard.burda@flaw.uniba.sk

ÚVAHY O TRESTNEJ ZODPOVEDNOSTI PRÁVNICKÝCH OSÔB V TRESTNOM ZÁKONE

JOSEF ČENTÉŠ A ONDREJ PRIKRYL

Generálna prokuratúra SR, Právnická fakulta UK v Bratislavě, Slovenská republika; Okresná prokuratúra Nové Mesto nad Váhom, Právnická fakulta UK v Bratislave, Slovenská republika

Abstrakt v rodném jazyce

V príspevku je venovaná pozornosť úvahám o vybraných inštitútoch trestnej zodpovednosti právnických osôb ako napr. legislatívnym snahám o prijatie trestnej zodpovednosti právnických osôb v SR, postojom v ostatných štátoch pri riešení trestnej zodpovednosti právnických osôb, spôsobu jednotlivých legislatívno-právnych úprav, okruhu skutkových podstát trestných činov, za ktoré by právnické osoby mali byť trestne zodpovedné a pod. Cieľom príspevku je predovšetkým snaha o zaujatie stanoviska k opodstatnenosti tých názorov, ktoré existenciu trestnoprávnej zodpovednosti právnických osôb podporujú.

Klíčová slova v rodném jazyce

Trestná zodpovednosť právnických osôb, spôsoby legislatívno-právnych úprav, okruh skutkových podstát trestných činov, za ktoré by právnické osoby mali byť trestne zodpovedné.

Abstract

In the article, the attention is paid to some considerations on selected institutes of criminal liability of legal entities e.g. efforts made in the Slovak Republic in order to adopt criminal liability of legal entities, approaches and views in other countries with regard to solution of criminal liability of legal entities, methods of different legal regulations, range of bodies of crime for which legal entities should be criminally liable etc. Primarily, the effort to take position on substantiation of views supporting the legal and penal liability of legal entities is the objective of the article.

Key words

Criminal liability of legal entities, methods of different legal regulations, range of bodies of crime for which legal entities should be criminally liable.

1. ÚVOD

Problematika trestnej zodpovednosti právnických osôb patrí v kontexte úvah o implementácii tohto inštitútu do trestno-právnych noriem slovenského práva čoraz častejšie medzi diskutované otázky. V podmienkach slovenskej legislatívy by sme problematiku trestnej zodpovednosti právnických osôb jednoznačne zaradili medzi témy, na ktoré majú autori do veľkej miery rozdielne názory. Vychádzajúc zo skutočnosti, že Slovenská republika nemá legislatívne upravenú trestnú zodpovednosť právnických osôb, sú jednotlivé názory prevažne ovplyvnené z teoretického vnímania tohto inštitútu, pričom však na každý právny inštitút je treba nazeráť aj z pohľadu potrieb aplikačnej praxe. Týmto chceme zároveň zvýrazniť komplexnejší a interdisciplinárny pohľad na tak zásadnú až revolučnú zmenu, akou by trestná zodpovednosť právnických osôb v našom právnom prostredí bezpochyby bola.

Aj keď ide o tému vysoko aktuálnu, ktorej sa v poslednom období venuje viac pozornosti aj z pohľadu publikačnej činnosti, treba konštatovať, že ucelená monografia resp. vedecká štúdia

stále na našom trhu absentuje. V problematike trestnej zodpovednosti právnických osôb vystupujú do popredia viaceré témy - ako už bolo vyššie uvedené - ktorým by sme sa v tomto príspevku chceli venovať a na ktoré by sme chceli vysloviť vlastný názor. Samotná skutočnosť, že predmetná téma vyvoláva záujem o diskusiu, je vysoko pozitívna a prispieva k zvyšovaniu odbornej úrovne argumentov na zaujatie rôznych, častokrát protichodných stanovísk.

Zastávame názor, že to nie je len otázka samotnej existencie trestnej zodpovednosti právnických osôb, ktorá rezonuje v rámci odborných diskusií. Rovnako dôležité sú tiež otázky, ktoré naplňajú obsah týchto polemík. V tomto príspevku by sme teda chceli prezentovať názory nie len na samostatnú opodstatnenosť zavedenia trestnej zodpovednosti právnických osôb do právneho poriadku v SR, ale aj otázkam, ktoré s týmto procesom priamo súvisia. Ide o najmä otázky týkajúce sa:

- legislatívno-právnej úpravy,
- okruhu právnických osôb, ktoré by boli trestne zodpovedné a naopak, ktoré by boli z trestnej zodpovednosti vyňaté,
- riešenia trestnej zodpovednosti aj u právnych nástupcov právnických osôb,
- jednotlivých druhov a výšky sankcií, ktoré by bolo možné právnickej osobe uložiť,
- okruhu skutkových podstát trestných činov, za ktoré by právnické osoby boli trestne zodpovedné,
- možnosti súbehu trestnej zodpovednosti právnickej a fyzickej osoby,
- procesno-právneho postupu pri odhaľovaní trestnej činnosti páchanej právnickou osobou,
- personálnej a inštitucionálnej špecializácie na odhaľovanie a stíhanie trestnej zodpovednosti právnických osôb,
- výkonu konkrétnych trestov a ich následkov pre právnickú osobu a pod.

2. LEGISLATÍVNE SNAHY ZAMERANÉ NA PRIJATIE TRESTNEJ ZODPOVEDNOSTI PRÁVNICKÝCH OSÔB V SR

Ako sme už v úvode naznačili, otázka implementácie trestnej zodpovednosti právnických osôb do právneho poriadku SR sa stáva témou stále aktuálnejšou. Myšlienka zapracovania právnej úpravy trestnej zodpovednosti právnických osôb do trestných kódexov však nie je úplne nová. Toto konštatovanie vyplýva z faktu, že jedným zo základných cieľov rekodifikácie¹ trestného práva v SR bolo zaviesť trestnú zodpovednosť právnických osôb (na základe striktno vymedzených podmienok), ktorá by sa uplatňovala popri trestnej zodpovednosti fyzických osôb. Z dôvodovej správy k návrhu nového Trestného zákona vyplývalo, že: „So zreteľom na požiadavky vyplývajúce z práva EÚ, ako aj z medzinárodných zmlúv s prihliadnutím na nové tendencie v kontinentálnej úprave sa aj u nás zavádza trestná zodpovednosť právnických osôb“. V súvislosti s prácami na nových trestných kódexoch je potrebné s odstupom času uviesť, že zavedenie trestnej zodpovednosti právnických osôb

¹ Bližšie pozri legislatívny zámer, ktorý schválila Vláda SR uznesením č. 385 dňa 31.mája 2000.

v novom Trestnom zákone v SR sa stalo predmetom rozsiahlych odborných a politických diskusií, pričom Národná rada SR v druhom čítaní, ešte pred vzatím návrhu navrhovateľom späť (z iných dôvodov) trestnú zodpovednosť právnických osôb z návrhu nového Trestného zákona vypustila. Priebeh diskusií ako i legislatívne aktivity spôsobili, že ani pri opätovnom prejednaní nebola trestná zodpovednosť právnických osôb zavedená. Teda aj keď sa v návrhu nového Trestného zákona v rámci rekodifikácie trestného práva objavila alternatíva so zaradením trestnej zodpovednosti právnických osôb, v legislatívnom procese bola prijatá taká, ktorá trestnú zodpovednosť právnických osôb nezaviedla.²

Legislatívne snahy o zapracovanie trestnej zodpovednosti právnických osôb do slovenského právneho poriadku sa zopakovali aj v roku 2006. Do Národnej rady SR bol predložený poslanecký návrh osobitného právneho predpisu o trestnej zodpovednosti právnických osôb, ktorý však v legislatívnom procese nebol prijatý. Ani ďalší vládny návrh osobitného predpisu neprešiel legislatívnym procesom, pričom návrh zákona upravoval trestnú zodpovednosť právnických osôb podstatne zúženým spôsobom, pokiaľ ide o počet skutkových podstát trestných činov.. Tento návrh sa obmedzil prakticky len na tie skutkové podstaty, ktoré vyplývali pre Slovenskú republiku z (pohľadu) medzinárodných záväzkov. Zmenou oproti právnej úprave, ktorá bola navrhovaná v rámci rekodifikácie trestného práva, bolo odlišné legislatívne riešenie úpravy, keď zákon obsahoval ustanovenia hmotnej aj procesnej povahy, pričom zákon bol špeciálnym predpisom k Trestnému zákonu a Trestnému poriadku.

Postoj k zavedeniu prípadnej trestnej zodpovednosti právnických osôb je v SR aj dnes do veľkej miery naďalej rozporuplný. Niektorí autori považujú súčasnú právnu úpravu trestnej zodpovednosti za dostačujúcu, iní zastávajú ten právny názor, že súčasná právna úprava trestnej zodpovednosti nie je v tejto oblasti dostatočná a bolo by ju potrebné rozšíriť o trestnú zodpovednosť právnických osôb. Podľa nášho názoru treba diskutie o zavedení trestnej zodpovednosti právnických osôb vnímať vysoko pozitívne, pričom sa prikláňame k názoru tých autorov, ktorí zavedenie trestnej zodpovednosti právnických osôb podporujú z dôvodov, ktoré uvádzame ďalej.

3. ÚVAHY O IMPLEMENTÁCIÍ TRESTNEJ ZODPOVEDNOSTI PRÁVNICKÝCH OSÔB V PODMIENKACH SR

Je pravdou, že trestná zodpovednosť právnických osôb nemá na našom území také historické podklady a oporu,³ ako napríklad v anglosaskej právnej kultúre, zastávame však názor, že samotné konštatovanie absencie historického vývoja tohto právneho inštitútu na našom území nie je najšťastnejším a postačujúcim argumentom na jeho úplné odmietnutie.

Aj napriek tomu, že ide o nový právny inštitút, dochádza k určitým pozitívnym posunom v postojoch k zavedeniu trestnej zodpovednosti právnických osôb. Podľa nášho názoru (pozri ďalej európske štáty, ktoré zakomponovali trestnú zodpovednosť právnických osôb do národných právnych poriadkov) zmena prístupu k zavedeniu trestnej zodpovednosti právnických osôb v kontinentálnom právnom systéme priamo súvisí predovšetkým s rozsiahlym ekonomickým rozvojom, ktorý sa prejavil okrem pozitívnych vplyvov aj

² Bližšie k návrhu zavedenia trestnej zodpovednosti právnických osôb v návrhu nového Trestného zákona v Slovenskej republike pozri: Prikryl, O.: Nové jevy v hospodárskej kriminalite. Sborník z medzinárodnej konferencie konanej na právnické fakulte MU v Brně v únore 2005. s. 170-173.

³ Kontinentálna právna úprava trestnej zodpovednosti vychádza z rímskeho práva v tom zmysle, že právnické osoby nemôžu byť trestne zodpovedné.

negatívnym spôsobom v podobe rozsiahlej hospodárskej a ekonomickej trestnej činnosti. Ekonomický rozvoj regiónu a posilňovanie hospodárskych aktivít má popri pozitívnych črtách aj výrazné negatívne dopady, ktoré sa hlavne v posledných rokoch prejavujú vo zvýšenej miere v oblasti životného prostredia. S nárastom a rozšírením hospodárskej výroby sa čoraz častejšie otvárajú otázky účinnej ochrany hospodárskej súťaže. Mimoriadne nebezpečným javom v posledných rokoch je organizovaný zločin a jeho prenikanie do hospodárskych štruktúr. Podľa poznatkov z aplikačnej praxe sú hlavnými zdrojmi príjmu organizovaného zločinu hlavne obchodovanie s omamnými a psychotropnými látkami, zbraňami, ľuďmi, počítačová kriminalita, porušovanie autorských práv a pod.. Pokladáme za potrebné zdôrazniť, že predmetná trestná činnosť organizovaného zločinu je páchaná jednotlivcami alebo spolupáchateľmi, avšak vo väčšine prípadov v rámci organizačne veľmi zložitých štruktúr právnických osôb. Reálne odhalenie konkrétnych osôb v rámci týchto štruktúr je často temer nemožné. Množia sa prípady, keď sú naplnené všetky znaky skutkovej podstaty trestného činu (okrem subjektu), ale označiť konkrétneho páchatel'a je vzhľadom na zložitosť prepojenia organizačnej zložky alebo okolnosti prípadu prakticky vylúčené resp. značne náročné. Práve v týchto prípadoch, kedy nie je možné vyvodiť individuálnu trestnú zodpovednosť, by mohla nastúpiť trestná zodpovednosť právnických osôb ako účinný prostriedok na ochranu záujmov chránených Trestným zákonom. Pričom zdôrazňujeme, že trestná zodpovednosť právnickej osoby by v konečnom dôsledku nevyklúčovala trestnú zodpovednosť fyzickej osoby. Práve naopak, konečnou prioritou by naďalej bola úloha vyvodiť individuálnu zodpovednosť voči konkrétnej osobe. V prípade trestnej zodpovednosti právnických osôb by však išlo prakticky o objektívnu zodpovednosť za porušenie všeobecne záväzného právneho predpisu modifikovaného pohnútkou, pričom z pochopiteľných dôvodov subjektívnu stránku v podobe zavinenia nie je možné u právnickej osoby skúmať. Rozšírenie trestnej zodpovednosti na právnické osoby by však nemalo viesť ku kriminalizácii právnických osôb, na ktoré by sa trestná zodpovednosť vzťahovala, ale k naplneniu základného cieľa trestného práva, ktorým je účinne chrániť čo najširší okruh spoločenských vzťahov pred trestnými činmi.

4. POSTOJ OSTATNÝCH ŠTÁTOV K RIEŠENIU TRESTNEJ ZODPOVEDNOSTI PRÁVNICKÝCH OSÔB

Otázku spojenú s implementáciou trestnej zodpovednosti právnických osôb do trestného práva riešia osobitným spôsobom aj ostatné štáty, ktoré môžeme zaradiť do kontinentálnej právnej kultúry. Toto tvrdenie priamo vyplýva zo skutočnosti, že v rámci EÚ sú len tri štáty, ktoré nemajú zakomponovanú trestnú zodpovednosť právnických osôb do národných právnych úprav, sú nimi Česká republika, Slovenská republika a Nemecko.⁴ Zmena prístupu k zavedeniu trestnej zodpovednosti právnických osôb je podľa nášho názoru ovplyvnená predovšetkým z dôvodu rešpektovania medzinárodných záväzkov ako aj z dôvodu účinnej ochrany prostriedkami trestného práva, ktoré si aj vzhľadom na vplyv európskeho práva v mnohých krajinách ponecháva osobitný národný charakter. Zmena postoja k trestnej zodpovednosti právnických osôb v kontinentálnom právnom systéme je zrejma hlavne v posledných desaťročiach.⁵ Koncepcia trestnej zodpovednosti právnických osôb v kontinentálnej právnej kultúre je v jednotlivých štátoch do značnej miery odlišná. V rámci

⁴ Údaj uvedený ešte pred vstupom Bulharska a Rumunska do Európskej únie k 1.1.2007.

⁵ V posledných rokoch viaceré európske štáty zaviedli v odlišných podobách trestnú zodpovednosť aj pre právnické osoby. Takýmito štátmi sú napr. Holandské kráľovstvo (od roku 1976), Portugalská republika (od roku 1982), Francúzska republika (od roku 1994), Fínska republika (od roku 1995), Belgické kráľovstvo (od roku 1999), Slovinská republika (od roku 1999), Poľsko (od roku 2002), Rakúsko (2006).

kontinentálnej úpravy popísal Jiří Jelínek⁶ možné podoby trestnej zodpovednosti právnických osôb nasledovným spôsobom:

Pravá trestná zodpovednosť právnických osôb. Úprava trestnej zodpovednosti je obsiahnutá buď v Trestnom zákone (Francúzsko, Holandsko, Dánsko, Fínsko a iné štáty), alebo v osobitných zákonoch o trestnej zodpovednosti právnických osôb (Poľsko, Maďarsko, Slovinsko, Rakúsko a iné štáty). Právnickým osobám sú ukladané trestné sankcie v trestnom konaní. Konkrétna úprava sa pochopiteľne líši, pokiaľ ide o vymedzenie okruhu právnických osôb podliehajúcich trestnoprávnej sankcii, možnosti sankcionovania, ako aj o osobitný spôsob konania proti nim.

Nepravá trestná zodpovednosť právnických osôb. Táto právna úprava umožňuje uložiť právnickým osobám trestnoprávne sankcie, resp. kvázi trestné sankcie, i keď trestná zodpovednosť právnických osôb výslovne v Trestnom zákone upravená nie je. Tieto sankcie sa tiež nazývajú tresty. Ako príklad takéhoto modelu sa uvádza španielska právna úprava.

Iný spôsob regulácie protiprávnej činnosti právnických osôb, ktorý spĺňa kritériá umožňujúce, aby právnickým osobám boli ukladané „účinné, primerané a odstrašujúce sankcie“ v zmysle medzinárodných záväzkov a odporúčaní. Takýmto spôsobom môže byť administratívno-právne trestanie právnických osôb. Príkladom je nemecká právna úprava.

Je pochopiteľné, že každý štát (či už v anglosaskej alebo kontinentálnej právnej kultúre) má do značnej miery odlišnú právnu úpravu trestnej zodpovednosti právnických osôb vo svojom národnom právnom poriadku. Tieto odlišnosti sú samozrejme ovplyvnené mnohými faktormi, ktoré tvorili a formovali národné práva do dnešnej podoby. Pokladáme však za dôležité zdôrazniť, že nestačí len „prevziať“ jednu z právnych úprav trestnej zodpovednosti právnických osôb a následne zakomponovať tieto inštitúty do nášho právneho poriadku. Skutočnosť, že vybraný právny inštitút sa osvedčil a dobre funguje v jednom štáte, ešte nemusí byť, a veľmi často ani nie je dostatočnou zárukou, že sa dobre adaptuje aj v iných krajinách s podobnou právnou kultúrou. Na rozdielnosť aplikácie ustanovení o trestnej zodpovednosti právnických osôb v jednotlivých krajinách má vplyv veľké množstvo faktorov, ktoré môžu spôsobiť obmedzený účinok ba až neúčinnosť danej právnej úpravy. Tvorba legislatívnej podoby takejto úpravy by nemala byť výsledkom spontánnych rozhodnutí, ale premysleného a systematického procesu v komparácii s ostatnými právnymi odvetviami. Zároveň zastávame názor, že je povinnosťou štátu operatívne reagovať na pomerne nové formy trestnej činnosti a účinne chrániť všetky legitímne záujmy fyzických a právnických osôb.

Podľa nášho názoru by bol prvý model „pravej trestnej zodpovednosti právnických osôb“ v podmienkach SR pravdepodobne najúčinnější. Pri zavedení trestnej zodpovednosti právnických osôb a kvalitatívnom ako i kvantitatívnom personálnom posilnení orgánov, ktoré sa podieľajú na odhaľovaní trestnej činnosti právnických osôb, by sa podľa nášho názoru zrýchlil proces odhalenia tejto trestnej činnosti a účinnými prostriedkami trestných sankcií by sa zvýraznil princíp individuálnej a generálnej prevencie. Prikláňame sa k názorom tých autorov, ktorí tvrdia, že súčasné ustanovenia Trestného zákona ako i ostatných právnych odvetví (predovšetkým správneho a obchodného práva) nie sú v tejto oblasti dostatočne účinné. Trestné konanie pri naplnení skutkových podstát trestných činov by bolo efektívnejšie

⁶ Bližšie k trestnej zodpovednosti právnických osôb v republike pozri: Jelínek, J.: Trestní odpovědnost právnických osob. Linde Praha, a. s. str. 22.

ako prostriedky administratívneho práva, ktoré sa z pohľadu aplikačnej praxe už niekoľko rokov ukazujú ako nedostatočné a v procese výkonu jednotlivých rozhodnutí smerujúcich k právnickým osobám ako málo efektívne. Navyiac v rámci trestného konania proti právnickej osobe môže dôjsť k zisteniu konkrétneho páchatel'a trestného činu z radov fyzických osôb.

5. SPÔSOB LEGISLATÍVNO-PRÁVNEJ ÚPRAVY

Aj z pohľadu legislatívno-právnej úpravy existujú rôzne názory na spôsoby kodifikácie trestnej zodpovednosti právnických osôb do právneho poriadku jednotlivých štátov.

V právnych úpravách štátov existujú tie, ktoré majú inštitút trestnej zodpovednosti právnických osôb obsiahnutý v osobitnom právnom predpise ako napr. Slovinská republika, ktorá podrobnosti trestnej zodpovednosti právnických osôb upravila v zákone o trestnej zodpovednosti právnických osôb za trestné činy.⁷ Všeobecne možno uviesť, že v tomto zákone sú upravené hmotnoprávne aj procesnoprávne ustanovenia o trestnej zodpovednosti právnických osôb, čím sa reagovalo na osobitný charakter právnických osôb v porovnaní s fyzickými osobami.

Na druhej strane existujú štáty, ktoré /začlenili úpravu trestnej zodpovednosti právnických osôb priamo do Trestného zákona ako napr. Belgické kráľovstvo, ktoré predmetnú úpravu zakomponovalo do Trestného zákona v roku 1999.⁸

Z pohľadu legislatívnej úpravy existujú tiež štáty, ktoré majú zodpovednosť právnických osôb upravenú jednak v osobitnom právnom predpise, a tiež priamo v Trestnom zákone.

Návrh legislatívno-právnej úpravy trestnej zodpovednosti právnických osôb v rámci rekonštrukcie trestného práva bol koncipovaný na podobnom princípe ako ustanovenia o stíhaní mladistvých, pričom predmetná problematika mala byť upravená v samostatnej piatej hlave Všeobecnej časti Trestného zákona. Táto hlava mala upravovať jednak všeobecné ustanovenia a jednak ustanovenia o trestoch a ochranných opatreniach, ktoré by sa právnickej osobe mohli ukladať. Podobnosť právnej úpravy trestnej zodpovednosti právnických osôb s ustanoveniami o mladistvých bola v prepojení tejto hlavy na Všeobecnú časť Trestného zákona v podobe výkladového pravidla o špeciálnosti jej ustanovení v prípade absencie ustanovení na ustanovenia Všeobecnej časti Trestného zákona (princíp špeciality a subsidiarity). Vzhľadom k legislatívnej úprave by išlo teda o zapracovanie ustanovení priamo do Trestného zákona, pričom otázka trestnej zodpovednosti je prirodzene aj otázkou trestného práva procesného, a to napr. v súvislosti so spôsobom a rozsahom zastupovania právnickej osoby v trestnom konaní; miestnou príslušnosťou súdu, v prípade, v ktorom sa bude trestné stíhanie viesť (mal by to byť súd, v ktorého obvode má právnická osoba sídlo), prípady súbežného stíhania fyzickej a právnickej osoby, podávanie spoločnej obžaloby na fyzickú a právnickú osobu, vynesenie spoločného rozsudku, výkon jednotlivých druhov trestov a pod. Z vyššie uvedeného je zrejmé, že po legislatívnej stránke mala byť právna úprava trestnej zodpovednosti upravená priamo v Trestnom zákone ale aj v Trestnom poriadku.

⁷ Bližšie k trestnej zodpovednosti právnických osôb v slovinskom poriadku pozri: Čentěš, J., Palkovič, J., Štořfová, Z.: *Justičná revue*, 53,2001, č. 5, s. 572-576

⁸ Bližšie k trestnej zodpovednosti právnických osôb v Belgicku pozri: Čentěš, J., Palkovič, J., Štořfová, Z.: *Justičná revue*, 53,2001, č. 10, s. 990-999

Zastávame názor, že pre zvýraznenie osobitných vzťahov, ktoré sú pre trestnú zodpovednosť právnických osôb charakteristické a predovšetkým v záujme prehľadnosti právnej úpravy by bolo najvhodnejšie upraviť predmetnú problematiku do osobitného právneho predpisu, ktorý by komplexným spôsobom obsahoval hmotnoprávne ako i procesnoprávne inštitúty.

6. OKRUH TRESTNE ZODPOVEDNÝCH PRÁVNICKÝCH OSÔB

Taktiež názor na okruh právnických osôb, ktoré by mali byť trestne zodpovedné, je do značnej miery u (viacerých) autorov odlišný, pričom podľa nášho názoru by to mal byť čo najširší okruh právnických osôb. Trestná zodpovednosť právnických osôb by mala byť všeobecná z hľadiska subjektov, pričom by sa trestná zodpovednosť právnických osôb mala vzťahovať (za určitých podmienok) aj na právnych nástupcov (tak ako je to aj v iných krajinách), a to hlavne z dôvodu efektívnej ochrany spoločenských vzťahov. Z tejto všeobecnej trestnej zodpovednosti by mal byť však vyňatý štát, ako i štátne orgány vrátane Národnej banky Slovenska. Z trestnej zodpovednosti právnických osôb neboli vyňaté politické strany a hnutia, avšak týmto subjektom by nebolo možné uložiť niektoré tresty ukladané právnickým osobám, ako napr. trest zrušenia právnickej osoby, prepadnutia majetku a zákazu vymedzenej činnosti a ochranného opatrenia súdneho dohľadu nad činnosťou právnickej osoby. V súvislosti s trestnou zodpovednosťou právnickej osoby je žiaduce, aby bolo možné posudzovať súbeh trestnej zodpovednosti právnickej osoby a fyzickej osoby za ten istý trestný čin.

7. OKRUH SKUTKOVÝCH PODSTÁT TRESTNÝCH ČINOV, ZA KTORÉ BY PRÁVNICKÉ OSOBY MALI BYŤ TRESTNE ZODPOVEDNÉ

Pri trestnej zodpovednosti právnických osôb je dôležité presne definovať tie skutkové podstaty trestných činov, za ktoré môže byť právnická osoba trestne zodpovedná. Vychádzame zo skutočnosti, že nie všetky trestné činy právnická osoba môže reálne spáchať. Aj v návrhu nového Trestného zákona nebola stanovená všeobecná trestná zodpovednosť právnickej osoby za všetky trestné činy uvedené v Osobitnej časti Trestného zákona, ale došlo k taxatívnemu vymenovaniu trestných činov, za ktoré mohli byť trestne zodpovedné, pričom sa prihliadlo na požiadavky vyplývajúce z medzinárodných dokumentov a v nich uvedených protiprávných konaní. V návrhu bola zakotvená zásada, z ktorej vyplývalo, že taxatívne vymenované trestné činy sa vzťahovali na právnické osoby bez akejkoľvek úpravy skutkovej podstaty trestného činu rovnako ako na osoby fyzické, samozrejme s výnimkou absencie zavinenia. Návrh rekonštrukcie Trestného zákona vychádzal v podstate z objektívnej zodpovednosti, ktorá bola obmedzená tým, že o trestný čin spáchaný právnickou osobou pôjde v tom prípade, ak bude spáchaný v súvislosti s činnosťou právnickej osoby.

8. SANKCIE PRE PRÁVNICKÉ OSOBY

Prijatie myšlienky implementácie trestnej zodpovednosti právnických osôb predurčuje prispôbenie vplyvu penológie ako vedy o trestoch na trestanie právnických osôb. Problematika sankcionovania právnických osôb za ich protiprávne konanie je rovnako ako u fyzických osôb mimoriadne citlivou témou. Právnym následkom spáchaného trestného činu je aj u právnickej osoby uloženie sankcie v podobe trestu alebo ochranného opatrenia. Z povahy právnickej osoby je však zrejmé, že nie všetky tresty a ochranné opatrenia, ktoré môže uložiť súd fyzickej osobe, by mohol uložiť aj osobe právnickej. Preto je okruh druhov trestov v štátoch, ktoré majú zavedenú trestnú zodpovednosť právnických osôb, zvyčajne užší ako v prípade fyzických osôb. Zároveň možno uviesť, že právnickej osobe by sa mohli ukladať tresty, ktoré sa fyzickým osobám ukladať nemôžu. Taktiež účel trestu bude

u právnických osôb vzhľadom na právny status a okruh trestných činov, ktorých sa dopúšťajú, určitým spôsobom odlišný ako u účelu trestu u fyzických osôb. Aj návrh nového Trestného zákona v časti upravujúcej trestnú zodpovednosť právnických osôb venoval náležitú pozornosť osobitne problematike trestov. Podľa uvedeného návrhu sa právnickej osobe navrhovalo ukladať tieto tresty:

- peňažný trest (od 50 000 do 500 miliónov Sk),
- trest zrušenia právnickej osoby,
- trest prepadnutia majetku,
- trest prepadnutia veci,
- trest zákazu vymedzenej činnosti (na obdobie od 1 do 5 rokov),
- trest zákazu alebo obmedzenia prijímať verejné dotácie alebo subvencie,
- trest zákazu účasti na verejnom obstarávaní.⁹

Právnickej osobe by bolo možné ukladať okrem trestov aj ochranné opatrenia, čím by sa zachovala bipartícia sankcií rovnako ako u fyzických osôb:

- zhabanie veci,
- súdny dohľad nad činnosťou právnickej osoby.

Už z povahy jednotlivých trestov ako i ochranných opatrení je zrejmé, že ukladanie niektorých trestov popri sebe by bolo jednoducho vylúčené.

Súdny dohľad ako ochranné opatrenie by vykonával súdom poverený resp. určený splnomocnenec v období napr. jedného až piatich rokov. Cieľom súdneho dohľadu by bolo monitorovanie a kontrolovanie činností a následnej povinnosti podávať v pravidelných intervaloch písomné správy o činnosti takejto právnickej osoby.

Z pohľadu (vedy) trestného práva môžeme jednotlivé druhy sankcií ukladaných právnickým osobám rozdeliť na štyri základné kategórie:

- sankcie smerujúce proti reputácii právnických osôb (napr. trest zákazu alebo obmedzenia prijímať verejné dotácie alebo subvencie),
- sankcie postihujúce ich majetok (napr. trest prepadnutia majetku),
- sankcie smerujúce proti činnosti právnických osôb (napr. trest zákazu účasti na verejnom obstarávaní),
- sankcie postihujúce ich samotnú existenciu (napr. trest zrušenia právnickej osoby).¹⁰

⁹ Bližšie k problematike trestov pozri: Prikryl, O.: Nové jevy v hospodárskej kriminalitě. Sborník z medzinárodnej konferencie konanej na právnickej fakulte MU v Brně v únore 2005. s. 172-173.

Takéto delenie sankcií v dôsledku postihu právnických osôb treba chápať podľa nášho názoru v polohe teórie trestného práva resp. penológie, pretože v aplikačnej praxi sa jednotlivé sankcie navzájom prelínajú a v konečnom dôsledku majú omnoho širší dopad ako ten, ktorý prioritne definujú.

V súvislosti s trestaním právnických osôb vystupuje do popredia ďalšia dôležitá otázka, ktorá priamo súvisí s adresnosťou trestov t.j. s osobami, ktoré budú trestom postihnuté. Mnohí autori, ktorí nie sú zástancami trestnej zodpovednosti právnických osôb, ale aj právni teoretici namietajú, že to budú práve fyzické osoby (najčastejšie zamestnanci), ktorí v konečnom dôsledku budú musieť znášať následky za právnickú osobu. Zvýrazňujú zásadu personality trestu, podľa ktorej by mal trest podľa možností postihnúť výlučne len páchatel'a trestného činu. Táto zásada sa však nedá aplikovať absolútne, pretože aj pri ukladaní trestu fyzickej osobe prípadné negatívne vplyvy trestu postihujú okrem odsúdeného aj ostatné subjekty, ktoré s trestnou činnosťou nemajú absolútne nič spoločné. Súd napr. odsúdi páchatel'a trestného činu v cestnej doprave a uloží mu trest zákazu činnosti viesť motorové vozidlo na obdobie 2 rokov. Na pojednávaní bude obžalovaný argumentovať, že oprávnenie viesť motorové vozidlo potrebuje k výkonu svojho povolania a na zaopatrenie svojej rodiny (odvoz členov rodiny do zamestnania a detí do školy) - trestom teda budú postihnutí aj (ostatní) členovia rodiny, ale súčasne sa ochránia ostatní účastníci cestnej premávky pred nezodpovedným a ľahkomyselným správaním odsúdeného na cestných komunikáciách.

Tak ako nemá spoločnosť záujem na tom, aby po cestách viedli vozidlá nezodpovední vodiči, rovnako by nemala mať záujem, aby v hospodárskom živote za rovnakých podmienok existovali a podnikali právnické osoby, ktoré porušujú právne predpisy a svojím protiprávnym správaním ohrozujú činnosť či dokonca existenciu ostatných subjektov na trhu. Takejto právnickej osobe by mal byť uložený trest, pričom prioritne by sa mala sledovať ochrana ostatných právnických osôb, ktoré na trhu pôsobia v súlade s predpismi a zákony rešpektujú.

9. ZÁVER

Trestná zodpovednosť právnických osôb je v podmienkach slovenského trestného práva jednou z najviac diskutovaných tém súčasnosti. Existujú argumenty, prečo by trestná zodpovednosť právnických osôb v našom právnom poriadku nemala byť upravená a prinajmenej rovnaký počet argumentov, ktoré zavedenie trestnej zodpovednosti právnických osôb presadzujú.

Zámerom tohto príspevku bolo prezentovať naše úvahy a názory na jednotlivé inštitúty, ktoré s touto témou priamo súvisia. Právne poriadky štátov neexistujú izolovane a sú priamo ovplyvňované mnohými skutočnosťami, ktoré pôsobia na zmeny v chápaní jednotlivých inštitútov. Vzhľadom na komplexnosť problematiky trestnej zodpovednosti právnických osôb sme mohli vyjadriť svoj názor len na úzky okruh právnych vzťahov, ktoré s touto témou priamo súvisia.

Na záver si dovoľíme tvrdiť, že či sú názory na zavedenie trestnej zodpovednosti právnických osôb v jeho prospech alebo v neprospech, mali by v každom prípade mať spoločného menovateľa: efektívnu ochranu tých ľudí, ktorí zákony a právny poriadok dodržiavajú.

¹⁰ Bližšie k trestnej zodpovednosti právnických osôb v Belgicku pozri: Čentěš, J., Palkovič, J., Štoffová, Z.: Justičná revue, 53,2001, č. 10, s. 990-999.

Literatura:

- Čentěš, J., Palkovič, J., Štoffová, Z.: Justičná revue, 53,2001, č. 5, s. 572-576,
- Čentěš, J., Palkovič, J., Štoffová, Z.: Justičná revue, 53,2001, č. 10, s. 990-999,
- Jelínek, J.: Trestní odpovědnost právnických osob. Linde Praha, a. s. 2007.,
- Prikryl, O.: Nové jevy v hospodářské kriminalitě. Sborník z mezinárodní konference konané na právnické fakultě MU v Brně v únoru 2005, s. 170-173.

Kontaktní údaje na autora – email:

Jozef.Centes@genpro.gov; Ondrej.prikryl@gmail.com

NÁVRH ČESKÉHO ZÁKONA O TRESTNÍ ODPOVĚDNOSTI PRÁVNICKÝCH OSOB A ŘÍZENÍ PROTI NIM (2004)

JAROSLAV FENYK

Právnická fakulta, Masarykova univerzita, Česká republika

Abstrakt v rodném jazyce

Návrh zákona o trestní odpovědnosti právnických osob zpracovaný v roce 2003 – 2004 a předložený prostřednictvím Vlády Poslanecké sněmovně Parlamentu České republiky předpokládal zavedení pravé odpovědnosti vybraných právnických osob za jednání, která v případě osob fyzických označujeme jako trestné činy. Byl to první pokus o průlom do zásady individuální trestní odpovědnosti v českém trestním právu. Návrh obsahoval jednak hmotněprávní a jednak procesní řešení, které ve vztahu k trestnímu zákonu a trestnímu řádu bylo v postavení speciálního právního předpisu. Poslanecká sněmovna návrh v rámci prvního čtení zamítla.

Klíčová slova v rodném jazyce

Trestní odpovědnost, právnická osoba, individuální a kolektivní trestní odpovědnost, materiální a formální podmínka odpovědnosti právnické osoby, přičitatelnost, katalog trestných činů, zastupování právnické osoby, tresty a ochranná opatření pro právnické osoby.

Abstract

Draft Law on Criminal Liability of Legal Persons (2003 – 2004) was rejected by Chamber of Deputies of Parliament of the Czech Republic within the first round. It assumed real criminal liability of collectives for criminal behaviour. It was first attempt of implementation of responsibility of collectives in the Czech criminal law. Draft law comprised special criminal law and special procedure out of the Criminal Code and Criminal Procedure Code.

Key words

Criminal liability, legal person, individual and collective criminal liability, substantive and formal condition of criminal liability of legal person, accountability, list of criminal acts, representation of legal persons, sanctions and protective measures for legal persons.

1. TRADIČNÍ PŘÍSTUP K TRESTNÍ ODPOVĚDNOSTI PRÁVNICKÝCH OSOB

Ve 2. polovině 20. století se pod vlivem angloamerického práva postupně začínají prosazovat i v západní Evropě některé liberální přístupy k odpovědnosti právnických osob za jednání, která u osob fyzických jsou považována za trestné činy. Jde o formu kolektivní odpovědnosti.

Důvodem k zavádění této odpovědnosti (která jinak nachází pravidelného uplatnění především v právu správním) je snaha účinně postihnout konkrétní právnickou osobu, zejména za situace, kdy pro trestný čin není možno trestně stíhat a odsoudit osobu fyzickou nebo kdy by odpovědnost fyzické osoby nebyla z hlediska trestního práva dostačující. Určitý význam zde mají i procesní výhody, vyplývající z podrobně a důkladně upraveného trestního řízení oproti řízení správnímu, které tradičně odpovědnost právnických osob předpokládá.

Kontinentální trestní právo je založeno na individuální trestní odpovědnosti (*societas delinquere non potest*). Zejména v germánských a středoevropských státech uplatňované dogmatické učení o skutkové podstatě tak bývá oslabeno, resp. přizpůsobeno potřebě

odpovědnosti korporace, ovšem za podmínek, kdy původní dogmata ztrácejí svůj význam a dogmaty být přestávají.

V druhé polovině 20. století byla trestní odpovědnost právnických osob postupně zavedena v Nizozemsku (1976), v Norsku (1991), na Islandu (1993) a ve Francii (1994). V posledních několika letech se zejména vlivem mezinárodních organizací (Rada Evropy) nebo supranacionálního společenství – Evropské unie vyvíjí tlak na sankcionování právnických osob,¹ okruh se rozšířil na Finsko (1995), Dánsko (1996) a Belgie (1999), Slovinsko (1999) a Polsko (2002), Maďarsko (2001, resp. 2004), Bulharsko (2005), Rakousko (2005), Rumunsko (2006). Přípravné práce proběhly nebo probíhají na Slovensku, ve Švýcarsku, v Chorvatsku, a u nás.²

Oproti tomu tradiční zásada, podle které právnické osoby nepodléhají trestnímu právu, je uplatňována například v Německu, Itálii, Portugalsku, České republice, Slovensku a Řecku. Tyto státy ovšem disponují více či méně kvalitně zpracovaným systémem správního trestání, založeném na obdobných zásadách jako trestní právo. S jeho aplikací není spojeno morální stigma, resp. neplní často odplatnou funkci jako právo trestní.³

V kontinentálních podmínkách se rozlišují tři možné koncepce odpovědnosti právnických osob:

pravá trestní odpovědnost právnických osob, kdy je odpovědnost založeno přímo v trestním předpisu (Nizozemsko, Francie, Dánsko, Finsko, Slovinsko, Polsko, Maďarsko, Rakousko, atd.)

nepravá trestní odpovědnost právnických osob, kdy právní úprava umožňuje uložit právnické osobě trestněprávní sankci nebo sankci obdobnou sankci trestní, i když trestní odpovědnost právnických osob není předmětem trestněprávní úpravy (Španělsko)

správní trestání právnických osob (Německo, Itálie, Česká republika, Slovensko, atd.).⁴

Velmi zajímavým teoretickým projektem, jenž rovněž počítá se zavedením trestní odpovědnosti právnických osob, je společný projekt Evropské komise a Evropského parlamentu, označený jako Corpus Juris (1997 a 2000).⁵

¹ Srov. zejména II. Protokol k Evropské úmluvě o ochraně finančních zájmů Evropských společenství z r. 1997 nebo Úmluvu o boji proti podplácení zahraničních veřejných činitelů v mezinárodních podnikatelských transakcích z r. 1997 a řadu dalších mezinárodních dokumentů, zejména z oblasti boje proti poškozování životního prostředí, korupci, terorismu, obchodu s lidmi a sexuálnímu vykořisťování dětí, zločinným společením, hospodářské kriminalitě, poškozování spotřebitelů, proti organizovanému transnacionálnímu zločinu atd.

² Srov. též: Solnař, V., Fenyk, J., Císařová, D.: Základy trestní odpovědnosti, podstatně přepracované a doplněné vydání, Nakladatelství ORAC, Praha, 2004, str. 260.

³ Kavěna, M.: Trestní odpovědnost právnických osob ve vybraných státech EU, Praha, Parlament České republiky, Parlamentní institut, studie č. 5.270, 2007, s. 5 – 6.

⁴ Jelínek, J.: Trestní odpovědnost právnických osob, Linde Praha, 2007, str. 22.

⁵ Srov. M. Delmas-Marty, J. Vervaele, Corpus Juris 2000, český překlad J. Fenyk a S. Kloučková, Brno 2001 (čl. 13).

Kontinentální právní úprava byla postupně přijímána jednak z vlastní iniciativy jednotlivých států, ale také, zejména v posledních deseti letech, jako reakce na požadavky mezinárodních dokumentů⁶ nebo jako důsledek ovlivnění právem zemí common law.

⁶ Jde především o následující dokumenty mezinárodního práva veřejného :

1. Akty OSN, OECD a Rady Evropy

- Úmluva OECD o boji proti podplácení zahraničních veřejných činitelů v mezinárodních podnikatelských transakcích, Paříž, 17. 12. 1997 (č. 25/2000 Sb. m. s.)
- Úmluva OSN o potlačování a financování terorismu, New York, 9. 12. 1999 (č. 18/2006 Sb.m.s.)
- Úmluva OSN proti korupci, Mérida, 9. – 11. 12. 2003
- Úmluva OSN proti nadnárodnímu organizovanému zločinu, Palermo, 15. 11. 2000,
- Úmluva RE o trestněprávní ochraně životního prostředí, Štrasburk, 4. 11. 1998,
- Trestněprávní úmluva RE o korupci, Štrasburk, 27. 1. 1999 (č. 70/2002 Sb.m.s.),
- Úmluva RE o boji proti počítačové kriminalitě, Štrasburk, 1. 7. 2004,
- Úmluva RE o praní, vyhledávání, zadržování a konfiskaci výnosů ze zločinu, Štrasburk, 18. 12. 1995 (č.33/1997 Sb.)
- Úmluva RE o boji proti obchodování s lidmi, Štrasburk, 16. 5. 2005,
- Úmluva RE o financování terorismu, Štrasburk, 16. 5. 2005,
- Doporučení RE (77)28 o úloze trestního práva při ochraně životního prostředí,
- Doporučení RE (81)12 o hospodářské kriminalitě,
- Doporučení RE (82)15 o úloze práva při ochraně spotřebitelů,
- Doporučení Výboru ministrů RE (88)18 o odpovědnosti podniků a jiných právnických osob za delikty spáchané při výkonu jejich aktivit.

2. Akty ES/EU

- Druhý protokol k Úmluvě EU o ochraně finančních zájmů ES, 19. 6. 1997,
- Společná akce EU o potírání obchodování s lidmi a sexuálního vykořisťování dětí, 24. 2. 1997,
- Společná akce EU, kterou se stanoví, že účast na zločinném spolčení je v členských státech Evropské unie trestným činem, 21. 12. 1998,
- Společná akce EU o korupci v soukromém sektoru, 22. 12. 1998,
- Rámcové rozhodnutí o zvýšené ochraně trestními a jinými sankcemi proti padělání ve spojitosti se zaváděním eura, 29. 5. 2000,
- Rámcové rozhodnutí o potírání podvodů a padělání bezhotovostních platebních prostředků, 28. 5. 2001,
- Rámcové rozhodnutí o boji proti terorismu, 13. 6. 2002,
- Rámcové rozhodnutí o potírání obchodování s lidmi, 19. 7. 2002,
- Rámcové rozhodnutí o posílení trestního rámce prevence umožnění nezákonného vstupu, průvozu a pobytu, 28. 11. 2002,
- Rámcové rozhodnutí o boji proti korupci v soukromém sektoru, 22. 7. 2003,
- Rámcové rozhodnutí o konfiskaci výnosů a majetku z trestné činnosti a nástrojů trestné činnosti, 24. 2. 2005,
- Rámcové rozhodnutí o boji proti obchodování s lidmi, 19. 7. 2002,
- Rámcové rozhodnutí o boji proti pohlavnímu vykořisťování dětí a dětské pornografii, 22. 12. 2003,

Exkurs – některé vývojové trendy trestní odpovědnosti právnických osob⁷

strict liability a vicarious liability

Strict liability, resp. absolutní odpovědnost znamená, že právnická osoba je odpovědná za jednání, které má předvídatelný následek. Nevyžaduje se konkrétní forma zavinění. Právnické osobě se vlastně přičítá následek způsobený a zaviněný osobou fyzickou nebo osobami.

Vicarious liability (delegovaná odpovědnost) představuje určitou formu zpřesnění vztahu mezi shora uvedenou jednající fyzickou osobou a osobou právnickou a tak vzniká specifický odpovědnostní vztah daný strukturou právnické osoby. Půjde například o vztah vedoucího zaměstnance odpovědného za řízení a kontrolu (péče řádného hospodáře – due diligence system) a zaměstnance, který jedná v zájmu onoho vedoucího a přitom se dopustí protiprávního jednání. V takovém případě odpovídají za protiprávní jednání v trestněprávním slova smyslu jak vedoucí zaměstnanec, pokud je členem vedení právnické osoby, tak i konkrétní právnická osoba, které se jednání podřízeného zaměstnance, resp. vedoucího zaměstnance, přičítá.

doktrína alter ego (teorie osamostatnění)

Jde o samostatnou a na odpovědnosti fyzické osoby nezávislou formu odpovědnosti, která umožňuje trestní odpovědnost právnické osoby za určité nejzávažnější kategorie trestných činů (podvody, zpronevěry, korupce, usmrcení z nedbalosti, atd.).

V tomto případě je podmínkou trestní odpovědnosti konkrétní forma zavinění tvořená vědomostní a volní složkou. Jednání se na rozdíl od modelu ad 1 přičítá právnické osobě přímo. Přesto určitá závislost na jednání fyzických osob i u tohoto modelu přetrvává, a to v podobě odpovědnosti za jednání vedoucích pracovníků, kteří mají řídicí a kontrolní pravomoci (péče řádného hospodáře – due diligence system). V tomto případě tedy půjde spíše o osamostatnění odpovědnosti v podobě samostatné sankce a nezávislého řízení vedeného proti právnické a fyzické osobě než o skutečnou nezávislost z hlediska trestní odpovědnosti.

agregace (teorie kolektivního vědomí)

Teorie agregace odráží způsob, kterým vzniká rozhodnutí konkrétní právnické osoby. Podstatou této formy odpovědnosti je názor, podle kterého při rozhodnutí právnické osoby, které je důsledkem projevu vůle více fyzických osob, je vytvářeno tzv. kolektivní vědomí, u něhož se předpokládá, že se váže k určitému konkrétnímu předvídatelnému následku. Podmínkou ovšem je, aby takové rozhodnutí bylo učiněno osobami, které mají opět podobně jako u předchozích teorií příslušné řídicí a kontrolní pravomoci (péče řádného hospodáře – due diligence system – responsible officers).

-
- Rámcové rozhodnutí, kterým se stanoví minimální ustanovení týkající se znaků skutkové podstaty trestných činů a sankcí v oblasti nedovoleného obchodu s drogami, 25. 10. 2004,
 - Rámcové rozhodnutí k posílení rámce trestního práva pro boj proti znečištění z lodí, 12. 7. 2005.

⁷ Kratochvíl, V. a kol. : Trestní právo hmotné, rukopis pro nakladatelství C.H. Beck, Brno, 2008.

moderní holistické teorie

Mezi moderní holistické teorie náleží především teorie systémové, které jsou představovány v podobě buď organizační nebo kulturní. Jejich typickým znakem ovšem je, že nevycházejí pouze z angloamerických kořenů, ale v některých případech obsahují prvky typické například pro francouzskou právní úpravu. Podstatou těchto teorií je, že se vychází ze schématu rozhodovacího procesu uvnitř konkrétní právnické osoby. Organizační prvek se projevuje tak, že konkrétní rozhodující a protiprávního jednání se dopouštějící fyzická osoba je součástí korporátní organizace. Proto je vyžadována určitá forma zavinění a vina je přičítána právnické osobě v případě, kdy právnická osoba (jednání vrcholného vedení nebo širší skupiny vyšších vedoucích pracovníků) konkludentně nebo výslovně uložila, povolila nebo tolerovala jednání vedoucí ke spáchání trestného činu.¹

Zvláštní forma odpovědnosti tohoto druhu je případ, kdy je tato vyvozována na idejích tzv. korporátní kultury, jejíž povaha je určována stanovisky, směry, zásadami, postupy, tedy celkovou praxí, která je uplatňována v rámci právnické osoby, kterou byl čin spáchán. Taková pravidla nemusí být vyjádřena ani v písemné podobě, ale postačí, když jsou fakticky uplatňována.

2. NÁVRH ČESKÉHO ZÁKONA

2.1 ÚVOD

Rekodifikační komise při Ministerstvu spravedlnosti pro přípravu nového trestního zákona reagovala v r. 2003 na požadavek vládního záměru rekodifikace vypracováním návrhu zákona o trestní odpovědnosti právnických osob a řízení proti nim.⁸ Tak měl vzniknout tzv. vedlejší trestní zákon, předpis speciální ve vztahu k trestnímu zákonu a trestnímu řádu.

Motivů pro zavedení trestní odpovědnosti právnických osob byla podle návrhu celá řada. Kromě nebo vedle shora uvedených argumentů to byla především snaha postihnout konkrétní právnickou osobu zejména za situace, kdy pro trestný čin nebylo možno trestně stíhat a případně odsoudit (známou nebo neznámou) osobu fyzickou.

Za další argument byly považovány rozvíjející se nové druhy protispolečenského jednání, v němž mají rozhodující postavení mocné právnické osoby. Jednotliví pachatelé používají stále sofistikovanější metody, umožňující trestní spravedlnosti uniknout. Navíc postih jediné osoby (a to mnohdy nikoli vůdčí) nemá zpravidla takový odstrašující vliv, jako postih osoby kolektivní. Zavedení trestní odpovědnosti právnických osob v našem právním řádu by mělo být výrazem toho, že právní řád musí umožnit účinné sankcionování nejzávažnějších, vybraných protiprávních jednání korporací, které ovlivňují a kontrolují většinu oblastí života společnosti a kde prostředky správního trestání zatím z různých důvodů selhávaly.⁹

Bez povšimnutí není možno ponechat ani to, že řízení probíhající podle trestního procesního předpisu umožňuje vůči právnické osobě použít donucovací a jiná opatření, která nejsou ve

⁸ Král, V.: K trestní odpovědnosti právnických osob – východiska, obsah a systematika zákonné úpravy, *Trestněprávní revue* č. 4/2002, str. 222n. Zpracovateli návrhu zákona byli především J. Fenyk a P. Šámal.

⁹ Srov. radikální názory J.-F. Renucciho in *Droit pénal économique*, Armand Colin, Paris 1995, str. 5, který považuje souběžné trestní stíhání právnických a fyzických osob za hospodářské trestné činy za „nezbytný trestní pohotový protiúder“ (ripost pénal nécessaire).

správním řízení známa nebo přípustná (prohlídky různých druhů prostor, zajištění věcí, nasazení agenta, záznamy a odposlechy telefonních hovorů atd.) s dopady do procesní přípustnosti výsledků těchto opatření v řízení před soudem.

Trestní právo má být prostředkem ultima ratio, protože způsobuje citelné újmy na právech jednotlivců (zejm. omezení osobní svobody) a na druhé straně nesmí být nástrojem nepřiměřeného porušování lidských práv a základních svobod. A také proto je právní úprava v oblasti trestního práva jednou z nejvíce propracovaných a zaručuje právo právnické osoby na spravedlivý proces v obdobném rozsahu, jako je tomu u osoby fyzických.

Systém správního trestání v České republice s kriminální spravedlností nelze zpravidla srovnávat. Správní odpovědnost je zde vytvářena stovkami odlišně koncipovaných norem mnohdy kombinujících procesní a hmotné právo. Záruky práva na spravedlivý správní proces ani zdaleka neodpovídají zárukám v řízení trestním.¹⁰ To se týká jak procesních záruk, tak i základů trestní odpovědnosti a v mnohém i sankcí. Kromě toho, že patrně nelze v dohledné době provést revize nebo sjednocující úpravy správního trestání tak, aby odpovídalo účinnosti kriminálního postihu, tak tyto pokusy o „zkvalitňování“ správního trestání v naznačeném směru by mohly vést k potížím. Hlasy, které požadují, aby tedy správní trestání bylo ovládáno (formalizováno) stejně náročnými principy jako trestní právo hmotné a procesní zřejmě nebude možno vyslyšet. Zformalizováním správního práva a zpřesněním podmínek správního trestání právnických osob (kde zatím přetrvává koncepce objektivní odpovědnosti), bychom dospěli k čemusi, co Francouz M. Walline již v r. 1963 označil za „pseudo- trestní právo.“¹¹ Navíc se domnívám, že samotný smysl trestního a správního práva je zcela jiný (např. v prvním případě jde o převahu soudní represe, ve druhém pak jde o zjednodušené trestání, vyslovené jinými než justičními orgány¹², atd.). Směšování obou systémů, byť by šlo jen o oblast trestání, není možné.

Při projednávání návrhu zákona v rekodifikační komisi se podle očekávání objevila celá řada stanovisek na způsob řešení trestní odpovědnosti. Od názorů, které argumentovaly dostatečnou úpravou v řízení správním a které navrhovaly provedení revize všech správních předpisů a teprve pak zvážení možné trestní odpovědnosti, až po nejradikálnější, požadující zavedení úplné, zvláštní trestněprávní úpravy pro právnické osoby, na dosavadních předpisech nezávislé.

Nakonec převážila verze, podle které by odpovědnost měla být provedena ve zvláštním zákoně, jenž ovšem nestanoví kompletní úpravu a upravuje jen ty prvky odpovědnosti, nebo ty procesní předpisy, které s ohledem na povahu právnických osob v obecných trestněprávních předpisech (zejm. trestní zákon a trestní řád) upraveny být nemohou.

2.2 OBLAST TRESTNÍHO PRÁVA HMOTNÉHO

Ve výsledku činnosti rekodifikační komise se zrcadlí několik kompromisních řešení.

¹⁰ Zejm. čl. 5-6 Evropské úmluvy o ochraně lidských práv a základních svobod, nebo čl. 48-50 Charta základních práv a svobod EU, která má z hlediska svého obsahu také zavazující význam (srov. Píkna, B.: Evropská unie, vnitřní a vnější bezpečnost a ochrana základních práv, Linde Praha 2002, str. 161n.).

¹¹ Walline, M.: *Traité de droit administratif*, 9.éd., Sirey Paris 1963, str.16.

¹² Conseil d'État: *Les pouvoirs de l'administration dans le domaine de sanctions*, La documentation Française, 1995: „Administrativní sankce je výsledkem jednostranného rozhodnutí vydané správním orgánem při výkonu veřejné moci.“

Trestní odpovědnost právnických osob měla formálně zakotvena v návrhu nového trestního zákoníku (§ 12 odst. 2, 3), obsahující kolizní ustanovení, upřesňujícím vztah obou právních úprav.

Návrh vycházel především z úpravy slovinské, ale přihlížel i francouzské a nizozemské úpravě a neponechal bez povšimnutí projekt Evropské komise a Evropského parlamentu Corpus Juris 2000, jako odraz kompromisního řešení založeného na harmonizaci právních řádů členských států EU. Návrh kombinoval některé užívané modely (strict liability, vicarious liability a přístup alter ego) a přizpůsobil je podmínkám českého právního řádu.

Na francouzském modelu trestní odpovědnosti právnických osob jsme se přesvědčili, jak důležitá je správná a pokud možno přesná definice právnické osoby, podléhající trestní odpovědnosti.¹³ Rekodifikační komise dospěla k závěru, že není možné, aby všechny právnické osoby podléhaly trestní odpovědnosti. Měly to být především korporace (sdružení právnických nebo fyzických osob), které mají tzv. personální substrát a mezi domácími, resp. cizozemskými subjekty. Definice vycházela při stanovení těchto osob pochopitelně z jiných než trestních norem.

Návrh nerozlišoval mezi osobami veřejného nebo soukromého práva. Na rozdíl od nizozemského modelu, sem však neměly náležet osoby, které nemají právní subjektivitu. Výslovně, po vzoru slovinské¹⁴ a odlišně od úpravy francouzské, byly vyňaty jednotky územní samosprávy a stát, který je historicky nejstarší právnickou osobou.

Zásadním důvodem byly pochybnosti, zda by stát vůči sobě samému účinně vykonával právo trestat, právo vyplývající z jeho vlastní vnitřní suverenity. V případě zavedení odpovědnosti státu by došlo k narušení rovnováhy tří mocí ve státě. Nelze předpokládat, že čin, spáchaný představitelem státu, by vycházel ze zvláštních vnitřních státních zájmů. Podobně to platí i o státech cizích. Ostatně trestání států je upraveno mezinárodním a nikoli vnitrostátním právem.

Jednotky územní samosprávy by v případě trestní odpovědnosti mohly být vystaveny tlakům, které by oslabily jejich autonomii vůči státu.

Podnikatelé jako fyzické osoby režimu tohoto zákona také nepodléhají, vztahuje se na ně trestní zákon. Na druhé straně souběžné stíhání fyzické osoby podle trestního zákoníku a osoby právnické podle zvláštního zákona je možné. Při stanovení základu trestní odpovědnosti bylo přihlédnuto i k specifickým, od fyzických osob odlišným podmínkám vzniku, změny a zániku těchto subjektů.

Právnická osoba by podle návrhu byla trestně odpovědná za současného splnění několika podmínek.¹⁵

¹³ Levy, A.- Bloch, S.-Bloch, J.-D.: La responsabilité pénale des collectivités territoriales, de leurs élus et de leurs agents, Éd. Litec, Paris 1995, str. 11n.

¹⁴ Čl. 2 odst. 1 Zákona o odpovědnosti právnických osob za trestné činy, platného od r. 1999 ve Slovinsku. Francouzská úprava rozlišuje postih jednotek územní samosprávy a právnických osob páva veřejného (čl. 121-2 atd. Nového trestního zákoníku).

¹⁵ Bylo přihlédnuto k ustanovení čl. 4 Zákona o odpovědnosti právnických osob za trestné činy, platného od r. 1999 ve Slovinsku.

Návrh zákona (§ 5) vycházel z toho, že trestným činem je čin spáchaný jménem právnické osoby, v jejím zájmu nebo na úkor či v zájmu jiného - **formální podmínka**, pokud naplňuje znaky některého z trestných činů uvedených ve zvláštní části trestního zákona, a vyjmenovaných v tomto zákoně, pokud za právnickou osobu jednaly jiné a to výslovně stanovené osoby (statutární orgán, člen statutárního orgánu, osoba oprávněná činit jejím jménem nebo v jejím zastoupení právní úkony a některé osoby s kontrolními oprávněními, resp. povinnostmi). Jde tedy o formy přímého a nepřímého zastoupení a specifickou oblast povinné kontrolní činnosti.¹⁶

Konstrukce „zavinění“ byla dále doplněna o tzv. přičitatelnost (§ 6). Právnické osobě by bylo možno přičítat porušení nebo ohrožení zájmů chráněných podle § 4 zákona tehdy, jestliže byl čin spáchaný na základě předchozího protiprávního rozhodnutí, úkolu nebo schválení jejích orgánů nebo jiných odpovědných osob uvedených v § 5 odst. 1. nebo, byl-li trestný čin spáchaný proto, že orgány uvedené v § 5 nevykonaly povinnou kontrolu anebo neučinily nezbytná opatření k zamezení nebo odvrácení následků těchto trestných činů¹⁷ - **podmínka materiální**.

Tato forma kombinované zástupné odpovědnosti jen zčásti navazovala na zavinění fyzických osob podle trestního zákona.¹⁸ Vyjadřovala vyjádřeno spojení formálních podmínek (čin spáchaný jménem právnické osoby ...) a podmínek materiálních (protiprávnost a zavinění odvozené od konkrétní osoby fyzické). Jak je uvedeno shora, návrh v sobě spojoval zkušenosti nejen kontinentálního práva, ale i systému práva common law.

Jestli byla tato cesta volbou správnou, měla ukázat teprve praxe, ale komise považovala tento přístup za nejméně problematický (české právní i politické prostředí).

Pokud jde o katalog trestných činů a přečinů, jemuž by právnické osoby měly podléhat, byly nakonec Legislativní radě vlády předloženy tři varianty. První upřednostňovala výběr trestných činů, u nichž odpovědnost přichází v úvahu hledisko praktické proveditelnosti.¹⁹ Druhá se opírala o naše současné nebo bezprostředně budoucí mezinárodní závazky. Mezinárodní závazky zpravidla odrážejí určitou míru zkušeností jiných zemí a tak se jeví jako model nejschůdnější.²⁰ Třetí nabízela plošnou odpovědnost bez vymezení.

Mám za to, že bylo správné, že návrh nakonec nepředpokládal zavést plošnou odpovědnost, protože ta poskytuje příliš velký prostor pro uvážení orgánů činných v trestním řízení,

¹⁶ Postih selhání při výkonu kontrolní povinnosti vyplývá např. z Druhého protokolu k Evropské úmluvě o ochraně finančních zájmů ES nebo z Úmluvy Rady EU o korupci osob při plnění kontrolních povinností a nalezneme jej například v platné úpravě finské, dánské, portugalské či francouzské.

¹⁷ K tomu srov. např. ust. § 20 odst. 1, 2, § 724 o.z., § 7 odst. 1, § 13 odst. 3, § 15 odst. 1, § 16, § 66 odst. 2, § 70 odst. 3, § 138-§ 140, § 566 obch.z., apod.

¹⁸ Zastávám názor, že skutková postata trestného činu je tvořena nejen souhrnem znaků uvedených ve zvláštní části trestního zákona, ale také v části obecné. Obecná část vytváří obecné znaky skutkové podstaty jakéhokoli trestného činu a část zvláštní na ni jen specificky navazuje. Je tedy třeba brát v úvahu obě části trestního zákona.

¹⁹ Podobně je tomu tak ve Francii, Portugalsku, Finsku, Dánsku a ve Velké Británii (A.+W.).

²⁰ Okruhy trestných činů, na které se v tomto směru orientují mezinárodní normy, se týkají zejm. legalizace výnosů ze zločinu, korupce, ochrany životního prostředí, ochrany finančních zájmů ES (podvody a korupce) a některých forem organizovaného zločinu (Wyngaert van den, Ch.: International Criminal Law, Kluwer Law International, Hague-London-Boston 2000, str. 241-737.

a především nebere v úvahu komplikace u některých skutkových podstat, konstruovaných jen pro fyzické osoby.

Legislativní rada se přiklonila k prostřední možnosti (kombinace mezinárodních závazků a výběru vhodných skutkových podstat).

Navrhovaná úprava počítala se specifickou podobou trestné součinnosti, nezávislé na subjektivní stránce – úmyslném zavinění. Proto i tento institut byl způsobem, uvedeným shora, přizpůsoben nepřímé povaze zavinění a přičitatelnosti a měl být konstruován v podobě nepřímé (§ 7).

Protože subjekt trestní odpovědnosti - právnická osoba podléhá změnám snadněji než je tomu v případě osob fyzických, byl subjekt trestného činu přizpůsoben možnosti těchto změn (§ 8).²¹ Od počátku legislativních prací bylo zřejmé, že v tomto ohledu půjde o velmi složitou a co do důsledků úpravy obtížně předvídatelnou skupinu problémů.

Odlišnosti mezi fyzickou a právnickou osobou se v návrhu zákona projeví též v oblasti trestů a ochranných opatření.²²

Podle návrhu by bylo možno ukládat tyto tresty:

- zrušení právnické osoby, pokud činnost právnické osoby spočívala zcela nebo převážně v páchání trestného činu nebo trestných činů (§ 12), zrušením se fakticky zahajuje likvidace (§ 31)
- propadnutí majetku, pokud jde o zvlášť závažný zločin, kterým právnická osoba získala nebo se snažila získat majetkový prospěch (§ 13)
- propadnutí věci případně náhradní hodnoty (§ 15), přitom však musí být vzato v úvahu probíhající konkursní řízení
- peněžitý trest, jestliže právnická osoba trestným činem získala nebo se snažila získat majetkový prospěch nebo způsobila-li jinému majetkovou škodu, nebude-li jeho uložení na újmu uplatnění práv poškozeného (§ 14); denní sazba by podle návrhu zákona činila nejméně 1000 Kč a nejvíce 500 000 Kč
- zákaz činnosti na 1 rok až 20 let (§ 16)
- zákaz účasti v zadávacím řízení o veřejných zakázkách a ve veřejné soutěži na 1 rok až 20 let, dopustila-li se právnická osoba trestného činu v souvislosti s účastí v zadávacím řízení nebo ve veřejné soutěži (§ 17)

²¹ Zde bylo výrazně přihlédnuto ke způsobům, jimiž situaci řeší čl. 6 Zákona o odpovědnosti právnických osob za trestné činy, platného od r. 1999 ve Slovinsku.

²² Katalog sankcí a opatření v českém návrhu je obdobný jako v čl. 12 – 21 Zákona o odpovědnosti právnických osob za trestné činy platného od r. 1999 ve Slovinsku. Podobný návrh ovšem přináší Musil, J.- Prášková, H.- Faldyna, F.: Úvahy o trestní odpovědnosti právnických osob de lege ferenda, Trestní právo 3/2001, str. 15, i když odmítají bez bližšího upřesnění použití ochranných opatření.

- zákaz přijímat dotace a subvence na 1 rok až 20 let, dopustila-li se právnická osoba trestného činu v souvislosti s žádostí o dotaci, subvenci nebo o návratnou finanční výpomoc, s jejich poskytováním nebo využíváním, anebo s poskytováním nebo využíváním veřejné podpory (§ 18)
- zveřejnění pravomocného odsuzujícího rozsudku nebo jeho části v obchodním věstníku nebo v jiném veřejném sdělovacím prostředku (televize, tisk, apod.) na náklady odsouzené právnické osoby, je-li třeba veřejnost seznámit s odsuzujícím rozsudkem, zejména vzhledem k povaze a závažnosti trestného činu, anebo vyžaduje-li to zájem na ochraně bezpečnosti lidí nebo majetku (§ 19).

Některé sankce nebyly dosud našemu trestnímu právu známy. Týká se to zejména zákazu přijímat veřejné dotace a nebo subvence a zveřejnění pravomocného odsuzujícího rozsudku ve sdělovacích prostředcích. Byly zde, podobně jako následně v Rakousku, promítnuty mezinárodní požadavky.

Ochranným opatřením by bylo toliko zabránění věci včetně zabránění náhradní hodnoty nebo s výhradou rozhodnutí o zabránění věci nařídit pozměnění věci, odstranění určitého zařízení, značky nebo provedení jiné změny (§ 20). I v tomto případě by soud měl vzít v úvahu probíhající konkursní řízení.

Právnické osobě by podle návrhu bylo možno uložit tresty a ochranná opatření samostatně nebo vedle sebe. Návrh však vylučoval možnost uložení peněžitého trestu vedle propadnutí majetku a vedle trestu propadnutí věci by nebylo možno uložit zabránění téže věci (§ 11 odst. 3).

Návrh výslovně nestanovil možnost podmíněně odloženého trestu na přiměřenou zkušební dobu. Přestože původní smysl podmíněně odloženého trestu (vliv pozitivismu) bylo výchovné působení na fyzického pachatele, je otázkou, zda by se prostřednictvím právnické osoby (zástupně) neovlivňovalo podobně chování osob fyzických, které jejím jménem jednají, atd., takže bylo možná na místě uvažovat i o tomto alternativním řešení pro právnické osoby.

Osnova stanovila, s ohledem na odlišnosti právnické osoby od osob fyzických, zvláštním způsobem okolností, ke kterým by soud přihlédl při stanovení druhu trestu a jeho výměry, kde by vedle povahy a závažnosti trestného činu vzal v úvahu především vnitřní a vnější poměry právnické osoby, včetně její dosavadní činnosti, jejím majetkové poměry, dále i její chování po činu, zejména její případnou snahu nahradit škodu či jiné škodlivé následky činu. Osnova také ukládala přihlídnout k účinkům a důsledkům, které lze očekávat od trestu pro budoucí činnost právnické osoby.

2.3 OBLAST TRESTNÍHO ŘÍZENÍ

Trestní stíhání právnických osob kromě hmotněprávní části vyžaduje přijetí zvláštních procesních pravidel pro zastupování, doručování, výkon zabezpečovacích, resp. donucovacích opatření. Proto se součástí návrhu staly i některé instituty trestního řízení.

Stejně jako tomu je v případě trestního zákona, i procesní část byla konstruována ve vztahu k trestnímu řádu jako subsidiární (§ 21). Oblast trestního řízení vedeného proti právnickým osobám byla přizpůsobena jejich povaze.

Především bylo zvažováno, zda obviněná právnická osoba má být vybavena stejnými nebo alespoň obdobnými právy nebo povinnostmi, jako je tomu u obviněných osob fyzických

(zejména vystupování před orgány činnými v trestním řízení, účast na provádění úkonů, aplikace donucovacích opatření, výkon trestu atd).

Např. podle osnovy maďarské úpravy (2001) byla obviněná právnická osoba podstatným způsobem zkrácena na obvyklých právech obviněného v přípravném řízení (zejm. zákaz nahlížení do spisů). Česká rekodifikační komise dospěla k názoru, že pro takovou diskriminaci nejsou dostatečné důvody. Proto byl pro právnické osoby rozsah navrhovaných práv stanoven obdobně jako u osoby fyzických (nikoli shodným způsobem, neboť to ani není, vzhledem k povaze právnické osoby, ve všech případech možné).

Problematika totožnosti právnické osoby měla být řešena prostřednictvím mimo-trestních předpisů, které tuto problematiku upravují. Přitom bylo přihlédnuto zejména k požadavkům, které na nezaměnitelnost osoby klade zápis do obchodního nebo jiného rejstříku (§ 22). Z údajů uvedených o sídle společnosti v obchodním rejstříku vycházelo též ustanovení o místní příslušnosti (§ 23).

Pozornost byla věnována i pasáži o zrušení, zániku a přeměně právnické osoby, protože bezprostředně navazuje nejen na procesní práva a povinnosti, ale sahá až do základů trestní odpovědnosti (§ 4, § 8). Návrh předpokládal možnost zabránit právnické osobě, aby se účelovými změnami nebo zánikem vyhnula trestní odpovědnosti. Proto se i usnesení o zahájení trestního stíhání podle návrhu mělo doručuji nejen právnické osobě, ale také na vědomí příslušnému rejstříkovému soudu, resp. zřizovateli právnické osoby (§ 29 odst. 2, 3).

Trestní stíhání se podle návrhu mělo tedy zahájit doručením usnesení o zahájení trestního stíhání zástupci podezřelé právnické osoby, je-li ustanoven, popř. jejímu statutárnímu orgánu.

Zcela specifickým mělo být provedené postavení obviněného v trestním řízení. Stejně jako v případě nepřímé konstrukce zavinění i zde jde o institut svou povahou zástupný. Před orgány činným v trestním řízení by vystupoval jménem obviněné právnické osoby zástupce, kterým měla být fyzická osoba zmocněná ke všem úkonům, k nimž je jinak pole trestního řádu oprávněn obviněný. Návrh řešil i kolizní situace, počet zástupců atd. (§ 27).

Existence zástupce neměla mít vliv na právo nechat v trestním řízení zastupovat obhájcem. Ustanovení trestního řádu o nutné obhajobě v řízení proti právnické osobě z povahy věci, ale pro neproveditelnost v řadě případů neměla být uplatněna (§ 28).

3. ZÁVĚR

Návrh českého zákona o trestní odpovědnosti právnických osob a řízení proti nim přijat nakonec nebyl, protože poslanecká sněmovna Parlamentu České republiky jej v r. 2004 v prvním čtení zamítla.²³ Nový návrh zatím vypracován nebyl.

Literatura:

- Solnař, V., Fenyk, J., Císařová, D.: Základy trestní odpovědnosti, podstatně přepracované a doplněné vydání, Praha: Nakladatelství ORAC, 2004, 455 s., ISBN 80-86199-74-6.

²³ PSP ČR, sněmovní tisk č. 745, Vládní návrh zákona o trestní odpovědnosti právnických osob a řízení proti nim.

- Kavěna, M.: Trestní odpovědnost právnických osob ve vybraných státech EU, stude č. 5.270, Praha: Parlamentní institut, 2007.
- Jelínek, J.: Trestní odpovědnost právnických osob, Praha: Linde, 2007, 272 s., ISBN 978-80-7201-683-9.
- Delmas-Marty, M., Vervaele, J.: Corpus Juris 2000, Antwerpen – Groningen – Oxford: Intersentia, 2000, ISBN 90-5095-100-7 - český překlad Fenyk, J., Kloučková, S.: Corpus Juris 2000, Trestněprávní ustanovení za účelem ochrany financí EU. Brno: Sypták, 2001.
- Kratochvíl, V. a kol.: Trestní právo hmotné, rukopis pro nakladatelství C.H. Beck, Brno, 2008.
- Král, V.: K trestní odpovědnosti právnických osob – východiska, obsah a systematika zákonné úpravy, Trestněprávní revue č. 4/2002, ISSN 1213-5313.
- Renucci, J. F.: Droit pénal économique, Paris: Armand Colin, 1995.
- Pikna, B.: Evropská unie, vnitřní a vnější bezpečnost a ochrana základních práv, Praha: Linde, 2002, 480 s., ISBN: 80-7201-383-1.
- Walline, M.: Traité de droit administratif, 9.éd., Sirey Paris 1963.
- Conseil d'État: Les pouvoirs de l'administration dans le domaine de sanctions, La documentation Française, 1995.
- Levy, A., Bloch, S., Bloch, J., D.: La responsabilité pénale des collectivités territoriales et de leurs élus, de leurs agents, Éd. Litec, Paris 1995.
- Wyngaert van den, Ch.: International Criminal Law: a collection of international and European instruments, 2nd rev.ed., Hague-London-Boston: Kluwer Law International, 2000, 1079 s., ISBN 90-411-1443-2.
- Musil, J., Prášková, H., Faldyna, F.: Úvahy o trestní odpovědnosti právnických osob de lege ferenda, Trestní právo 3/2001, ISSN: 1211-2860.

Kontaktní údaje na autora – email:

Jaroslav.Fenyk@law.muni.cz

TRESTNÍ ODPOVĚDNOST PRÁVNICKÝCH OSOB JAKO JEDEN Z MOŽNÝCH NÁSTROJŮ BOJE S HOSPODÁŘSKOU KRIMINALITOU

MAREK FRYŠTÁK

Právnická fakulta Masarykovy Univerzity, Česká republika

Abstrakt v rodném jazyce

V rámci uvedeného příspěvku se autor nechce věnovat předkládání argumentů pro a proti zavedení trestní odpovědnosti právnických osob či řešení dalších souvisejících sporných otázek. Na základě rozboru jedné konkrétní trestní věci by se chtěl z praktického úhlu pohledu zamyslet nad tím, proč vlastně trestní odpovědnost právnických osob zavést, jaký by tato měla smysl a zejména to, jakým by byla přínosem ve vztahu k potírání hospodářské kriminality.

Klíčová slova v rodném jazyce

Hospodářská kriminalita, individuální trestní odpovědnost, trestní odpovědnost právnických osob, mezinárodní dokumenty, návrh zákona o trestní odpovědnosti právnických osob a řízení proti nim, kasuistika.

Abstract

The author in his paper does not want to deal with submitting arguments for and against implementation of criminal liability of corporations or with solving others related controversial questions. He wants to analyze one real criminal case and from the practical point of view to think about why it is necessary to implement criminal liability of corporations, what will be sense of it and mainly what will be its contribution for combating of economic criminality.

Key words

Economic criminality, individual criminal liability, criminal liability of corporations, international regulations, the draft on criminal liability of corporations and proceedings against them, casuistry.

1.

Přestože podíl hospodářské kriminality na celkové kriminalitě není tak vysoký, její společenská nebezpečnost je více než evidentní. Případy hospodářské kriminality působí destruktivně na společenské vědomí a to jak přímým poškozováním občanů (např. vkladatelů zkrachovalých bank, kampeliček či investičních fondů), tak jejich obtížným odhalováním a dokazováním. Negativně působí i skutečnost, že se v rámci ní setkáváme s novým typem pachatelů (tzv. bílými límečky). Jsou to řádní občané, úspěšní v zaměstnání či podnikatelské činnosti, mající plnou důvěru svého okolí. Fakticky se nevymykají z průměru běžné populace a když už jsou obviněni či obžalováni z trestné činnosti, tak se jejich okolí diví, protože by to do nich „nikdo neřekl“. Hospodářská kriminalita v posledních letech dosáhla takových rozměrů, že destabilizuje nejen právní vědomí občanů, ale i celé národní hospodářství. Nese v sobě společenský náboj související s ideou fungování společenské spravedlnosti při získávání majetku a ekonomického, a tím i společenského, vlivu.¹

¹ Fryšták, M. Hospodářská kriminalita z pohledu teorie a praxe. Ostrava: Key Publishing, 2007, s. 182.

Zákonitě je pak téma hospodářské kriminality po roce 1989 zcela oprávněně považováno za jedno z nejčastěji zpracovávaných témat. Mnoho toho bylo již napsáno o tomto fenoménu, který je tak variabilní a přizpůsobivý a velmi pružně dokáže reagovat na změnu ekonomických a společenských podmínek. V řadě pojednání se jejich autoři snažili hospodářskou kriminalitu blíže analyzovat a zamýšleli se nad jejími příčinami. Není možné s ní účinně bojovat, aniž bychom poznali a pochopili, co je její příčinou. Teprve tehdy, až máme poznatky o příčinách hospodářské kriminality, můžeme vytvářet efektivní preventivní opatření. S tím souvisí i diskuze a úvahy o tom, jak hospodářskou kriminalitu účinně potírat a jak na tuto reagovat. Hledají se různé nástroje boje s ní a to jak v rovině trestní, tak i mimotrestní.

Při rozboru jednotlivých konkrétních případů hospodářské kriminality velmi často dojdeme k závěru, že k jejímu páchání dochází činností právnických osob. Navíc i již zmiňované bílé límečky mnohdy svoji trestnou činnost páchají jménem či ve prospěch určité právnické osoby, případně se její existencí „zastřešují“.

V té souvislosti je zřejmé, že téma zavedení trestní odpovědnosti právnických osob, se kterým se často setkáváme, je téma velmi aktuální. Při jeho vyslovení se ale zákonitě objevují argumenty pro i proti jejímu zavedení.

Na jedné straně je možno dovolávat se řady mezinárodních dokumentů, ve kterých se objevuje tendence k postihování protiprávního jednání právnických osob. Povaha těchto dokumentů je velmi rozdílná. Někdy se jedná o mezinárodní smlouvy ukládající účastnickým státům konkrétní povinnost k postihu protiprávního jednání právnických osob, jiné mají povahu pouze určitých doporučení, kterými se účastnické státy mohou řídit či nemusí.² Uvedené mezinárodní dokumenty v mnoha případech požadují, aby smluvní státy zajistily účinné, přiměřené a odstrašující sankce bez toho, aby vyžadovaly, že tyto sankce musí být uděleny v trestním řízení. Je tedy na každém smluvním státu, zda v tomto případě zvolí odpovědnost trestněprávní, správněprávní či administrativněprávní.

Na straně druhé nelze zapomínat na to, že evropské kontinentální právo vychází ze zásady individuální trestní odpovědnosti, tj. odpovědnosti konkrétní fyzické osoby a to v protikladu k odpovědnosti kolektivní, konkrétně k odpovědnosti právnických osob.

Nové společenské a ekonomické změny, které zasáhly Evropu minulého stolení a vrcholily zejména v její poslední dekádě a na přelomu tisíciletí, zcela zákonitě začaly nenápadně s ohledem na to, co bylo ve stručné podobě uvedeno výše, stírat a nabourávat výlučnost zásady individuální trestní odpovědnosti fyzických osob. Žádnému státu na kontinentu se tak nevyhnuly diskuze a úvahy o tom, jak reagovat na skutečnost, že hospodářská kriminalita je páchána jménem či prostřednictvím právě právnických osob. Každý stát se tak v rámci své vnitrostátní úpravy musel vypořádat s tím, zda opustí staré a zavedené zásady kontinentálního práva ve vztahu k individuální trestní odpovědnosti fyzických osob a zavede pravou či nepravou trestní odpovědnost právnických osob³ nebo zda zvolí jiný přístup např. posílením správní odpovědnosti. Vždy ale tak, aby právnickým osobám byly dle shora naznačených mezinárodních dokumentů ukládány účinné, přiměřené a odstrašující sankce.

² Jejich demonstrativní výčet včetně bližšího rozboru jejich obsahu je uveden např. in Jelinek, J. Trestní odpovědnost právnických osob. Praha: Linde, 2007, s. 109-138.

³ Kratochvíl, V. Trestněprávní odpovědnost právnických osoba a jednání za jiného. Právní obzor, 2002, č. 4, s. 366.

Otázkou zavedení trestní odpovědnosti právnických osob se tak zákonitě musela zabývat i Česká republika. Jak jsem již naznačil, jedná se o téma velmi citlivé a svou podstatou vymykající se doposud uznávaným a zavedeným zásadám a principům kontinentálního trestního práva. Názorová nejednotnost, jakým způsobem v uvedené věci dále postupovat, se odrazila v tom, že byť Česká republika řadu mezinárodních dokumentů týkajících se postihování právnických osob podepsala, tak tyto doposud neratifikovala.⁴

Složitost této diskuze byla jedním z důvodů, proč byl u nás vládní návrh zákona o trestní odpovědnosti právnických osob a řízení proti nim byl připraven a Poslanecké sněmovně předložen k projednání až v roce 2004. Ta jej projednávala jako sněmovní tisk č. 745 a zamítla jej hned v prvním čtení. Pokud budeme sledovat, jakým směrem se dále vyvíjely názorové tendence k této otázce, tak zejména ministerstvo spravedlnosti ústy svých představitelů opakovaně uvádělo a uvádí, že otázka trestní odpovědnosti právnických osob není na pořadu dne a spíše se bude hledat řešení v rovině správní. Z uvedeného důvodu nebyl od uvedené doby do současnosti žádný obdobný návrh předložen.

2.

Není mým cílem, abych se ve svém příspěvku věnoval předkládání argumentů pro a proti zavedení trestní odpovědnosti právnických osob či řešením dalších souvisejících sporných otázek. Spíše bych se chtěl z praktického úhlu pohledu zamyslet nad tím, proč vlastně trestní odpovědnost právnických osob zavést, jaký by tato měla smysl a zejména to, jakým by byla přínosem ve vztahu k potírání hospodářské kriminality.

Při těchto úvahách bych vyšel z konkrétního případu. Po roce 1989 jsme se setkávali s velkým množstvím různých „investičních společností“, které nabízely na tehdejší poměry velmi nadstandardní zhodnocení vložených finančních prostředků. Modus operandi zde byl velmi jednoduchý. Tyto společnosti se samozřejmě v první řadě věnovaly výkupu akcií, které řada občanů získala v rámci kupónové privatizace. Každý si mohl vychutnat ten opojný pocit být akcionářem a věřit tomu, že z mála bude mnoho a vložené finanční prostředky přinesou ohromující zisk. Do té doby něco, co jsme u nás znali pouze z filmů. Téměř ve stejném okamžiku, co občan prodal této společnosti své akcie a v ruce držel získané finanční prostředky, mu tato obratem nabídla, zda by je nechtěl u nich velmi výhodně investovat s tím, že každého čtvrt roku bude dostávat poštovní poukázkou velmi zajímavé úrokové zhodnocení a jednou za rok mu budou připsány podíly na zisku společnosti. Velmi lákavá nabídka, které bylo jen obtížné odolat. V počáteční fázi byly těmto občanům skutečně slíbené částky vypláceny. Bylo to dostatečným argumentem k tomu, aby se počet zájemců o takto výhodnou investici řetězovitě šířil. Vždyť to předci funguje, tak to nemůže být žádný podvod! Lehce se tak i vytvořila síť dealerů, která byla tento „produkt“ ochotna za slíbenou provizi nabízet. Teprve až v rámci trestního řízení se zjistilo, že reálně se nejednalo o žádné zhodnocení finančních prostředků, ale o klasické letadlo. Vyplácené finanční prostředky pocházely od dalších důvěřivců, kteří se na inzerované zhodnocení finančních prostředků nechali nalákat. Celý mechanismus se zasekl v okamžiku, když se už nenašel dostatečný počet těch, kteří byli ochotni do společnosti investovat. Tato tak neměla na výplaty dohodnutých částek, na svůj provoz a další „aktivity“. Nebylo předci smyslem této trestné činnosti pouze vybírat a vyplácet finanční prostředky, ale tyto ze společnosti vyvést formou půjček poskytovaných dalším právnickým osobám. Byli zde náhle stovky a tisíce poškozených, zejména starších a starých lidí a způsobená škoda šla do desítek milionů.

⁴ Jedná se např. o Druhý protokol k Úmluvě EU o ochraně finančních zájmů Evropských společenství ze dne 19.6.197 nebo Úmluvu OSN proti korupci podepsanou Českou republikou 22.4.2005.

Dalším podstatným faktem, který určitým způsobem usnadňoval realizaci zmiňovaného jednání, bylo to, že tyto investiční společnosti existovaly zpravidla ve formě akciových společností se základním jměním vysoce převyšujícím zákonem požadované limity. Byl to určitý psychologický aspekt, který měl zaručit věrohodnost této společnosti a garantovat návratnost vložených finančních prostředků. V případě naší investiční společnosti bylo její základní jmění 300 mil. korun a bylo tvořeno akciemi.

V rámci trestního řízení bylo nesnadným úkolem rozmotat klubko vzájemných vztahů a propojením všech zainteresovaných společností a subjektů. Všem bylo zřejmé, že jednatel hlavní společnosti, který podepisoval smlouvy o vkladu finančních prostředků, nebyl tím hlavním a jediným pachatelem. Zcela logicky stál někdo v pozadí a tahal za nitky. Jednalo se totiž o tak složité operace, které by reálně nemohl zvládnout a zorganizovat jeden člověk. Přesto trestní řízení skončilo pouze pravomocným odsouzením jeho osoby z důvodů, které zmíním dále.

Při výslechu poškozených byla těmto shodně kladena otázka, co pro ně bylo mimo jiné impulzem k tomu, že do uvedené společnosti investovali. Pravidelně zaznívalo, že se předci jednalo o právnickou osobu, navíc akciovou společnost, která měla vysoké základní jmění. Taková společnost se nemohla dostat do finančních potíží a zkrachovat. A kdyby už k tomu došlo, tak její závazky byly garantovány a zajištěny právě jejím vysokým základním jměním.

3.

Naznačeným rozbořením skutkového stavu tohoto případu jsem se snažil poukázat na řadu problematických aspektů, které mají svým způsobem souvislost s hledáním odpovědi na otázku související se zavedením trestní odpovědnosti právnických osob.

Je absolutně nemyslitelné, aby ke spáchání této trestné činnosti v takovém rozsahu a s takovou způsobenou škodou došlo v případě, že by zde nebylo „zastřešení“ celého jednání právnickou osobou s cílem vyvolat zdání solidnosti, důvěryhodnosti a jistoty. Zamysleme se nad možností, že by se na spáchání naznačené trestné činnosti podílely pouze fyzické osoby, aniž by měly „někoho za zády“. Podařilo by se jim získat takovou důvěru občanů a vybrat takové množství finančních prostředků? S největší pravděpodobností ne.

Již samotný počátek existence této investiční společnosti souvisí s činností dalších právnických osob a subjektů. Tyto mezi sebou zcela účelově obchodovaly určitý balík akcií proto, aby došlo k umělému vyšroubování jejich ceny. Znalec, který se měl v rámci trestního řízení vyjádřit k jejich ceně, byl ve velmi obtížné situaci, protože tato se určuje na základě poptávky a nabídky a to i uměle vytvořené.

Zhruba rok po zapsání investiční společnosti v obchodním rejstříku došlo k navýšení jejího základního jmění a to za použití právě onoho zmiňovaného balíku akcií. Jak bylo již uvedeno výše, vše směřovalo k tomu, aby vybrané finanční prostředky následně byly vyvedeny formou půjček ze společnosti na další subjekty. Těmito samozřejmě byly mimo jiné i právnické osoby. Je logické, že půjčky řádově v milionech poskytované fyzickým osobám mohou vyvolat určité pochybnosti o schopnosti dlužníka tyto splatit. Právě proto byly vybrány osoby právnické. Je třeba zdůraznit, že zprvu byly samozřejmě závazky ze strany dlužníků plněny. Opět jenom proto, aby celé jednání vypadalo důvěryhodně a nezpochybnitelně. Společnost tak mohla argumentovat, že toto je jeden ze způsobů, jakým provádí zhodnocování vložených finančních prostředků. Další způsob vyvedení finančních prostředků z investiční společnosti byl nákup akcií od různých fyzických a právnických osob. Samozřejmě, i v tomto případě

bylo až v rámci trestního řízení zjištěno, že se jednalo o spřízněné subjekty a cena akcií, za kterou investiční společnost nakupovala, byla samozřejmě uměle vytvořená díky účelové nabídce a poptávce. Toto tvrzení lze podložit i tím, že kromě těchto spřízněných subjektů ani v jednom případě s akciemi neobchodoval nikdo jiný.

Jednoznačně z toho všeho vyznívá, že kdyby nebylo těchto všech právnických osob, byla by realizace celého zmiňovaného jednání dosti komplikovaná a problematická.

Pokud se podíváme na typické formy a způsoby páchaní hospodářské kriminality, tak v rámci praktické reality si je v mnoha případech nedovedeme představit bez určité formy participace právnických osob. Jestliže je např. podstata trestné činnosti založena na nárokování vrácení nadměrného odpočtu DPH na základě fiktivních dokladů nebo nepravdivých údajů o existenci zboží, tak je třeba, aby takové zboží bylo postaveno tzv. na papíry, což není možné bez existence řetězce právnických osob, které s uvedeným zbožím budou „obchodovat“. V rámci hospodářské kriminality je tak v mnoha případech právnická osoba jednoznačně použita jako nástroj ke spáchání trestného činu.

Jak bylo již uvedeno, jediným odsouzeným pachatelem byl v našem případě pouze jednatel investiční společnosti. Přispělo k tomu nejen to, že náš „hlavní“ pachatel (fakticky bílý kůň) odmítnul v rámci trestního řízení vypovídat a s orgány činným v trestním řízení nijak nespolupracoval, ale i fakt, že vzájemné vztahy v rámci jednotlivých právnických osob, ale i mezi nimi navzájem, byly velmi spletité a komplikované. Bylo tak velmi obtížné dovodit individuální trestní odpovědnost dalších konkrétních fyzických osob. V našem případě se to nepodařilo.

V obecné rovině je možno konstatovat, že s technickým rozvojem se pracovní, kontrolní a rozhodovací mechanismy právnických osob stávají tak složitými, že je dosti často prakticky nemožné zjistit, kdo je konkrétně zodpovědný za konkrétní rozhodnutí. Prosadit tak individuální trestní odpovědnost konkrétní osoby je mnohdy téměř nemožné.

Naše investiční společnost skončila v konkurzu. Důvodem bylo to, že kromě základního jmění tvořeného naprosto bezcennými akciemi, neměla téměř žádný zpeněžitelný majetek a bylo pro ni absolutně nemožné, aby dostala všem svým závazkům vůči vkladatelům přesahujícím částku 30 mil. korun. Zcela paradoxně, ani subjekty, kterým byly poskytnuty finanční půjčky, se neměly k jejich vrácení. Konkurz investiční společnosti byl po několika letech skončen z důvodu, že majetek podstaty nepostačoval ani k úhradě jeho nákladů.

Všechny další subjekty, bez jejichž participace by provedení trestné činnosti nebylo možné, tak trestním řízením a konkurzem investiční společnosti nebyly žádným způsobem podstatně zasaženy a toto nijak neovlivnilo jejich dalších fungování. Tento stav s ohledem na vše, co bylo doposud k uvedenému tématu řečeno, nelze považovat za stav ideální.

4.

Nepopírám, že trestní odpovědnost právnických osob lze považovat za jednu z nejproblematictějších otázek teorie trestního práva. Vždyť jakékoli úvahy na toto téma znamenají odklon od principů evropského kontinentálního práva a to konkrétně od zásady individuální trestní odpovědnosti. I přes tento argument jsem zastáncem toho, abychom o trestní odpovědnosti právnických osob vážně uvažovali, aniž bych teď chtěl polemizovat o tom, zda by měla být ve formě pravé či nepravé.

Snažil jsem se na uvedenou otázku podívat očima praxe. Přestože jsem onen konkrétní skutkový stav popsal v relativně zjednodušené podobě, je možno ho brát jako určitou modelovou situaci. Nepopírám ale, že tato může samozřejmě vyvolat řadu dalších diskutabilních aspektů, které by si zasluhovaly samostatné řešení.

Problematické aspekty, které jsem v rámci rozboru skutkového stavu nastínil, mě zákonitě musely nasměrovat k závěru, že zavedení trestní odpovědnosti právnických osob je krokem správným směrem. Nelze připustit, aby pachatelé hospodářské kriminality byly ve své vynalézavosti a díky svým možnostem o krok dopředu před orgány činnými v trestním řízení. K zamyšlení je, pokud jim toto umožňují mezery či nedostatky v právní úpravě. Je třeba vyvinout maximální snahu a úsilí k nalézání nových nástrojů, díky kterým bude možno s hospodářskou kriminalitou účinně a efektivně bojovat a tuto potírat. Neměly bychom se tak spokojit s pouhým pravomocným odsouzením pachatele či odčerpáním výnosů z trestné činnosti. Naše snaha by měla směřovat k tomu, aby byly vytvořeny podmínky a mechanismy, které by budoucím pachatelům ztížily nejen už samotné páčání trestné činnosti, ale které by jim zkomplikovaly i možnosti, jak tuto trestnou činnost zakrýt a jak tomuto protiprávnímu jednání dát v očích budoucích poškozených „punc zákonnosti“. K tomu všemu by přispělo již samotné sankcionování právnické osoby, které se na trestné činnosti podílela, která ji zastřešovala nebo která trestnou činnost kryla, z důvodu, které jsem zmínil výše.

Literatura:

- Fryšták, M. Hospodářská kriminalita z pohledu teorie a praxe. Ostrava: Key Publishing, 2007.
- Jelínek, J. Trestní odpovědnost právnických osob. Praha: Linde, 2007.
- Kratochvíl, V. Trestněprávní odpovědnost právnických osoba a jednání za jiného. Právní obzor, 2002, č. 4.

Kontaktní údaje na autora – email:

Marek.Frystak@law.muni.cz

THE CRIMINAL LIABILITY OF LEGAL PERSONS IN THE REPUBLIC OF SLOVENIA

VID JAKULIN

Faculty of Law, University of Ljubljana, Slovenia

Abstract

Liability of legal persons for criminal offences has been slowly, but without fail, making its way to the legislations of European countries. Trends of development indicate that the liability of legal persons for criminal offences will have to be regulated by all Member States of the Council of Europe and European Union. Grounds of liability of legal persons yet indicate that it is not a question of strict liability, but rather of a special form of criminal responsibility, adapted to legal persons.

Key words

Slovenia, legal persons, liability, liability of legal persons.

1. INTRODUCTION

The Republic of Slovenia, after becoming in 1991 an independent state, adopted a new penal code (hereinafter PC), which entered into force on the 1st January 1995¹. This code contains also a provision concerning the liability of legal persons for a criminal offence. A liability of legal persons for criminal offences has not been regulated by PC alone, but rather left over to the regulation by a special act. In accordance with Article 33 of PC, this act defines a liability of legal persons for criminal offences, which the perpetrator commits in its name, on its account or in its favour. This act provides for sentences, admonitory sanctions, safety measures and legal consequences of conviction for legal persons. In this act are laid down those criminal offences for which a legal person can be liable and contained special provisions, governing the criminal proceedings against the legal person.

An elaborated Bill on Liability of Legal Person for Criminal Offences² was prepared in Slovenia already in the beginning of 1994, but was contested by the opponents of liability of legal persons for criminal offences, so it unfortunately did not pass successfully through the parliamentary procedure. During the second reading, the National Assembly of the Republic of Slovenia did not adopt the name of the act³, neither a half of articles that made together with the adopted articles, an inseparable unit⁴. In this way, the Bill was so truncated, that the Government as a proposer had no other possibility than to withdraw the Bill from the legislative procedure.

* Full Professor, Faculty of Law, University of Ljubljana.

¹ Official Gazette of RS, no. 63/94, 70/94 (Amendments), 23/99 and 40/2004.

² Poročevalec Državnega zbora Republike Slovenije, Year XX, no. 8/94.

³ Such a situation has not been envisaged in the regulations of the National Assembly of the Republic of Slovenia.

⁴ Explanation of amendments of the Government of the Republic of Slovenia to the Bill on Liability of Legal Persons for Criminal Offences – the third reading, Poročevalec Državnega zbora Republike Slovenije, year XXII, no. 47/96, p. 9.

The Government submitted a new Bill on Liability of Legal Person for Criminal Offences on June 19, 1997. National Assembly of the Republic of Slovenia adopted the Act on Liability of Legal Person for Criminal Offences on its session of July 8, 1999. The Act was published in the Official Gazette of the Republic of Slovenia no. 59/99 and went into force in accordance with Article 44 of the Act ninety days after its publication in the Official Gazette of the Republic of Slovenia.

National Assembly of the Republic of Slovenia adopted on its session of May 20, 2008 the new penal code (hereinafter PC-I) which entered into force on the 1st November 2008. PC-I has brought the number of modifications and represents a radical reform of substantive criminal law in the Republic of Slovenia. With regard to the fact that PC-I constitutes a legal basis for the regulation of liability of legal persons for criminal offences, it was necessary to amend also the act, regulating the liability of legal persons. The Amendment to the Act on Liability of Legal Person for Criminal Offences (hereinafter ALLPCP-B) was adopted by the National Assembly of the Republic of Slovenia on its session of June 17, 2008 and entered into force on the 1st November 2008, the same date as PC-I.

Before presenting provisions of the amended Act on Liability of Legal Person for Criminal Offences, it seems reasonable to have a brief look on views concerning the liability of legal persons in criminal law.

2. VIEWS CONCERNING THE LIABILITY OF LEGAL PERSONS IN CRIMINAL LAW

Recognition of legal personality granted to various associations in the field of civil and commercial law has had an impact on the development of the liability of legal persons in the administrative penal law and later on also in criminal law.

In studying the liability of legal persons beyond the civil law, authors deal with the number of questions, among which are the following ones: is it necessary in order to limit a deviant behaviour of legal persons, to introduce beside individual criminal responsibility of natural persons also a liability of legal persons; what constitutes the grounds for the liability of a legal person in criminal law; are the liability of legal persons for a criminal offence and the criminal responsibility of a natural person in whatever way related⁵. It has nevertheless to be said that the liability of legal persons for different sorts of criminal offences is known practically in all legal systems, although there are important differences in the ways of limiting a deviant behaviour of legal persons⁶.

European legal systems mostly deal with deviant behaviour of legal persons in the frame of administrative penal law, because the principles *nullum crimen nulla poena sine culpa* and

⁵ Oven N.: *Odgovornost pravnih oseb v kazenskem pravu*, Master Thesis, Ljubljana 1997, p. 55.

⁶ Compare to: Barsela, Eliasoff: pp. 249-273; Bencik, Kokavec: pp. 419-428; Braithwaite in Fisse: *Varieties of Responsibility*, pp. 315-343; Bucky: pp. 1095-1184; Collins: pp. 731-744; Cressey: pp. 73-87; Delmas-Marty: pp. 21-25; Drane: pp. 398-421; Fisse in Braithwaite: pp. 468-513; Fredriksen: pp. 299-309; Fucks: pp. 761-775; Heine: pp. 731-759; Kellman: pp. 885-921; Koksikinen, Utrianen: pp. 173-188; Kunz: pp. 1187-1195; Lederman: pp. 285-340; Leigh: *The Criminal Liability of Corporations and Other Groups*: pp. 1508-1528; Marek, Kunicka-Mihalska: pp. 331-345; MCChesny in Mueller: pp. 831-847; Nutio: pp. 923-945; Paternoster, Satzman, Waldo, Chiricos: pp. 270-197; Schneider: pp. 128-158; Spinellis: pp. 220-225; Steen-Sundberg: pp. 1163-1185; Šelih: pp. 457-470; Tak, Aler, Wattel: pp. 311-329; Viano: pp. 95-108; Waling et al.: pp. 1065-1099; Wigend: pp. 67-93.

societas delinquere non potest present the main obstacle to the liability of legal persons in the field of criminal law. Yet, even in these systems there are an increasing number of professionals who are in favour of the idea of liability of legal persons and their punishment. On the other hand, the liability of legal persons is far from being strange to systems based on common law. Differences between systems are mainly due to the particularities of systems themselves.

In spite of differences between systems, it is nevertheless common to all of them that they know in one or another form the liability of legal persons for criminal offences. In most systems, a debate is actually focused on the issue, whether a perpetrator of offence can only be a natural person and whether legal persons can also have their own will and can be therefore a subject of liability for criminal offences.

Some legal systems still insist on the argument that only a man as a natural person is capable of expressing his will and provoking the prohibited consequences; for this reason, legal persons cannot be held liable for criminal offences. The majority of legal systems have already conformed to the demand of punishing legal persons alone for criminal offences. In these legal systems, there have been some attempts, made in positive law, to establish conditions for indirect (i. e. derivative) liability of legal persons for criminal offences, which is also a basis for the imposition of criminal sanctions. A ground for the liability of legal persons is still a criminal offence of a natural person, committed in favour of the legal person and on its account. Yet, a small number of legal systems recognise to legal persons the attribute of active subject of a criminal offence with its own will, which is a ground for their direct (autonomous, independent) liability for a criminal offence.

The question, which is also important in connection with the liability of legal persons for criminal offences, is whether the liability of legal persons is merely objective or is it necessary to establish for the liability of a legal person also certain subjective elements. All further theoretical considerations regarding the liability of legal persons for criminal offences namely depend upon the answer to this question.

Although there is an important difference between the grounds of direct and indirect liability of legal persons for criminal offences, they have nevertheless in common the fact that we cannot speak about a collective liability of all members of community for the conduct of one of them. A legal person acts as an autonomous legal subject, since the court will impose a criminal sanction on legal persons themselves and not on their members. It is therefore a matter of an entirely autonomous liability of a legal subject with its proper legal personality, which in no case excludes the individual criminal responsibility of those natural persons who participated in the commission of criminal offence⁷.

Different views on the liability of legal persons are present also in Slovenia. Some of the professionals oppose to this responsibility, while other defend it. Among the strong opponents of a criminal responsibility of legal persons is Professor Ljubo Bavcon, who considers that it is necessary to make a distinction between notions of criminal responsibility and punishability. Criminal responsibility is a common higher concept of sanity and guilt. According to the nature of things, a legal person cannot have a subjective attitude towards a criminal offence. As far as concerns legal persons, we can therefore speak only about punishability and not of a criminal responsibility of legal persons. Punishability is based on a

⁷ Oven N.: *Odgovornost pravnih oseb v kazenskem pravu*, Master Thesis, Ljubljana 1997, pp. 55-60.

criminal offence, committed by a criminally responsible person as a representative of a legal person. According to the Penal Code (of the Republic of Slovenia), criminal responsibility can be only individual, even in cases when several people commit together a criminal offence.⁸

It is clear that Professor Bavcon proceeds from the classical Savigny's theory on fiction, according to which a legal person does not have its own will and therefore cannot have a guilty mind regarding a criminal offence and its consequences. Professor Bavcon does recognise the punishability of legal persons, yet he does not argue what is a ground of this punishability. A definition, that punishability of legal persons is based on the criminal offence of a criminally responsible person as a representative of the legal person, does not say anything, since the punishability can be based only on responsibility, which in the opinion of Professor Bavcon, cannot be attributed to a legal person as it does not have its own will. Even if we tried to justify the punishability of legal person by the liability of a legal person for the conduct of its representative, the outcome would be nevertheless the same. It is true that a legal person cannot have a guilty mind in classical terms, while a strict liability, according to the Penal Code of the Republic of Slovenia, based on the principle of liability for guilt, cannot be a ground for the imposition of sentence for a criminal offence. CP-I abandoned a notion of criminal responsibility and introduced a notion of guilt, which is based on the liability for guilt.

Among the strongest advocates of the liability of legal persons for criminal offences we should mention Professor Ivan Bele and Professor Mitja Deisinger, who both contributed a lion's share to the formulation of this Bill. Reasons for the introduction of liability of legal persons for criminal offences will be analysed in the presentation of the Act on Liability of Legal Person for Criminal Offences.

3. ACT ON LIABILITY OF LEGAL PERSON FOR CRIMINAL OFFENCES⁹

The act is divided into five sections: fundamental provisions, general provisions, special provisions, procedure, and transitional and final provisions.

The Act on Liability of Legal Person for Criminal Offences – Official Consolidated Text (hereinafter ALLPCO- OCT) has introduced accessory liability of legal persons; in the first article of this Act it is explicitly specified that under conditions pursuant to Article 33 of the Penal Code, not only a perpetrator, but also a legal person shall be liable for a criminal offence. The Amendment to the Act on Liability of Legal Person for Criminal Offences (hereinafter ALLPCO-B) refers in the first article to Article 42 of the PC-1¹⁰ and modifies a text of the first article in the following way: “Under conditions, specified in this Act, pursuant to Article 42 of the PC-1, a legal person shall be criminally responsible for a criminal offence.” Even a provision amended like that, preserves the accessory liability of legal persons, because it is explicitly stipulated in the first paragraph of Article 42 that criminal responsibility shall be established against a legal person for a criminal offence, which was committed by a perpetrator in the name, on behalf of or in favour of the legal person; it is clearly set out in the act, regulating the liability of legal persons for criminal

⁸ Bavcon-Šelih et al.: pp.145-146.

⁹ The Act on Liability of Legal Person for Criminal Offences (Official Consolidated Text), Official Gazette of RS, no. 98/04 and the Amendment to the Act on Liability of Legal Person for Criminal Offences, Official Gazette of RS, no. 65/08.

¹⁰ Penal Code (PC-1), Official Gazette of RS, no. 55/08.

offences, that it is a legal person who shall be liable for this act. A provision, formulated like that, gives more stress to the autonomous (independent) liability of legal persons for criminal offences. Accessory liability of legal person is also evident from provisions, governing the proceedings. The article 27 of ALLPCO-OCT has been amended by ALLPCO- B, completing this article by a paragraph 4, in which it is specified that the court can decide, on the ground of weighty reasons or for the reasons of expediency, to exclude until the end of the main trial the proceedings against the legal person and terminate it separately. In the article 28 of ALLPCO- OCT it is set out that the state prosecutor may decide to not request the initiation of criminal proceedings against the legal person, if the circumstances of the case show that this would not be expedient, because the legal person's participation in the criminal offence was insignificant, because the legal person does not have any property or has so little property that this would not even suffice to cover the costs of the proceedings, because bankruptcy proceedings have been initiated against this legal person, or because the perpetrator of the criminal offence is the sole owner of the legal person against which it would be necessary to initiate proceedings. However, accessory liability of legal persons is not general, but applies only to those criminal offences which are explicitly defined in this Act. Besides, the Act also has to provide for a penalty or for any other criminal sanction which may be imposed on a legal person.

The Article 2 of the Act provides for the possibility of restriction in the liability of legal persons for criminal offences only to a certain type of legal persons. After the model of the French Code Pénal, a liability for a criminal offence is excluded¹¹ for the Republic of Slovenia and local self-governing communities as legal persons.

In Article 3 is regulated a territorial validity of the Act. It is understandable that the Act applies to domestic and foreign legal persons for criminal offences committed on the territory of the Republic of Slovenia. Nevertheless, a question is whether and to what extent this Act can apply to acts committed abroad. Many of foreign countries does not know the institute of liability of legal persons for criminal offences, for this reason the applicability of the Act for offences committed abroad would mean an unjustified infringement upon a foreign repressive authority, which would also undermine the principle *nullum crimen, nulla poena sine lege*. A proposer of this Act has obviously been aware of these problems and limited for this reason the applicability of the Act to criminal offences committed abroad only to cases, when the active and passive subject of a criminal offence are simultaneously subject to domestic legal order. The applicability of the Act for the criminal offences which were committed abroad is set out only to a degree, strictly necessary to prevent the legal person to avoid the liability for a criminal offence by a simple displacement of crime commission to the territory of a foreign country.¹²

The Article 4 deals with the grounds for the liability of a legal person. A legal person shall be liable for a criminal offence committed by the perpetrator in the name of, on behalf of or in favour of the legal person in the following cases:

1. if the committed criminal offence means carrying out an illegal resolution, order or endorsement of its management or supervisory bodies;

¹¹ In the French Code Penal the liability of the Sate is excluded in Article 121-1.

¹² For more detail, see the explanation to Article 3 of the Bill, Poročevalec Državnega zbora RS, Year XXIII, no. 30/97, p. 28.

2. if its management or supervisory bodies influenced the perpetrator or enabled him to commit the criminal offence;
3. if it obtains by a criminal offence an illegally property gain or objects gained through a criminal offence;
4. if its management or supervisory bodies have omitted obligatory supervision of the legality of the actions of employees subordinate to them.

This provision is very important, because it indicates that a legal person shall not be held liable only for a perpetrator's act, but that its liability rests on its own grounds. A legal person is liable due to its own contribution to the prohibited consequence or the maintenance of illegal situation, resulting in a prohibited consequence. Although a legal person cannot actually carry out the acts of natural persons, defined in the penal code as criminal offences, it does not mean that a legal person cannot considerably contribute through its bodies to the commission of a criminal offence. In fact, such acts of a legal person as the abuse of power or omission of necessary supervision represent a ground for the recrimination and for the independent liability. This ground for recrimination indicates that we cannot speak of objective liability, but rather of a special form of criminal responsibility, adjusted to legal persons.

Since a legal person has its own ground of liability, its liability for a criminal offence is accessory and limited. A legal person is liable for its own contribution to a criminal offence; that means that it is not necessary for establishing its liability and punishability that a perpetrator would be guilty too. It is quite enough if a perpetrator' acts objectively constitute elements of a criminal offence, the commission of which has been enabled also by the actions of the legal person's bodies.

The Article 5 of the Act defines the limits of the liability of legal person for a criminal offence. The liability of a legal person does not preclude the criminal responsibility of natural persons or responsible persons for the committed criminal offence. A legal person is liable for a criminal offence also in the case when a perpetrator has not been found guilty or when a criminal offence was committed under the legal person's duress or threats. A legal person can be liable for criminal offences committed out of negligence only under conditions that its management or supervisory bodies have omitted a necessary supervision of the legality of the actions of employees subordinate to them. In this case the legal person may be given a reduced sentence. If a legal person has no other body besides a perpetrator who could lead or supervise the perpetrator, the legal person shall be liable for the committed criminal offence within the limits of the perpetrator's guilt. In such cases the liability of a legal person is accessory in the whole.

In subsequent articles of the first section of the general part, the Act regulates the liability in the case of change in the status of a legal person, particularities of necessity and criminal attempt in connection with the liability of legal persons for criminal offences, collective criminal offence, complicity of legal persons and the general reasons for reducing a sentence or the withdrawal of a sentence.

In the second section of the general part, the Act provides for the sentences and other sanctions for legal persons. The following sentences have been provided for legal persons in

the ALLPCO- OCT: a fine, expropriation of property and winding-up of legal person.¹³ This provision has been amended by ALLPCO-B by adding two accessory sentences: a prohibition to participate in public tenders and prohibition to trade with financial instruments.¹⁴ It is clear from this provision that the Act provides for a legal person three types of sentences of deprivation of property as principal sentences, since it is not possible to punish a legal person by any other type of sentence. Accessory sentences may be imposed by the court for criminal offences against economy and criminal offences of corruption involving officials. By imposing accessory sentences, a court can prohibit a participation in public tenders for the period from three to ten years and trading with financial instruments for the period up to eight years.

Principal sentences, safety measures and legal consequences of conviction do not cover two areas, which could be put to profitable use by legal persons for the commission of criminal offences; they are participation in public tenders and trade with financial instruments. A legislator has estimated that the best way to fill this gap would be the enactment of two new accessory sentences, which would enable a facultative form of sentencing legal persons, besides imposing on them a principal sentence. It is also important that the imposition of accessory sentences is not conditioned by a danger, which is a prerequisite for the imposition of safety measures.

In Article 13 it is stipulated that a fine which may be prescribed, may not be less than 10.000 euro and not more than 1.000.000 euro. In the case of the legal person's criminal offence having caused a damage to another's property, or of the legal person having acquired illegally gained benefit, the highest limit of the fine imposed may be two hundred times the amount of such damage or gain.

Expropriation of property is regulated by Article 14. Half or more of the legal person's property or its entire property may be expropriated. Expropriation of property may be imposed for criminal offences for which a sentence of five years' imprisonment or a heavier sentence is provided for.

Winding-up of a legal person is set out in Article 15. It may be imposed if the activity of the legal person was entirely or predominantly used for the commission of criminal offences. In addition to the winding-up of a legal person, the court may also impose a sentence of expropriation of property. By sentencing a legal person to winding-up, the court shall also propose the initiation of the liquidation proceedings. Creditors may be paid off from the property of the legal person sentenced to winding-up.

Article 16 regulates the fixing of sentence and Article 17 the suspended sentence imposed to a legal person.

In Article 18 it is stipulated that the court may impose for a criminal offence of legal person, in addition to the safety measures of the confiscation of objects pursuant to Article 73 of the PC –I, also a safety measure of the publication of judgement and the prohibition of a specific commercial activity.

¹³ Article 12 of ALLPCO- OCT.

¹⁴ Article 6 of ALLPCO- B.

A safety measure of the publication of judgement shall be imposed by the court in the case when it would be beneficial for the public to be informed of the judgement, and especially if the publication of judgement would contribute to avert danger to life and health of people or to protect safety of traffic or some economic good.¹⁵

A safety measure of prohibition of a specific commercial activity to a legal person is regulated in Article 20. The purpose of this safety measure is prohibiting a legal person from producing certain products or doing business in certain premises, or prohibiting a legal person from involving itself in certain transactions in traffic of goods and services or with other commercial transactions. This measure may be imposed by the court on a legal person, if its further involvement in a given commercial activity would present a danger to life and health of people or be harmful to the commercial and financial business of other legal persons or to the economy, or if a legal person has already been sentenced in the last two years for the same or similar criminal offence. This safety measure may be applied for a term of six months to five years, to run from the time the judgement becomes legally binding.

A legal person can suffer legal consequences of conviction, even if a fine was imposed on it.¹⁶ Legal consequences of conviction which may come into effect for a legal person are the following: 1. prohibition of activity on the basis of licences, authorisations and concessions obtained by state bodies; 2. prohibition of acquisition of licences, authorisations or concessions which are granted by state bodies.¹⁷

Article 22 regulates limitation. Limitation of criminal prosecution of a legal person shall be reckoned with regard to the sentence which may be in accordance with the law imposed on the perpetrator of the criminal offence. In the second paragraph the limitation of the implementation of sentence is set out and in the third paragraph, the limitation of the implementation of a safety measure.

Equally important is Article 23, stipulating to apply to legal persons the respective provisions of the general part of Penal Code, unless provided otherwise in this Act.

In a special part of the Act are defined those criminal offences for which a legal person can be liable and provided sentences for criminal offences. Legal persons may be liable for criminal offences from the special part of PC and respectively PC-I and for other criminal offences, if so provided by the Act. In Article 25 of this Act are listed all criminal offences from the special part of PC and respectively PC-I, for which a legal persons can be held liable.

The section four of the Act regulates particularities of the proceedings against the legal person for the criminal offence which was committed. It is set out in the Act that it is suitable to apply in the proceedings against the legal person the provisions of the law, governing a criminal procedure, even if proceedings have been conducted only against a legal person, unless it is otherwise specified in this Act.¹⁸

¹⁵ Paragraph 1 of Article 19 of ALLPCO- OCT.

¹⁶ Paragraph 2 of Article 99 of PC explicitly stipulates that legal consequences of conviction cannot come into existence incident to the imposition of a fine. Exactly the same provision is provided for in paragraph 2 of Article 78 of PC-I.

¹⁷ Article 21 of ALLPCO- OCT.

¹⁸ Article 42 of this Act.

The Act proceeds from the principle of the unity of procedure. Proceedings against the legal person shall be as a rule initiated and carried out together with proceedings against the perpetrator for the same criminal offence. In unified proceedings, a single charge is laid against the accused legal person and the accused perpetrator, and a single judgement is given. Proceedings against the legal person alone may be only initiated or carried out in the case when it is not possible to initiate or carry out proceedings against the perpetrator for reasons specified by law, or when proceedings have already been carried out against the perpetrator.¹⁹

In contrast to the Code of Criminal Procedure, which has introduced as a basic principle a principle of legality of criminal prosecution, this Act introduces for the prosecution of legal person a principle of expediency. It is stipulated in article 28 of the ALLPCO- OCT that the state prosecutor may decide not to request the initiation of criminal proceedings against the legal person if the circumstances of the case show that this would not be expedient because the legal person's participation in the criminal offence was insignificant, because the legal person does not have any property or has so little property that this would not even suffice to cover the costs of the proceedings, because bankruptcy proceedings have been initiated against the legal person, or because the perpetrator of the criminal offence is the sole owner of the legal person against which it would be necessary to initiate proceedings.

Other provisions are more or less technical and regulate particularities of the proceedings against the legal person (for example, appointment of a legal representative of a legal person, disqualification of a legal representative etc.)

4. CONCLUSION

Liability of legal persons for criminal offences has been slowly, but without fail, making its way to the legislations of European countries. In the Netherlands, the liability of legal persons for criminal offences has been provided for by a special act since 1951 and set out in the penal code since 1976. In the last twenty years, many countries have introduced legal persons into their criminal law, among them the following European countries: Portugal in 1984, Sweden in 1986, Norway in 1991, Island in 1991, France in 1994, Finland in 1995, Denmark in 1996, Belgium and Slovenia in 1999, Hungary in 2001, Switzerland in 2003, Croatia in 2004, and Austria in 2005²⁰. Countries which belong to the common law system, mainly know the liability of legal person for criminal offences in the form of "corporate liability", which is to some extent different from the continental one.

The institution of liability of legal persons for criminal offences has also been recommended by several international legal instruments. The Committee of Ministers of the Council

of Europe has already in 1988 adopted the Recommendation no. R (88) 18 with the title "Liability of Enterprises Having Legal Personality for Offences Committed in the Exercise of Their Activities". In this document, a similar regulation has been recommended as provided for in the presented Act. This general recommendation was followed by the number of

¹⁹ Article 27 of ALLPCO- OCT. This article has been completed by a paragraph 4 of the ALLPCO- B, which specifies that on the ground of weighty reasons or for the reasons of expediency a court can decide to exclude until the end of the main trial the proceedings against the legal person and complete it separately.

²⁰ Deisinger M.: Odgovornost pravnih oseb za kazniva dejanja: p.26 Eidam G.: pp.39-43, 45-46, 48-49 and 53-54.

documents of the Council of Europe, containing a demand to introduce the liability of legal persons for criminal offences.

European Union has a similar attitude towards this problem, stressing in the number of documents a need of enacting the liability of legal persons for criminal offences. In its programme of common action from February 1977, the Council of European Union clearly declared in connection with the fight against a white slave trade and sexual exploitation of children and minors that in cases when these acts have been committed in the name, on behalf of or in favour of a legal person, the latter has also to be liable for these acts. A liability of legal persons for criminal offences is even more precisely specified in the Additional Protocol to the Convention on the Protection of the European Communities' Financial Interests from

July 26, 1995. The entire second section of the Protocol deals with the liability of legal persons for economic criminal offences to the prejudice of the European Union. A content of articles 2, 3, and 4 concerning grounds of liability is practically identical to the Slovene Act on Liability of Legal Persons for Criminal Offences.²¹ Recently, practically all documents of the European Union, dealing with criminal law, contain also a demand upon the liability of legal persons for criminal offences.

Trends of development indicate that the liability of legal persons for criminal offences will have to be regulated by all Member States of the Council of Europe and European Union. Grounds of liability of legal persons yet indicate that it is not a question of strict liability, but rather of a special form of criminal responsibility, adapted to legal persons.

Contact – email

vid.jakulin@pf.uni-lj.si

²¹ Uvodna razložitev predloga zakona, Poročevalec DZ RS, Year XXIII, no. 30/97, pp.21-22.

TRESTNÍ ODPOVĚDNOST PRÁVNICKÝCH OSOB A PRÁVA TŘETÍCH OSOB

JAN KOCINA

Právnická fakulta ZČU v Plzni, Česká republika

Abstrakt v rodném jazyce

Teorie trestního práva se bude muset při další diskusi, která se bude týkat trestní odpovědnosti právnických osob, vypořádat s celou řadou sporných otázek. Příspěvek na semináři se bude týkat jedné ze sporných problematik, a to je vztahu případné právní úpravy upravující trestní odpovědnost právnických osob k právům třetích osob, a to i s přihlédnutím k současné i v budoucnu předpokládané úpravě z oblasti soukromého práva. Při přijímání trestní odpovědnosti právnických osob bude nutné postupovat velmi obezřetně s přihlédnutím k zásadám chránící nabytá práva třetích osob.

Klíčová slova v rodném jazyce

Trestní odpovědnost právnických osob, sporná problematika, práva třetích osob.

Abstract

The theory of criminal law shall have to deal with quite a number of debatable questions within another debate regarding criminal liability of corporations. The report at the seminary will be concerned with one of the debatable questions, namely the relationship of possible legal regulations conditioning criminal liability of corporations to the rights of the third parties, even with regard to present as well as possible future regulation of the private law. It will be necessary to proceed very cautiously while establishing the criminal liability of corporations because of the principles protecting the rights gained by the third parties.

Key words

Criminal liability of corporations, debatable question, rights of the third parties.

1. TRESTNÍ ODPOVĚDNOST PRÁVNICKÝCH OSOB A PRÁVA TŘETÍCH OSOB

Je nepochybné, že trestní odpovědnost právnických osob je značně spornou otázkou trestněprávní teorie. Přesto je nutné se v českém trestním právu touto trestní odpovědností zabývat, když zavedení trestní odpovědnosti právnických osob je zdůvodňováno především nutností zajistit ochranu společnosti prostředky trestního práva před všemi nebezpečnými zásahy do života společnosti, byť by se jednalo o zásahy neúmyslné a byť by původcem byly subjekty kolektivní povahy¹.

S přihlédnutím k mezinárodním dokumentům a tendencím v kontinentální právní úpravě se předpokládá zavedení trestní odpovědnosti právnických osob jako výraz skutečnosti, že právní řád musí umožnit účinné sankcionování protiprávního jednání korporací, tedy subjektů, které ovlivňují a kontrolují většinu oblastí života společnosti².

¹ Jelínek, J., Trestní odpovědnost právnických osob, Linde Praha, 2007, s. 139.

² Důvodová zpráva k návrhu zákona o trestní odpovědnosti právnických osob a řízení proti nim k vládnímu návrhu zákona předložený Poslanecké sněmovně ze dne 21.7.2004, s. 3.

V současné době lze zcela nepochybně konstatovat, že česká legislativa bude problematiku trestní odpovědnosti právnických osob řešit bez ohledu na to, že Poslanecká sněmovna již v prvním čtení zamítla dne 2.11.2004 vládní návrh zákona o trestní odpovědnosti právnických osob a řízení proti nim³. Tendence upravit trestní odpovědnost právnických osob se bude nepochybně zvyšovat tím, že v České republice je v současné době nedostatečným způsobem upravena mimotrestními normami (zejména v oblasti správního práva) delikt ní odpovědnost právnických osob. Trestněprávní úprava delikt ní odpovědnosti právnických osob se zdá být z celé řady důvodů vhodnější a účinnější⁴.

Přijetí právní úpravy trestní odpovědnosti právnických osob bude poměrně komplikované, neboť před přijetím tohoto řešení bude nutné se vypořádat s celou řadou sporných otázek; jejich vyřešení by mělo předcházet přijetí koncepce budoucí právní úpravy. S přihlédnutím k existujícím sporným otázkám bude nutné postupovat obezřetně. Zavedení trestní odpovědnosti právnických osob se stane velmi výrazným zásahem do systému právního řádu České republiky. Při formulování zásad budoucí právní úpravy je nutné vzít v úvahu, že musí být zachována jednot a českého právního řádu a že instituty, které se budou týkat trestní odpovědnosti právnických osob, musí být konzistentní s celou řadou institutů, jež jsou upraveny jak v právu veřejném, tak i soukromém.

Jedna ze sporných otázek, která se týká trestní odpovědnosti právnických osob a řízení proti nim, je ochrana práv třetích osob, které se nepodílejí žádným způsobem na trestné činnosti, ale jsou v určitém právním vztahu spojeny s právnickou osobou. Jedním z důvodů proti přijetí trestněprávní úpravy postihující právnické osoby je ta skutečnost, že i nevinné třetí osoby by mohly být sankcemi proti právnickým osobám postiženy, tedy takové osoby, které nemají s deliktem nic společného⁵.

Sankce za spáchaný trestný čin právnickou osobou by neměla zasahovat do práv třetích osob, pokud to není, s ohledem na výrazný společenský zájem, nezbytně nutné, a neměla by narušovat nezbytnou právní jistotu osob, které se nepodílejí žádným způsobem na páčání trestné činnosti právnické osoby v případě, že nabyly tyto osoby práva v dobré víře.

Český právní řád v různých mimotrestních normách chrání dobrou víru nabyvatele určitých majetkových hodnot a nelze, s přihlédnutím k této poskytované právní ochraně, jednotlivé instituty soukromého práva negovat přijetím zákona o trestní odpovědnosti právnických osob, který by se nevypořádal s ochranou práv nabytých v dobré víře.

Přijetím trestní odpovědnosti právnických osob může být zasahováno do ústavně garantovaného práva, které je zaručeno čl. 11 Listiny základních práv a svobod publikované pod č. 2/1993 Sb., jenž je součástí ústavního pořádku České republiky (dále jen „Listiny“). Podle tohoto čl. má každý právo vlastnit majetek. Vlastnické právo všech vlastníků má stejný zákonný obsah a ochranu. Ve smyslu čl. 39 Listiny stanoví jen zákon, které jednání je trestným činem a jaký trest, jakož i jaké jiné újmy na právech nebo majetku, lze za jeho spáchaní uložit. Státní moc lze uplatňovat jen v případech a mezích stanovených zákonem a způsobem, jenž stanoví zákon (čl. 2 odst. 2 Listiny). Ve smyslu čl. 4 odst. 4 Listiny, při

³ Viz. sněmovní tisk 45 ze 35. schůze konané dne 2.11.2004.

⁴ Musil, J., Prášková, H., Faldyna, F., Úvahy o trestní odpovědnosti právnických osob de lege ferenda, Trestní právo 3/2001, s. 11.

⁵ Solnař, V., Fenyk, J., Císařová, D., Základy trestní odpovědnosti, podstatně přepracované a doplněné vydání, Nakladatelství Orac, 2003, s. 258-260.

používání ustanovení o mezích základních práv a svobod, musí být šetřeno jejich podstaty a smyslu. Omezení přitom nesmějí být zneužívána k jiným účelům, než pro která byla stanovena⁶. V čl. 39 Listiny jsou uvedeny podmínky, na které zde ústavodárce váže omezení základního ústavního práva vlastnit majetek. Zákonodárce musí každé z případných omezení tohoto vlastnického práva jako ústavně garantovaného práva podřídit stanoveným ústavním předpokladům, tj. je-li to v demokratické společnosti nezbytné pro ochranu práv a svobod druhých, bezpečnost státu, ochranu veřejného pořádku, předcházení trestným činům. V odst. 4 čl. 4 Listiny je uvedeno obecné interpretační pravidlo o nutnosti šetřit podstatu a smysl základních práv a svobod, které se nejčastěji projevuje prostřednictvím uplatnění významného principu proporcionality v případě kolize základních práv; řešení spočívá v hledání spravedlivé rovnováhy mezi nimi tak, aby přes upřednostnění v dané věci jednoho z nich žádné nebylo omezeno nad únosnou mírou⁷.

Shora uvedené skutečnosti tvoří nepochybně ústavněprávní limity, ze kterých je nutné vycházet při formulování koncepce trestní odpovědnosti právnických osob. Jednotlivé fyzické osoby mající ústavně garantované právo vlastnit majetek, nemohou být postiženy v řízení, které není vedeno proti nim, anebo v řízení, kde nejsou zajišťována jejich práva umožňující jim realizovat ochranu svých práv v jiném procesním postavení; toto postavení by jim mělo zajišťovat možnost, aby se k věci vztahující se k zásahu do jejich práv, vyjádřila tato osoba s možností být přítomna při veřejném projednání věci s právem činit návrhy, nahlížet do spisů a podávat proti rozhodnutím, které se dotýkají jejich práv, opravné prostředky. Jedině takovýto postup může zaručovat právní jistotu, která v tomto případě vyjadřuje, že třetí osoba nebude postižena sankcí, jestliže neporušila žádný právní předpis⁸. Jakákoliv právní úprava musí šetřit ochranu nabytých práv⁹.

Sankcionování právnických osob při přijetí jejich trestní odpovědnosti by s sebou neslo jednu zvláštnost, která spočívá v tom, že sankce by mohla dopadat na jednotlivé osoby, ze kterých se tato právnická osoba skládá, když tyto osoby nemusí mít vůbec žádný vztah k trestné činnosti této právnické osoby. Velice často by se jednalo u kapitálových společností o minoritního akcionáře akciové společnosti a o menšinového společníka ve společnosti s ručením omezeným. V některých případech by však dopadala sankce i na majoritního akcionáře či společníka, pokud např. po páchání trestné činnosti, za kterou bude uložena právnické osobě sankce, dojde k nabytí majority v akciové společnosti, nebo ve společnosti s ručením omezeným, aniž by o skutečnosti vztahující se k páchání trestné činnosti měla tato osoba jako nabyvatel práv jakoukoliv povědomost.

Existuje celá řada i jiných osob, na které by dopadla nepochybně trestněprávní sankce uložená právnické osobě. Kromě akcionářů a společníků by se jednalo o věřitele právnické osoby nebo smluvního partnera, který má vůči právnické osobě práva a povinnosti, jejichž obsah bude výrazným způsobem narušen uloženou sankcí. Nepochybně uložená sankce bude v mnohých případech důvodem pro to, že se dostane právnická osoba do úpadku a bude nucena řešit uspořádání majetkových vztahů způsobem, který předpokládá zákon č. 182/2006 Sb. o úpadku a způsobech jeho řešení (insolvenční zákon). Dotčen sankcí právnické osobě

⁶ Klíma, K. a kol., Komentář k Ústavě a Listině, Plzeň: Vydavatelství a nakladatelství Aleš Čeněk, 2005, s. 623 a násl.

⁷ Klíma, K. a kol., Komentář k Ústavě a Listině, Plzeň: Vydavatelství a nakladatelství Aleš Čeněk, 2005, s. 626-627.

⁸ Knapp, V., Teorie práva, C.H.BECK, 1995, s. 205 a násl.

⁹ Gerloch, A., Teorie práva, 2. rozšířené vydání, Dobrá Voda, 2001. s. 251.

nepochybně může být poškozený trestným činem, neboť realizace jeho práva na náhradu škody může být výrazným způsobem ohrožena; rovněž mohou být dotčeni sankcí i zaměstnanci právnické osoby, když uložení sankce může být v řadě případů důvodem pro to, že právnická osoba nebude plnit své pracovněprávní povinnosti k zaměstnancům předpokládané zákoníkem práce, tj. zákonem č. 262/2006 Sb.

Z těchto uváděných případů je zřejmé, že případný zákon o trestní odpovědnosti právnických osob a řízení proti nim musí v co největší míře chránit práva třetích osob nabytá v dobré víře a případně upravovat postup, který za možnosti aktivní součinnosti třetích osob bude zasahovat do jejich práva na ochranu jejich majetku, když vlastnictví je nutné považovat za součást této ochrany majetku.

I když v současné době neumožňují v České republice právní předpisy trestní odpovědnost právnických osob, lze i za současné právní úpravy v trestním zákoně uložit právnické osobě trestněprávní sankci, a to za podmínek, které jsou definovány u možnosti uložení ochranného opatření spočívajícího v zabránění věci nebo jiné majetkové hodnoty podle § 73 odst. 1 písm. c) a d) trestního zákona, tj. zákona č. 140/1961 Sb. v platném znění. V trestním řízení má garantovaná takováto právnická osoba procesní práva zúčastněné osoby upravená v § 42 trestního řádu. Lze dovodit, že minimálně takovýto katalog procesních práv musí být poskytnut třetím osobám v případě trestní odpovědnosti právnických osob v trestním řízení vedeném proti nim za předpokladu, že třetím osobám bude způsobena újma na právech nebo majetku v důsledku trestněprávní sankce, která bude ukládána v trestním řízení vedeném proti právnické osobě.

Z průběhu rozpravy o vládním návrhu o trestní odpovědnosti právnických osob a řízení proti nim v Poslanecké sněmovně¹⁰ je zřejmé, že vládní návrh zákona byl zamítnut v prvním čtení z toho důvodu, že předložený návrh měl celou řadu sporných nevyřešených problémů, mezi nimiž byla také skutečnost týkající se nevyřešených vztahů k třetím osobám.

S tímto lze naprosto souhlasit a je nutné se při formulování další koncepce zákonné úpravy zaměřit mj. také na ochranu práv třetích osob.

V obecné části zákona o trestní odpovědnosti právnických osob by mělo být stanoveno obecné pravidlo, že při určování druhu sankce a jeho výměry a také při ukládání ochranných opatření by měl soud přihlížet k tomu, aby:

1. trestní postih postihoval pouze právnickou osobu, jenž spáchala trestný čin, a aby se ukládaná sankce nedotýkala práv třetích osob, která byla nabyta v dobré víře. V tomto směru bych navrhol provázat platnou právní úpravu uvedenou v § 446 zákona č. 513/1991 Sb. obchodního zákoníku v platném znění a § 13 odst. 1, 2 zákona č. 592/1992 Sb. zákona o cenných papírech v platném znění s možností uložit trestněprávní sankci právnické osobě pouze tehdy, pokud nabyvatel vlastnického práva k věcem nebo jiným majetkovým hodnotám věděl nebo vědět měl a mohl, že převodce získal vlastnictví k věcem nebo jiným majetkovým hodnotám v souvislosti s trestnou činností, jež se dopouštěly právnické osoby prostřednictvím osob, které jednaly jejím jménem, v jejím zájmu nebo na úkor či v zájmu jiného.

¹⁰ www.juristic.cz - sněmovní tisk 745 z jednání 37. schůze Poslanecké sněmovny dne 2.11.2004.

2. postihoval právnickou osobu tak, aby byl zabezpečený co nejmenší dopad na zaměstnance právnické osoby, věřitele právnické osoby a jiné osoby mající práva k právnickým osobám.
3. se nedotýkal práv osob, která jsou zajištěna zástavním právem, zajišťovacím převodem práv, práv z věcných břemen a jiných práv s podobným obsahem, pokud nabyvatel těchto práv nevěděl a vědět nemohl, že tato byla nabyta v souvislosti s trestnou činností, jíž se dopouštěly právnické osoby prostřednictvím osob jednajících jejím jménem, v jejím zájmu nebo na úkor či v zájmu jiného.
4. v případě prohlášení insolvence na majetek právnické osoby v souvislosti s uloženou trestněprávní sankcí jako dlužníka byla uspokojována práva věřitelů způsobem upraveným insolvenčním zákonem za předpokladu, že při nabytí práv věřitelů tento věřitel nevěděl a vědět nemohl, že tato byla nabyta v souvislosti s trestnou činností, jež se dopouštěly právnické osoby prostřednictvím osob jednajících jejím jménem, v jejím zájmu nebo na úkor či v zájmu jiného.
5. nebyla ukládána taková sankce, která by znemožnila nebo výrazným způsobem snížila právo poškozeného na úhradu škody způsobené trestným činem právnickou osobou.

Ze shora uvedených návrhů je tedy zřejmé, že by měly být v obecné části zákona o trestní odpovědnosti právnických osob vyjádřeny zásady, které by při ukládání jednotlivých sankcí chránily nabytá práva třetích osob v dobré víře.

Literatura:

- Dědič, J. a kol., Obchodní zákoník, komentář, díl IV, Praha, Nakladatelství POLYGON, 2002.
- Důvodová zpráva k návrhu zákona o trestní odpovědnosti právnických osob a řízení proti nim k vládnímu návrhu zákona předložený Poslanecké sněmovně ze dne 21.7.2004.
- Eliáš, K. a kol., Obchodní zákoník, Praktické poznámkové vydání s výběrem z judikatury od roku 1990, 4. přepracované a rozšířené vydání podle stavu k 1.8.2004, Linde Praha, 2004.
- Gerloch, A., Teorie práva, 2. rozšířené vydání, Dobrá Voda, 2001.
- Jelínek, J., Trestní odpovědnost právnických osob, Linde Praha, 2007.
- Klíma, K. a kol., Komentář k Ústavě a Listině, Plzeň, Vydavatelství a nakladatelství Aleš Čeněk, 2005.
- Knapp, V., Teorie práva, C.H.BECK, 1995.
- Musil, J., Prášková, H., Faldyna, F., Úvahy o trestní odpovědnosti právnických osob de lege ferenda, Trestní právo 3/2001.
- Pipek, J., Bartošíková, M., Vztah obchodněprávní a trestněprávní odpovědnosti aktuálních orgánů a členů statutárních orgánů, Právní praxe v podnikání, 1999.
- Sněmovní tisk 45 ze 35. schůze konané dne 2.11.2004.

- Sněmovní tisk 745 z jednání Poslanecké sněmovny dne 2.11.2004.
- Solnař, V., Fenyk, J., Císařová, D., Základy trestní odpovědnosti, podstatně přepracované a doplněné vydání, Nakladatelství Orac, 2003.
- Šámal, P., Púry, F., Sotolář, A., Štenglová, I., Podnikání a ekonomická kriminalita v České republice, Praha, C.H.Beck, 2001.
- Štenglová, I., Plíva, S., Tomsa, M. a kol., Obchodní zákoník, komentář, 6. vydání 2001, Praha, C.H.BECK, 2001.
- Teryngel, J., K trestní odpovědnosti právnických osob a osob za ně jednajících, Trestní právo 1996, č. 1.
- Vantuch, P., K návrhu zákona o trestní odpovědnosti právnických osob, Trestní právo 2003, č. 10.
- Zelenka, J. a kol., Insolvenční zákon, Poznámkové vydání s důvodovou zprávou a nařízením Rady ES 1346/2000, Praha, Linde Praha, 2007.
- <http://nalus.usoud.cz>.
- www.aspi.cz.
- www.epravo.cz.
- www.judikatura.cz.
- www.justice.cz.
- www.juristic.cz.
- www.nsoud.cz.

Kontaktní údaje na autora – email:

kocina@akplzen.cz

ZÁKAZ DVOJÍHO POTRESTÁNÍ NA POMEZÍ TRESTNÍ ODPOVĚDNOSTI PRÁVNICKÝCH A FYZICKÝCH OSOB (EVROPSKÉ, RAKOUSKÉ A ČESKÉ POHLEDY)

VLADIMÍR KRATOCHVÍL

Právnická fakulta Masarykovy univerzity, Česká republika

Abstrakt v rodném jazyce

Text analyzuje otázku spojenou s paralelní existencí pravé trestní odpovědnosti právnických osob a trestní odpovědnosti fyzických osob: riziko dvojího potrestání za tentýž trestný čin spáchaný právnickou a fyzickou osobou, která jedná těž za osobu právnickou. To by mohlo být v rozporu se zákazem dvojího trestního postihu (ne bis in idem). Na základě přístupů evropské, rakouské a české legislativy a teorie se zjišťuje, že potrestání právnické osoby a fyzické osoby v těchto případech zákaz dvojího postihu neporušuje.

Klíčová slova v rodném jazyce

Trestní odpovědnost právnické osoby (pravá, nepravá), individuální trestní odpovědnost fyzické osoby, ne bis in idem.

Abstract

This text analysis the question connected with parallel existence of the real criminal liability of the organisations (juridical persons) and of the individual criminal liability of the moral persons on this the same crime, which is committed by the moral perpetrator, who treats in the frame of the organisation. It could be in the contradiction with the prohibition of double punishment (ne bis in idem). On the basic of the approaches of the european, austrian and czech legislation and theory it was discovered that the punishment on the juridical and moral person in this cases the prohibition of double punishment not breaks.

Key words

Criminal liability of the juridical persons (real, unreal), individual criminal liability of the moral persons, ne bis in idem.

1. ÚVODEM

Princip zákazu dvojího potrestání, představující hmotněprávní aspekt zásady ne bis in idem,¹ za jeden a tentýž trestný čin spáchaný právnickou osobou v systému pravé trestní odpovědnosti² a osobou fyzickou, jednajícím v rámci této osoby právnické nebo v její prospěch nebo jejím jménem, tedy za situace, kdy se oba odpovědnostní systémy takříkajíc „potkávají“, patří nepochybně mezi řadu aspektů nejen vnitrostátního trestního práva, nýbrž i vznikajícího

1 Právo nebýt dvakrát trestně stíhán nebo *trestán* za stejný trestný čin / skutek. Podrobně k tomuto aspektu procesní zásady *ne bis in idem* srov. např. *Mansdörfer, M.* Prinzip des ne bis in idem im europäischen Strafrecht. Berlin: Duncker & Humblot, 2004; *Pipek, J.* Princip ne bis in idem v konkurenci jurisdikcí. Trestněprávní revue, III, 2004, 4, str. 98; *Prouza, D.* Zásada ne bis in idem v českém trestním procesu. České Budějovice: VŠERS, 2006. *Pipek* na str. 102-103 vysvětluje: „Dvojí potrestání fakticky směřuje do hmotného práva a omezuje tuto překážku na zabránění uložení dalšího trestu. Dvojí stíhání směřuje do trestního řízení a tam již do samotného trestního stíhání a tím i jeho důvodu ... a je překážkou již samotného trestního řízení.“

2 K vymezení trestní odpovědnosti právnických osob „pravé“ a „nepravé“ v rámci kontinentální oblasti práva blíže viz *Jelínek, J.* Trestní odpovědnost právnických osob. Praha: Linde, 2007, str. 22 a násl., str. 216 – 217.

evropského trestního práva.³ A to jak „trestního práva evropského“ (dále i „TPE“), tak „evropského práva trestního“ (dále i „EPT“). Stejně tak bychom mohli analyzovat, s odvoláním na jmenovanou zásadu, zákaz dvojího trestního stíhání pro týž skutek / trestný čin. Proto závěry níže přijaté pro zákaz dvojího potrestání, tj. ve vztahu k hmotně právní konotaci zmíněné zásady, platí i pro její „zabarvení“ trestně procesní.

S probíranou otázkou naopak nesouvisí případy trestné součinnosti mezi právníky a fyzickými osobami jako jejími subjekty, neboť zde evidentně o dvojí trestní postih nejde a jít nemůže.

Princip *ne bis in idem* v naznačeném kontextu pochopitelně „zatěžuje“ svým způsobem členské státy EU, jmenovitě i Rakousko a Českou republiku, přičemž každý se s ním vyrovnává po svém.

Rakousko v rámci platné právní úpravy; více viz níže.⁴ Česká republika celý problém zatím odsouvá,⁵ tak jako zásadní otázku samotnou – zda pravou trestní odpovědnost právnických osob akceptovat, či nikoli.

V souvislosti s úvahami o pravé trestní odpovědnosti právnických osob hraje „zákaz dvojího postihu za totéž“, jakožto princip individuálního trestního práva a individuální trestní odpovědnosti fyzických osob v kontinentální právní oblasti, zásadní roli. Zvýšená „citlivost“ této problematiky na pomezí pravé trestní odpovědnosti právníké osoby a odpovědnosti osoby fyzické vyplývá z klíčové funkce trestního práva. Tou je funkce ochranná, zde ve smyslu primárním, protože zaměřená na pachatele, nikoli tedy subsidiárním, tj. zaměřená na poškozené, resp. oběti.⁶ To samé platí i pro zásadu přiměřenosti trestních sankcí trestnému činu.⁷ Tu i tam evokuje totiž postih právníké a fyzické osoby za jeden trestný čin problém právě postihu dvojího „za totéž“, který je ve své podstatě kontraproduktivní.⁸ Klade se proto otázka, zda potrestání právníké a fyzické osoby za jeden a tentýž trestný čin, spáchaný za výše uvedených podmínek, je, či není v rozporu s hmotněprávním zákazem dvojího trestního postihu za tentýž trestný čin.

3 K pojmům „evropské trestní právo“ (trestní právo evropské, evropské právo trestní) více *Kratochvíl, V.* Trestněprávní rozměr Smlouvy o Ústavě pro Evropu; rakouské zkušenosti. *Právník*, č. 3/2007, str. 274 a násl.

4 *Verbandsverantwortlichkeitsgesetz*, BGBl I 2005/151, účinnost: 1. 1. 2006, In: *V. Doralt (Hrsgb.)* Kodex des österreichischen Rechts. Strafrecht. 27. Aufl. Wien: LexisNexis, ARD Orac, 2007, dále i „VbVG“. Na nezanedbatelné psychologické aspekty spojené s danou otázkou, to v rámci širšího problému samotné pravé trestní odpovědnosti právnických osob, upozorňoval již dříve *Zeder, F.* Ein Strafrecht juristischer Personen: Grundzüge einer Regelung in Österreich. *ÖJZ*, 2001, str. 632.

5 Jako mnohé další, související s jejími závazky v rámci EU (ochrana finančních zájmů EU a absence ČR mezi subjekty Úmluvy EU o ochraně finančních zájmů ES, 1995; totéž platí i Druhém dodatkovém protokolu k této Úmluvě, z roku 1997).

6 Více k tomu *Kratochvíl, V. a kol.* Trestní právo hmotné. Obecná část. 3. přepracované a doplněné vydání. Brno: Masarykova univerzita v Brně, 2002, dotisk 2003, 2006, str. 18.

7 Srovnaj zákonné podmínky soudní individualizace trestů ukládaných fyzickým pachatelům v smyslu § 31 zák. č. 140/1961 Sb., trestní zákon, ve znění pozdějších předpisů (dále i „tr. zák.“) a ve smyslu § 32 StGB (In: *V. Doralt (Hrsgb.)* Kodex des österreichischen Rechts. Strafrecht. 27. Aufl. Wien: LexisNexis, ARD Orac, 2007), jakož i právníké osobě ve smyslu § 5 VbVG.

8 Méně citlivou otázkou patrně naopak může být v kontextu *nepravé* trestní odpovědnosti právnických osob, kde se individuální trestní odpovědnost fyzického pachatele s odpovědností osoby právníké, právě pro její „nepravost“, takřkajíc míjí?

2. PRAVÁ TRESTNÍ ODPOVĚDNOST PRÁVNICKÝCH OSOB JAKO POSTULÁT EVROPSKÉHO TRESTNÍHO PRÁVA DE LEGE LATA A DE LEGE FERENDA A ZÁKAZ DVOJÍHO TRESTNÍHO POSTIHU

Bez ohledu na fakt, jak je v nadpise uvedený postulát v právních aktech EU formulován ve vztahu k členským zemím, tedy zda jako povinnost či jen doporučení,⁹ z hlediska zaměření tohoto příspěvku je podstatné, jestli a v jaké podobě otázku dvojího trestního postihu příslušné právní akty či projekty naznačují. Popřípadě, jaké v tomto směru staví překážky, či nikoli.

Vezmeme-li klíčový sekundární pramen platného evropského unijního práva III. pilíře, tj. rámcová rozhodnutí, jež se týkají deliktů odpovědnosti právnických osob,¹⁰ mají jejich ustanovení v tomto ohledu celkem stabilní strukturu.¹¹ Pro náš účel je důležité znění třetích odstavců příslušných ustanovení rámcových rozhodnutí:

„Odpovědnost právnických osob podle odstavců 1 a 2 nevylučuje trestní stíhání fyzických osob, které jsou pachatelé, návodci nebo pomocníci některého z trestných činů uvedených v člancích (...).“

Totéž platí i o smluvních právních aktech III. pilíře, např. o Druhém dodatkovém protokolu k Úmluvě EU o ochraně finančních zájmů ES z 19. 6. 1997; čl. 3 odst. 3.¹²

Z hlediska legis ferendae se lze tradičně opřít o Corpus Juris (dále i „CJ“). Jeho obě verze (z let 1997 a 2000) se přiklánějí k pravé, chápané zde jako nepřímé,¹³ trestní odpovědnosti právnických osob. Také zde, v čl. 14 odst. 2 CJ 2000, se uvádí, že trestní odpovědností právnické osoby nebo společenství není vyloučena trestní odpovědnost fyzické osoby jakožto pachatele, návodce či pomocníka k témuž trestnému činu.

Ve srovnání s CJ, Lisabonská reformní smlouva¹⁴ se problémem subjektu trestní odpovědnosti, to na rozdíl od jejího základu, tzn. trestného činu (čl. 83 odst. 1, odst. 2 Konsolidovaného znění Smlouvy o fungování EU), nikde a nijak nezabývá. Nicméně zákaz dvojího potrestání stranou nezůstal, neboť se ho dotýká čl. 50 Listiny základních práv

9 Tento příspěvek pochopitelně neřeší, zda a do jaké míry je zavedení pravé trestní odpovědnosti právnických osob do právního řádu ČR její (mezinárodně- či evropskoprávní) povinností. Nicméně bez ohledu na to, avšak v rámci úvah o jejím zavedení, jímž se ČR tak jako tak nevyhne, je namístě o zákazu dvojího trestního postihu alespoň diskutovat.

10 Konkrétně srov. *Jelínek, J.* Trestní odpovědnost právnických osob. Praha: Linde, 2007, str. 124 a násl.

11 *Kmec, J.* Evropské trestní právo. Mechanismy europeizace trestního práva a vytváření skutečného evropského trestního práva. 1. vyd. Praha: C. H. Beck, 2006, str. 145.

12 *Zeder, F.* Ein Strafrecht juristischer Personen: Grundzüge einer Regelung in Österreich. ÖJZ, 2001, str. 633.

13 *Delmas-Marty, M., Vervaele, J. A. E. (eds.)* The implementation of the Corpus Juris in the Member States. Volume I. Penal provisions for the protection of European Finances. Antwerpen, Groningen, Oxford, Intersentia 2000, str. 75: „... model *přímé* odpovědnosti (soudce činí rozhodnutí přímo na základě odpovědnosti organizace) ... model *nepřímé* odpovědnosti (odpovědnost organizace je odvozena od jednání fyzické osoby, která ... spouští odpovědnost organizace) ...“

14 „Konsolidované znění Smlouvy o Evropské unii a Smlouvy o fungování Evropské unie - 2008“. Rada EU, Brusel 15. dubna 2008, doplněné dodatkovými *protokoly* a *prohlášeními*; podrobně viz <http://www.consilium.europa.eu/uedocs/cmsUpload/st06655.cs08.pdf>, dostupný 20. 6. 2008. Viz též *Wasmeier, M. Möhlig, A.* Strafrecht der Europäische Union. 2. Aufl. Baden-Baden: Nomos Verlag, 2008, str. 39 a násl.

Evropské Unie, která stojí „mimo“ obě smlouvy (Konsolidované znění Smlouvy o Evropské unii, Konsolidované znění Smlouvy o fungování Evropské unie). Zmíněná Listina k tomuto zákazu přistupuje stejně, jako Smlouva o Ústavě pro Evropu – 2004 ve svém článku II-110.¹⁵

3. RAKOUSKO

Jak již uvedeno, od 1. 1. 2006 je v Rakousku účinný samostatný zákon o trestní odpovědnosti právnických osob, jímž se tato země zařadila mezi ty, které vycházejí z koncepce pravé trestní odpovědnosti těchto osob.¹⁶

K možnému problému dvojího potrestání se vyjadřovali někteří už dříve. Tak podle F. Zedera¹⁷ se jedná o komplementaritu trestnosti právnické osoby a osoby fyzické: „Protože právnické osoby se dotýká výtka, která je nezávislá na vytýkání viny osobě fyzické, musí být možná trestní odpovědnost za tentýž čin jak osoby právnické, tak i fyzické. ... Nejedná se proto o žádný dvojí trestní postih. ... Paralelní existence trestní odpovědnosti fyzické a právnické osoby je naopak důsledek a příkaz zásady rovnosti.“

Stejného mínění je i M. Lösching-Gspandl¹⁸, když k tomu poznamenává: „Kumulativní trestnost (trestní odpovědnost) právnické a jednající fyzické osoby vyplývá z podstaty věci. O dvojím potrestání individuálního (fyzického) pachatele nemůže být řeč. Individuální odpovědnost a odpovědnost sdružení (právnické osoby) jsou dva různé případy ručení a proto striktně navzájem oddělené jako takové i sankcionované.“

Také ve straší německé literatuře je možné zaznamenat podobné názory. Kupříkladu B. Ackermann¹⁹ k tomu uvádí: „Tresty se budou ukládat právnickým osobám ... Je sice pravdou, že jednotliví členové (právnické osoby) budou takto uloženými tresty dotčeni. ... Takto však nelze na věc pohlížet, neboť také osobně nezúčastnění členové profitovali na vlastních zájmech právnické osoby. Rozpor se zákazem dvojího potrestání je třeba odmítnout, protože se o dvojí potrestání nejedná, jde pouze o souběh obecné nevýhody s potrestáním fyzického viníka, který je proto trestán, protože si v důsledku vlastního zaviněného jednání osobní potrestání zasloužil.“

Nový rakouský zákon se problému možného dvojího trestního postihu právnické a fyzické osoby za totožné trestné jednání dotýká v § 3 odst. 4 VbVG:

15 Smlouva o Ústavě pro Evropu, Úřední věstník Evropské unie, C 310/1, 16. 12. 2004. Více k tomu *Kratochvíl, V.* Trestněprávní rozměr Smlouvy o Ústavě pro Evropu; rakouské zkušenosti. *Právník*, č. 3/2007, str. 297 a násl.

16 Zákon nepoužívá pojem „právnická osoba“, nýbrž pojem „Verband“, tj. sdružení, do něžž ve smyslu § 1 odst. 2 VbVG spadají právnické osoby, jako jsou např. zapsané výdělečné společnosti nebo evropská hospodářská zájmová sdružení. Jinak více *Steininger, E.* *Verbandsverantwortlichkeitsgesetz. Ein Lehrbuch.* Wien: Linde Verlag, 2006, str. 30 a násl. *Steininger, E.* *Verbandsverantwortlichkeitsgesetz. Kommentar.* Wien: Linde Verlag, 2006, str. 43 a násl.

17 *Zeder, F.* Ein Strafrecht juristischer Personen: Grundzüge einer Regelung in Österreich. *ÖJZ*, 2001, str. 638 - 639. Dále viz *Zeder, F.* *VbVG: Verbandsverantwortlichkeitsgesetz.* Wien: Neuer Wissenschaftlicher Verlag, 2006.

18 *Lösching-Gspandl, M.* Zur Bestrafung von juristischen Personen. *ÖJZ*, 2002, str. 249.

19 *Ackermann, B.* Die Strafbarkeit juristischer Personen im deutschen Recht und in ausländischen Rechtsordnungen. Frankfurt am Main, Bern, New York: Peter Lang Verlag, 1984, str. 243.

„Odpovědnost sdružení (právnícké osoby) za čin a trestnost (trestní odpovědnost) nositele rozhodovací pravomoci nebo pracovníka sdružení za tentýž čin se navzájem nevylučují.“

Podle citovaného komentáře²⁰ odsouzení právnické a fyzické osoby není v rozporu se zákazem dvojího potrestání ve smyslu zásady *ne bis in idem*; čl. 4 Dodatkového protokolu č. 7 k Evropské úmluvě o lidských právech a základních svobodách. Nepřípustné dvojí potrestání tu nepřipadá v úvahu, protože jsou sankcionovány odlišné subjekty.

4. ČESKÁ REPUBLIKA

„De lege lata“ z hlediska tématu tohoto sdělení není co řešit. Absence pravé trestní odpovědnosti právnických osob v českém právním řádu problém zákazu dvojího potrestání (zatím) nenastoluje. To ovšem neznamená, že o něm není třeba alespoň diskutovat, tedy v rámci úvah o budoucím řešení trestní odpovědnosti právnických osob, ať již pravé, či nepravé.

Citovaná Jelínkova monografie, vycházející též z obsáhlého přehledu české odborné diskuse na téma trestní odpovědnosti právnických osob, se o problematice dvojího potrestání a jeho nepřipustnosti v tomto kontextu nepřímou zmiňuje ve svých dílčích závěrech:

„Mezinárodní prameny k trestní odpovědnosti právnických osob mnohdy připouštějí souběžnou trestní odpovědnost fyzické a právnické osoby ... Dokládají tak tendenci kumulovat trestní odpovědnost fyzických a právnických osob, a tím zvyšovat účinek trestního práva.“²¹ Takováto kumulace odpovědnostních systémů v trestním právu a účinků trestního práva samotného pak logicky nemůže připouštět dvojí potrestání, jež by bylo v rozporu s jeho zákazem ve smyslu zásady *ne bis in idem*.²²

Pouze o souběhu obou typů trestní odpovědnosti hovoří např. též Šámal.²³

De lege ferenda, jak známo, se česká trestněprávní reforma v tomto ohledu nijak výrazně neposunula. Poslanecká sněmovna Parlamentu ČR vypracovaný návrh zákona o trestní odpovědnosti právnických osob a řízení proti nim dne 2. 11. 2004 zamítla. Opakovaně předložen nebyl a přinejmenším v tomto volebním období se s tím ani nepočítá.

Nicméně také tato norma ve svém § 6 odst. 3 na problém paralelní trestní odpovědnosti reaguje, nikoli však výslovně na otázku dvojího trestního postihu, což ostatně nečiní ani jiné zahraniční právní úpravy. Citované ustanovení zní:²⁴

„Trestní odpovědností právnické osoby není dotčena trestní odpovědnost fyzických osob, ani když jsou jejími statutárními orgány, členy statutárních orgánů nebo jejími zaměstnanci

20 *Steininger, E.* Verbandsverantwortlichkeitsgesetz. Kommentar. Wien: Linde Verlag, 2006, str. 78 a násl.

21 *Jelínek, J.* Trestní odpovědnost právnických osob. Praha: Linde, 2007, str. 148.

22 *Jelínek, J.* Trestní odpovědnost právnických osob. Praha: Linde, 2007, na str. 54 zdůrazňuje v této souvislosti podstatnou skutečnost, a sice to, že při takovém souběhu trestních odpovědností se nejedná o jejich shodné subjekty.

23 *Šámal, P.* Trestní odpovědnost právnických osob de lege lata a de lege ferenda v České republice. In: *V. Kratochvíl, Löff, M. (eds.)* Hospodářské trestní právo a trestní odpovědnost právnických osob. Brno: MU v Brně, AUBI No. 272, 2003, str. 170 – 171.

24 Citováno podle *Jelínek, J.* Trestní odpovědnost právnických osob. Praha: Linde, 2007, str. 224.

a trestní odpovědností těchto fyzických osob není dotčena trestní odpovědnost právnické osoby.“

Samotná zákonná díkce je poměrně pečlivá, nakolik výslovně zdůrazňuje oboustrannost vztahu obou systémů trestní odpovědnosti. Důvodová zpráva k tomuto ustanovení na adresu dvojího trestního postihu však nic neuvádí.

Návrh též výslovně řeší spolupachatelství právnické a fyzické osoby, jakož i otázky účastenství. Tyto aspekty ovšem s problémem zákazu dvojího trestního postihu, jak je probírán v tomto příspěvku, a jak již zdůrazněno výše, nesouvisejí.

5. ZÁVĚREM

Rozsahově nutně omezený rozbor problematiky zákazu dvojího potrestání za tentýž trestný čin spáchaný právnickou a v jejím rámci fyzickou osobou, aniž by se jednalo o standardní formy trestné součinnosti, ukazuje, že jde o problém spíše jen zdánlivý.

Ve skutečnosti je tato otázka celkem jasná, i když jak vidno, opakovaně kladená.

To je patrné z reakcí výše citovaných zahraničních autorů, jejichž podstata je zhruba tato: při „souběhu“ trestních odpovědností osoby právnické a fyzické za tentýž trestný čin, to v důsledku konstrukce pravé trestní odpovědnosti nepřímé (viz odkaz č. 13), postihují uložené tresty různé subjekty (pachatele), byť jediného trestného činu, proto nemůže jít o dvojí trestní postih (tj. potrestání) za totéž a zejména téhož pachatele.

Stejně platí i o trestně procesní konotaci zásady *ne bis in idem*. To znamená, že v uvedených případech, kdy je vedeno trestní stíhání právnické a fyzické osoby pro tentýž skutek / trestný čin, se nejedná ani o dvojí trestní stíhání, jež by mělo této zásadě odporovat.

Důsledně vzato, druhou stránkou tohoto problému, a jej zároveň vysvětlující, jsou i konstrukce, které počítají s trestním stíháním a trestní odpovědností jen jednoho z obou uvedených subjektů, nepodaří-li se zjistit onoho druhého. S nimi kalkuluje drtivá většina, ne-li všechny právní úpravy pravé trestní odpovědnosti právnických osob, včetně českého návrhu.²⁵

Český zákonodárce, bude-li jednou rozhodovat o přijetí osnovy zákona o trestní odpovědnosti právnických osob, si tedy může jeden z potenciálních problémů s tím spojených – zákaz dvojího trestního postihu za tentýž trestný čin (ve smyslu procesním i hmotném) - jednoduše „odškrtnout.“

Literatura:

- Ackermann, B. Die Strafbarkeit juristischer Personen im deutschen Recht und in ausländischen Rechtsordnungen. Frankfurt am Main, Bern, New York: Peter Lang Verlag, 1984.

²⁵ Srov. § 5 odst. 3 návrhu.

- Delmas-Marty, M., Vervaele, J. A. E. (eds), The implementation of the Corpus Juris in the Member States. Volume I. Penal provisions for the protection of European Finances. Antwerpen, Groningen, Oxford, Intersentia 2000.
- Jelínek, J. Trestní odpovědnost právnických osob. Praha: Linde, 2007.
- Kmec, J. Evropské trestní právo. Mechanismy europeizace trestního práva a vytváření skutečného evropského trestního práva. 1. vyd. Praha : C. H. Beck, 2006.
- Kratochvíl, V. a kol. Trestní právo hmotné. Obecná část. 3. přepracované a doplněné vydání. Brno : Masarykova univerzita v Brně, 2002, dotisk 2003, 2006.
- Kratochvíl, V. Trestněprávní rozměr Smlouvy o Ústavě pro Evropu; rakouské zkušenosti. Právník, č. 3/2007, str. 274.
- Lösching-Gspandl, M. Zur Bestrafung von juristischen Personen. ÖJZ, 2002, str. 249.
- Mansdörfer, M. Prinzip des ne bis in idem im europäischen Strafrecht. Berlin: Duncker & Humblot, 2004.
- Pipek, J. Princip ne bis in idem v konkurenci jurisdikcí. Trestněprávní revue, III, 2004, 4, str. 98.
- Prouza, D. Zásada ne bis in idem v českém trestním procesu. České Budějovice: VŠERS, 2006.
- Steininger, E. Verbandsverantwortlichkeitsgesetz. Ein Lehrbuch. Wien: Linde Verlag, 2006. Steininger, E. Verbandsverantwortlichkeitsgesetz. Kommentar. Wien: Linde Verlag, 2006.
- Šámal, P. Trestní odpovědnost právnických osob de lege lata a de lege ferenda v České republice. In: V. Kratochvíl, Löff, M. (eds.) Hospodářské trestní právo a trestní odpovědnost právnických osob. Brno: MU v Brně, AUBI No. 272, 2003.
- Wasmeier, M. Möhlig, A. Strafrecht der Europäische Union. 2. Aufl. Baden-Baden: Nomos Verlag, 2008.
- Zeder, F. Ein Strafrecht juristischer Personen: Grundzüge einer Regelung in Österreich. ÖJZ, 2001, str. 632.
- Zeder, F. VbVG: Verbandsverantwortlichkeitsgesetz. Wien: Neuer Wissenschaftlicher Verlag, 2006.
- Právní předpisy, komentáře, jiné prameny.
- „Konsolidované znění Smlouvy o Evropské unii a Smlouvy o fungování Evropské unie - 2008“. Rada EU, Brusel 15. dubna 2008, doplněné dodatkovými protokoly a prohlášeními; podrobně viz <http://www.consilium.europa.eu/uedocs/cmsUpload/st06655.cs08.pdf>.

- Verbandsverantwortlichkeitsgesetz, BGBl I 2005/151, účinnost: 1. 1. 2006, In: V. Doralt (Hrsgb) Kodex des österreichischen Rechts. Strafrecht. 27. Aufl. Wien: LexisNexis, ARD Orac, 2007.

Kontaktní údaje na autora – email:

kratoch@law.muni.cz

TRESTNÍ ŘÍZENÍ PROTI PRÁVNICKÝM OSOBÁM Z POHLEDU NĚKTERÝCH ZÁSAD TRESTNÍHO PRÁVA PROCESNÍHO

JOSEF KUČHTA

Právnická fakulta Masarykovy univerzity, Česká republika

Abstrakt v rodném jazyce

Článek se zabývá obecně možnostmi procesní úpravy trestání právnických osob, postavením norem upravujících trestní řízení proti právnické osobě v systému trestního práva procesního, ochranou právnických osob v trestním řízení z pohledu základních práv a svobod a práva na spravedlivý proces, vybrané zásady trestního řízení aplikuje na právnické osoby.

Klíčová slova v rodném jazyce

Právnické osoby, základní zásady, trestní právo procesní, právo na spravedlivý proces, presumpce nevin, zastupování právnických osob, dohadovací řízení.

Abstract

The article generally answers to possibilities of proceeding of punishment of juristic persons, position of norms that concern penal proceeding against juristic persons in system of penal proceeding law, protection of juristic persons in penal proceeding of point of view basic rights and freedom for fair proceeding, applies the chosen principles of penal proceeding law to juristic persons and their proceeding.

Key words

Juristic persons, basic principles, penal proceeding law, right for fair proceeding, presumption of innocence, substitution of juristic persons, plea bargaining.

1. OBECNĚ O MOŽNOSTECH PROCESNÍ ÚPRAVY TRESTÁNÍ PRÁVNICKÝCH OSOB

Diskuse o zavedení trestní odpovědnosti právnických osob a jejich trestání je již delší dobu předmětem diskusí nejen v evropském rámci, ale pozornost jí věnuje i naše teorie a částečně i praxe. Česká literatura zaměřená na toto téma se zabývá pravidelně problematikou základů trestní odpovědnosti a trestání právnických osob, řízení proti právnickým osobám je však oblastí, která bývá často opomíjena.¹ Pokud je otázka trestního řízení zmiňována, pak pouze v souvislosti s některými dílčími trestněprocesními otázkami.² Zavedení úpravy trestní odpovědnosti právnických osob je však nepochybně neodmyslitelně spojeno se změnami v dosavadním trestním řízení proti fyzickým osobám. V této souvislosti je třeba prioritně řešit otázku použitelnosti zásad trestního práva procesního a jeho institutů zejména v návaznosti na jejich aplikaci vůči fyzickým osobám, kterým jsou ústavně i mezinárodněprávně zaručeny. Zákonodárce by si při úvahách o této trestní odpovědnosti měl položit např. i takové trestněprocesní otázky:

¹ Např. poslední monografie (Jelínek, J.: Trestní odpovědnost právnických osob, Linde Praha 2007) se procesními aspekty vůbec nezabývá).

² Např. Šámal, P.: K trestní odpovědnosti právnických osob, In: Koncepce nové kodifikace trestního práva hmotného České republiky, sborník příspěvků z konference konané dne 17.4. 2000, MU Brno 2000, č. 246.

- Jsou ústavní a mezinárodněprávní limity úpravy trestního řízení použitelné i v řízení ve věcech právnických osob
- Jaké obecné zásady trestního řízení a v jaké míře lze vztáhnout na řízení proti právnickým osobám
- Zda by mělo být vytvořeno specifické procesní právo pro právnické osoby nebo zda vystačit pouze s několika speciálními ustanoveními trestního řádu
- Jaký je vztah obou systémů procesních norem v rámci trestního práva procesního
- Zda má prioritu postih osoby fyzické ve vztahu k právnické, zejména při provádění procesních úkonů.

Vedle toho by samozřejmě měly být řešeny i zcela konkrétní problémy, jako je např. otázka zastupování právnické osoby v řízení, její obhajovací práva, užití zajišťovacích opatření, vznik a změny právnické osoby, možnost širšího prosazení zásady oportunitity ve vztahu k osobě právnické apod.

Vládní návrh zákona o trestní odpovědnosti právnických osob a řízení proti nim, který byl předložen poslanecké sněmovně v roce 2004 a byl jí zamítnut, rozhodně nedával na všechny tyto otázky uspokojivé odpovědi. Z paragrafovaného znění a důvodové zprávy lze pouze vyčíst, že návrh počítal s tím, že nebude vytvořeno speciální procesní právo pro právnické osoby, nýbrž že počítal spíše s velmi kusou procesní právní úpravou s rozsáhlým subsidiárním použitím trestního řádu. Podle § 1 návrhu se má v trestním řízení proti právnické osobě užit trestního řádu, nestanoví-li tento návrh jinak a není-li to z povahy věci vyloučeno. V procesní části návrhu jsou upraveny spíše jen některé dílčí odchylky od trestního řádu, přičemž úprava je velmi stručná, což ještě ve větší míře platí o důvodové zprávě. Velký prostor by tak měl být dán aplikační praxi, přičemž se jí neposkytují vhodná a dostatečně přesná aplikační vodítka. To může mít negativní vliv zejména v případě základních zásad, právě jejichž úkolem je zejména zajišťovat jak jednotný výklad, tak právní jistotu. Právě vzhledem i k teoretické nejasnosti koncepce tohoto řízení bych chtěl poukázat alespoň na následující obecnější problémy:

2. POSTAVENÍ NOREM UPRAVUJÍCÍCH TRESTNÍ ŘÍZENÍ PROTI PRÁVNICKÉ OSOBĚ V SYSTÉMU TRESTNÍHO PRÁVA PROCESNÍHO

Trestní odpovědnost právnických osob je v právních řádech většiny evropských zemí upravena tak, že buď existuje paralelní trestní předpis, který nad rámec trestního zákona upravuje specifika, jež jsou spojena s trestní odpovědností právnických osob, a to bez odkazu na trestní zákon (např. Slovinsko nebo Rakousko), nebo je tato otázka řešena zvláštními ustanoveními samotného trestního zákona (např. Francie, Finsko, Švýcarsko). To platí i pro oblast práva procesního, kde je možno často se setkat s tím, že řízení proti právnickým osobám není fakticky ani právně odděleno od řízení vedeného proti fyzické osobě. Právní úprava často počítá s tím, že v jedné věci bude vedeno řízení proti osobě fyzické i právnické, přičemž toto řízení může být často vedeno jako společné, kde se procesní úkony budou provádět současně proti oběma účastníkům, resp. obviněným. Vzájemný poměr mezi těmito dvěma řízeními bývá určen tak, že při provádění procesních úkonů bude mít přednost provedení úkonů vůči osobě fyzické. bude mít přednost provedení úkonů vůči osobě fyzické.

Takové řešení, které považuji za rozumné, převzala i návrh české právní úpravy. Není totiž reálné požadovat úplné oddělení procesního trestního práva ve vazbě na individuální a kolektivní trestní odpovědnost a vytvoření dvou na sobě úplně nezávislých specializovaných trestních procesů, i když lze najít i určité protiargumenty. Je možné založit je například na tom, že současný trestní řád zaměřuje všechny své zásady a instituty na individuální jednání fyzických osob jako důsledek potřeby realizovat ochranu jejich základních práv a svobod. Dále se zdá být zřejmým, že trestný čin právnické osoby se bude poněkud lišit od trestného činu osoby fyzické, ale dosavadní instituty trestního práva jsou uzpůsobeny aplikaci norem upravujících trestné činy osob fyzických. Samostatnosti by mohl nasvědčovat i fakt, že v jiných právních odvětvích bývá obvyklé že se odlišně upravují podmínky odpovědnosti pro osoby právnické i fyzické (např. ve správním právu v úpravě přestupků a tzv. jiných správních deliktů).

Tyto uvedené argumenty je však možné i zpochybnit. Tak např. totožnost skutku nemusí být mezi fyzickou a právnickou osobou vždycky úplně totožná (např. podle § 6 Návrhu je možné v případě zanedbání kontrolních opatření hovořit o jakési „quasi formě“ spolupachatelství či účastenství právnické osoby na činnosti osoby fyzické, někdy může trestný čin právnické osoby zahrnovat celou řadu trestných činů či forem účasti více fyzických osob, z nichž některé nemusí být ani trestnými činy např. podle formy zavinění). Prakticky vždy však bude možno dovodit objektivní souvislost, stejně tak budou mít činy identický objekt i následek. Tyto uvedené rozdíly podle mého názoru zatím nejsou na újmu tomu, aby řízení probíhalo jako společné.

Co se týče rozdílnosti v jiných právních odvětvích, i zde např. v právu správním existuje podobná úprava jako navrhovaná v trestním právu, když řízení proti právnickým osobám ohledně správních deliktů se řídí speciálními ustanoveními toho kterého ustanovení obsahujícího skutkovou podstatu deliktu, nicméně i ve správním právu platí zásada subsidiarity obecného předpisu – správního řádu – pro řešení procesních otázek speciálně neupravených. Rozdíly nejsou ani ve společenské závažnosti takových deliktů, resp. trestných činů fyzických a právnických osob, naopak právě zjištění vysoké závažnosti trestných činů právnických osob je asi hlavním důvodem pro konstruování jejich odpovědnosti v oblasti trestního práva.

V úvahu lze vzít i další následné komplikace. Vytvoření autonomní úpravy trestního řízení proti právnickým osobám nezávislé na úpravě stávající by bylo činem zajisté průkopnickým, časově i obsahově velmi náročným, přičemž efektivita takové výsledné úpravy by byla nejistá. Existence dvou autonomních úprav by znamenala velkou zátěž pro orgány činné v trestním řízení a patrně by to vyžadovalo určitou specializaci orgánů a tudíž oddělené řízení, které by opět jen stěží bylo ekonomické a efektivní a zpětně by vyvolávalo potřebu dalších následných úprav zejména na hranicích stýkajících se kompetencí.

I když pro to důvodová zpráva neskýtá dostatek informací, toto byly patrně důvody, pro které si předkladatel návrhu zákona zvolil většinovou cestu a ustoupil od ambicí nalézt úpravu důsledně korespondující s charakteristikou právnických osob, když ve zvláštním zákoně upravil nejnútnejší otázky související s řízením proti právnickým osobám a subsidiárně odkázal na úpravu trestního řádu. Tato zvláštní úprava jistě není vyčerpávající, vychází však již ze zkušeností jiných států a skýtá tak již určitý podklad pro činnost orgánů činných v trestním řízení. Je na dalších novelizačních snahách a na rozhodovací praxi, aby daly správný obsah pojmům, jejichž obsah se podle pouhého textu nemusí zdát být jednoznačným, a právně regulované dosavadní trestněprocesní instituty správně aplikovaly i ve vztahu ke kolektivním subjektům.

3. OCHRANA PRÁVNICKÉ OSOBY V TRESTNÍM ŘÍZENÍ (ZÁKLADNÍ PRÁVA A SVOBODY A PRÁVO NA SPRAVEDLIVÝ PROCES)

Procesní práva, kterým se těší v trestním řízení obviněný – fyzická osoba, jsou výsledkem rozvedení práv a svobod garantovaných ústavním pořádkem nebo mezinárodními dohodami o základních právech a svobodách. Poněvadž náš návrh odpovědnosti právnických osob předpokládá řízení pro fyzické i právnické osoby jako obviněné podle shodných pravidel, může vyvstat otázka o možnosti, vhodnosti či přípustnosti vztažení těchto základních práv a svobod i na právnické osoby.

Trestní právo procesní je spoutáno řadou limitů, jejichž cílem je ochrana jednotlivce i řádného výkonu pravomoci ze strany státních orgánů. Tyto limity mají podobu ustanovení předpisů v rámci ústavního pořádku a v rámci mezinárodních smluv. Z tohoto pohledu lze podmíněně rozlišit zásady trestního procesu tam uvedené na ty zásady, které slouží k promítnutí základních práv a svobod individua, a dále ty, které jsou konkretizací obecných ústavních zásad pro realizaci státní moci v právním státě (právo na spravedlivý proces). Do této druhé skupiny patří zejména zásady, o jejichž použití u osob právnických nemůže být sporu (např. zásada obžalovací, zásada oficiality, zásada volného hodnocení důkazů). U zásad první skupiny lze naopak uvažovat o tom, zda je žádoucí užívat je ve stejném či podobném rozsahu i vůči právnickým osobám. Tyto zásady taktéž omezují výkon státní moci, avšak děje se tak v první řadě s ohledem na lidské individuum, nikoliv na potřebu státní moci samotné. Při řešení této otázky je možno vycházet z obecné teorie ústavního práva, podle níž jsou základní práva a svobody ústavně zaručena, vymezují autonomní prostory jednotlivce chráněné před zásahy veřejné moci, nelze s nimi disponovat, jsou vůči státu vymahatelná, mají povahu veřejného subjektivního práva, které nevymezuje vztah mezi jednotlivci a právnickými osobami, ale mezi jednotlivci a státem. Konkrétní nároky z nich jsou pak vázány přímo na osobu jednotlivce.³

Vymahatelnost základních práv a svobod je založena zákonem 182/1993 Sb. o Ústavním soudu. Ačkoliv Listina základních práv a svobod o právnických osobách jako nositelích základních práv a svobod přímo nehovoří, § 72 odst. 1 zákona o Ústavním soudu výslovně určuje, že osobou, která se může domáhat ochrany svých práv cestou podání ústavní stížnosti, je i právnická osoba. Takové pojetí činí právnické osoby adresáty základních práv a svobod a omezovalo by tedy možnost realizace základních procesních zásad vůči nim nikoliv právně, ale jen fakticky. Oporu pro takové tvrzení je možno nalézt i ve stanovisku Ústavního soudu, podle něhož jsou oprávněny podat ústavní stížnost fyzické nebo právnické osoby, jestliže tvrdí, že zásahem orgánu veřejné moci bylo porušeno její základní právo nebo svoboda zaručené ústavním zákonem nebo mezinárodní smlouvou.⁴ Kritériem pro to, která práva právnické osoby mít mohou a kterých se tedy takto mohou dovolávat, je povaha práva samotného. V oblasti trestního procesu půjde pak o práva a svobody, která nejsou přenositelná na právnickou osobu. Takto se právnická osoba nemůže patrně dovolávat např. práva na život, zdraví, osobní svobodu, důstojnost a čest, práva nebýt mučena atd., nebude tedy možné např. uplatňovat zásady týkající se zadržení nebo vazby. Konkrétní upřesnění lze pak ponechat na soudní judikatuře.⁵

³ Viz k tomu např. Filip, J.: Vybrané kapitoly ke studiu ústavního práva, 2. vydání, MU Brno 2004, str. 178 a násl.

⁴ Nález ÚS ze dne 19.1.1994, sp.zn. Pl.ÚS 15/1993.

⁵ Zákon o Ústavním soudu s komentářem, ASPI Kluivert Praha 2007, str. 321.

Lze patrně resumovat, že v České republice jsou právnické osoby považovány také za adresáty většiny základních práv a svobod a mohou tedy po orgánech činných v trestním řízení požadovat, aby byly realizovány veškeré procesní zásady k jejich prosazení. Výjimky vyplývají nikoliv z právní úpravy, ale z faktického charakteru právnické osoby a příslušného základního práva či svobody. Jakékoliv redukce v použití trestněprocesních zásad, stejně jako případné zásahy do práv a svobod právnických osob musí být pak v souladu s výše uvedenými ústavními limity. I tento fakt je důležitým důvodem a vodítkem pro volbu stylu procesní úpravy řízení vůči právnickým osobám.

4. K VYBRANÝM ZÁSADÁM TRESTNÍHO ŘÍZENÍ A JEJICH APLIKACI NA PRÁVNICKÉ OSOBY

Odchylkami od řízení proti fyzickým osobám by mohla být dotčena zejména oblast dokazování, v jejím rámci pak např. zásada presumpce nevinny, zásada vyhledávací, zásada zjištění skutkového stavu bez důvodných pochybností. Při řízení proti právnickým osobám zde může docházet k pochybnostem o smysluplnosti takové šíře ochrany právnické osob. Předmětem následujících stručných obecnějších úvah budou zejména šíře okruhu osob, kterým má být přiznáno postavení obviněného, a to zejména s poukazem na zákaz nutit obviněného k výpovědi, význam doznání právnické osoby z hlediska materiální pravdy, uplatňování presumpce nevinny včetně povinnosti dokazování pro určité osoby a možnost uplatnění principu oportunitu vůči právnickým osobám.

a)

Podle § 26 odst.1 Návrhu zastupuje obviněnou právnickou osobu zástupce, kterým je fyzická osoba zmocněná ke šem úkonům, k nimž je oprávněn podle trestního řádu obviněný. Obviněným je tedy právnická osoba a podle zásady „nemo tenetur se ipsum accusare“ by tuto osobu nebylo možno nutit k tomu, aby obvinila sebe samotnou, resp. aby byla nucena k výpovědi proti sobě samé. Problémem tedy je, na jaký okruh osob jednajících v jiných vztazích za právnickou osobu by se tento zákaz měl vztahovat. V občanském soudním řízení je statutární orgán právnické osoby nebo její člen vyslýchán jako účastník a nikoliv jako svědek, otázkou tedy je, zda by se postavení těchto osob v trestním řízení, zejména statutárního orgánu, mělo omezovat na pouhou roli svědka či osoby s ediční povinností, nebo zda by měly právo odepřít svědeckou výpověď, resp. dokonce vypovídat nepravdivě. Jestliže tedy v orgánech právnické osoby figuruje více osob, ale zástupcem pro trestní řízení bude jen jedna, tato jako obviněný může odepřít výpověď, ostatní členové orgánů společnosti však budou nuceni oproti právnické osobě vypovídat. Totéž v určitém rozsahu by bylo možné vztáhnout i na ostatní osoby zastupující právnickou osobu, přičemž jejich počet může být značný. Obdobně to platí i pro ediční povinnost.

Pokud by všechny osoby zastupující právnickou osobu měly právo odepřít výpověď, mělo by to za následek podstatné ztížení možnosti prokázání trestné činnosti právnické osobě. V opačném případě je právnické osobě znemožněno, aby ke svému skutku nevypovídala.⁶ Velký dopad to pak může mít zejména na osobní společnosti, jež nemají právní subjektivitu a sankce bude dopadat přímo na společníky.

⁶ Drope, K.: Strafrechtliche Probleme bei der Einführung einer Verbandstrafe, Duncker und Humblot 2002, str. 152, 141.

Výše uvedené ustanovení § 26 Návrhu není v tomto smyslu úplně jasné, neboť podle něj je obviněným právnická osoba, jejíž zástupce má práva obviněného. Není tedy výslovně uvedeno, že tato práva nemají oba subjekty, nýbrž jen jeden z nich, což by mohlo svádět i k jinému výkladu. Přitom se uvádí, že princip nemo se ipsum accusare má lidskoprávní charakter a vztahuje se k jednotlivci, nicméně to samo o sobě nevyklučuje použití tohoto principu i u právnické osoby⁷

Domnívám se, že z praktického hlediska zasluhuje přednosti první princip, tedy jednoznačně vymezit velmi úzký okruh osob majících práva obviněného s možností odepřít výpověď. Konstituování širokého okruhu osob by vzhledem k mnohotvárnosti právnických osob vedlo k závažným problémům v dokazování až k popření samotného smyslu trestní odpovědnosti. Všechny osoby jednající za osobu právnickou není možno jednoznačně určit, rozsah jejich oprávnění je velmi rozdílný, stejně jako případné škody trestem uloženým právnické osobě jim způsobené. Vůle a jednání právnických osob mohou pocházet i od osob, které nestojí v jejich formalizovaných strukturách. Navíc tyto osoby jsou v postavení osob až zprostředkovaně dotčených újmou způsobenou právnické osobě, právnické osobě samotné také hrozí jen majetková újma nebo újma na pověsti, což nelze úplně poměřovat s tresty pro fyzické osoby. Širokým se mi jeví takové vztažení i na statutární orgány právnických osob, neboť tyto orgány mohou být v různých osobách nesterjně rozsáhlé. Navíc takovým fyzickým osobám v postavení svědka svědčí i některá oprávnění osobní povahy, jako je např. možnost odmítnout odpověď podle § 99 či 100, případně § 78 odst.2 trestního řádu. Nejpraktičtější se mi skutečně jeví omezení obviněného jen na jednoho fyzického zástupce, jak to předpokládá Návrh. Od věci by však nebylo bližší stanovení toho, zda takovým zástupcem např. musí být jen člen statutárního orgánu, osoba s formalizovaným postavením nebo kdokoliv. Samozřejmě ovšem i při takovém úzkém vymezení nastane v praxi řada pochybností dílčí povahy, např. zákazy výslechů podle § 99 trestního řádu u právnických osob, které pracují s utajovanými informacemi, kde bude třeba řešit otázku zproštění povinnosti mlčenlivosti, dále zajištění důvěrnosti informací poskytnutých obhájci zástupcem právnické osoby či jinými jejími pracovníky, otázka příkazů nadřízených orgánů zástupci ve věci využívání práv obviněného apod.

Sporné může být doznání právnické osoby v trestním řízení, zejména kdo je oprávněn se za právnickou osobu doznat a zda má mít doznání účinky v podobě upuštění od dokazování doznáných skutečností. Domnívám se, že doznání jako takové má význam v případě, pokud je učiní zástupce právnické osoby v postavení obviněného, i když zde může existovat určité riziko zneužití ze strany zástupce, zejména pokud bude určen soudem bez souhlasu právnické osoby, jak to umožňuje návrh. Stejně ovšem by mělo být přihlíženo k doznání, které je učiněno v rámci právnické osoby, které jsou oprávněny za ni jednat i v mimotrestních vztazích (např. rozhodnutím představenstva nebo jednatele).

Samotné takové doznání by mohlo mít význam hmotněprávní v rámci např. polehčujících okolností, nemělo by však by však negovat potřebu právnické osobě vinu dokázat (snad s výjimkou současného stavu podle § 314b ve spojení s § 314a trestního řádu).

b)

Obrácení, resp. posun důkazního břemene a s tím spojené presumování viny ohledně některých skutečností či prvků trestného činu je problém, který zatím není obecně diskutován

⁷ Viz opus cit. v předcházející poznámce, str. 194.

ani v zemích, které již trestní odpovědnost právnických osob zavedly. Podnětem pro úvahy může být zde fakt, že takové presumpce pro právnické osoby jsou známy v jiných právních odvětvích, např. v občanském nebo obchodním právu ve formě tzv. liberačních důvodů. Zde je však nutno poznamenat, že české trestní právo nezná pojem důkazního břemene, přičemž o jeho existenci byly vysloveny důvodné pochybnosti⁸. Toto břemeno, pokud by přicházelo v úvahu, by bylo třeba vymezit a konstituovat právě pro řízení vůči právnickým osobám. Posun důkazního břemene by byl použitelný u těch částí trestného činu právnické osoby, které jsou spjaty výlučně s právnickou osobou – jedná se především o zanedbání kontrolní a řídicí kompetence či vadnou organizaci právnické osoby podle § 6 písm. b) návrhu, které většinou tvoří jakési „pozadí“ a podmínku vlastního škodného jednání fyzických osob. Takové jednání by se mohlo přičítat právnické osobě formou jeho presumpce, neboť takové jednání nese obvykle nedbalostní charakter a není tedy zatím ve většině případů trestné, ale na závalu by nebyl ani presumpce trestného jednání fyzické osoby, ovšem za předpokladu, že by nebylo možné takto presumovat v samotném řízení vůči fyzické osobě. V praxi by to pak znamenalo, že by právnická osoba musela přinést důkaz opaku, tzn. že kontrolní řídicí i jiné povinnosti zanedbány nebyly. To by podstatně usnadnilo dokazování trestné činnosti právnických osob, neboť v mnoha případech by se muselo dokazovat dlouhodobé porušení těchto povinností, což by bylo často nereálné, neboť potřebné informace se nalézají v rukách právě této právnické osoby. Obrácení důkazního břemene by zajisté působilo dostatečně motivačně na to, aby byly potřebné informace orgánu činnému v trestním řízení poskytnuty.

Vedle okruhu presumovaných skutečností by bylo patrně nutno stanovit i míru, v jaké má právnická osoba unést důkazní břemeno, tedy zda má právnická osoba vzbudit jen důvodnou pochybnost nebo má být jí tvrzený řádný výkon kontrolních a řídicích pravomocí prokázán bez důvodných pochybností. Významný bude i charakter důkazního prostředku, kterým bude takový důkaz získáván, neboť zaměření dokazování na výkon těchto povinností v delším časovém úseku bude často negativně ovlivňovat možnost zjištění skutečností svědeckými výpověďmi a zajisté nelze očekávat, že o všech např. ústních pokynech bude vedena písemná dokumentace nebo že všechny instrukce budou sdělovány v řádné podobě.

Je třeba konstatovat, že současný návrh tyto věci výslovně neřeší, ačkoliv uvedení těchto skutečností pod § 6 Návrhu pod pojmem přičitatelnosti by nasvědčoval objektivnímu přičítání. Nepochybně by v budoucnu mělo být v případné zákonné úpravě zaujato stanovisko i k tomuto problému.

c)

V trestním řízení proti právnickým osobám by bylo vhodné ve vyšší míře brát v úvahu i účelnost a hospodárnost trestního řízení. U právnických osob se snadno může stát, že již od počátku fungují jako tzv. mrtvá schránka, která léta nevykazuje žádnou činnost, nemá obsazeny své orgány a přesto i nadále právně existuje, neboť je zapsána v příslušné evidenci. Právě s ohledem na tyto případy se jeví jako účelné zvažovat, zda v takovém případě trestní řízení proti právnické osobě vůbec zahájit, nebo spíše jen informovat orgán vedoucí tuto zákonnou evidenci, aby přikročil k provedení právních kroků ve své kompetenci (např. zrušení a následná likvidace na základě rozhodnutí rejstříkového soudu. Jiným důvodem může být snaha o korigování přísného a širokého vymezení trestní odpovědnosti, i když je zřejmé, že trestný čin je nutno pokládat spíše za exces jedince jednajícího v rámci

⁸ K tomuto pojmu v českém trestním právu viz např. Šámal, P.: Základní zásady trestního řízení v demokratickém systému, MS ČR 1992, str. 314 a násled., dále některé práce Fenkovy.

právnícké osoby. Nabízejí se zde možnosti použití prvků oportunity např. v tom směru, že by nebylo třeba zahájit trestní stíhání tam, kde zanedbání bylo nepatrné, činem byla způsobena malá škoda nebo právnická osoba přijala opatření k zabránění budoucím činům (zpřesněním současného ustanovení § 172 odst. 2 písm. c) trestního řádu). Další možností je nestíhání právnické osoby tam, kde již byla pro takový skutek odsouzena osoba fyzická. Za neúčelné by dále bylo možno považovat řízení tam, kde právnická osoba má za jediného společníka osobu, která byla sama obviněna. V úvahu přichází i použití odklonů včetně speciálních, jakými může být např. dohoda o vině a trestu.⁹

Předkládaný příspěvek nemůže dát samozřejmě vyčerpávající odpovědi na všechny výše položené otázky, jeho obecnější zaměření by spíše mělo naznačit směry, jimiž by se do budoucna mohly ubírat další úvahy. Vzhledem k dosavadní nepropracovanosti problematiky a nejednotnosti názorů u nás i v nadnárodním měřítku otázky spíše klade než řeší, nicméně jeho význam by mohl spočívat právě v upoutání pozornosti odborníků z teorie a praxe, jimž by mohl dát impuls k další analýze. Vhodnou platformou pro diskuse na toto téma by mohly být nejen přípravné práce na speciálním zákoně o řízení proti právnickým osobám, ale i aktuální práce na rekodifikačním návrhu trestního práva procesního (do konce tohoto roku by měl být předložen resortní paragrafovaný návrh nového trestního řádu), když některé konkrétnější otázky by mohly být řešeny právě i v jeho rámci.

Kontaktní údaje na autora – email:

josef.kuchta@law.muni.cz

⁹ Viz k tomu Vaníček, David, trestní odpovědnost právnických osob a fyzických osob za ně jednajících, disertační práce, Brno 2007, str. 310,311

SOME PROBLEMS OF THE CRIMINAL LIABILITY OF LEGAL ENTITY IN CRIMINAL DOGMATICS

ZOLTAN ANDRAS NAGY

University of Pecs, Hungary

Abstract

The criminal lawyers, theoretical experts get used to priority and the necessity (the needs) of the legal practice. The Act 2001:CIV of Criminal Measures against Legal Entity was composed in 2001, in Hungary in a supplementary act. It's called Measures-Model act in Hungary.

The problems of criminal liability of legal entity are:

- Foreign body in classic system of criminal liability.
- The sanctions (winding up, or limiting activity of the legal entity etc.) against the legal entities are they can be called criminal sanctions actually sanctions of civil law.

But there are benefits of the criminal liability of legal entities in practice.

Key words

The Act 2001:CIV; Measures-Model act; Problems and benefits of criminal liability of legal entity.

The criminal lawyers, theoretical experts get used to priority and the necessity (the needs) of the legal practice. The Act 2001:CIV of Criminal Measures against Legal Entity was composed in 2001, in Hungary in a supplementary act . The problems of criminal liability of legal entity are: - Foreign body in classic system of criminal liability. - The sanctions (winding up, or limiting activity of the legal entity etc.) against the legal entities are they can be called criminal sanctions actually sanctions of civil law. But there are benefits of the criminal liability of legal entities in practice

The criminal lawyers, theoretical experts get used to priority and the necessity (the needs) of the legal practice. Inter alia the creating of the criminal liability of a legal entities (in addition presence and spreading of the objective responsibility in criminal law, not only in case of committing crime under the influence of alcohol, but in cases of contraventions [motoring offences] against the safety of traffic, e.g. in Hungary).

But it can be belong here the committing crime of covered detective, the plea bargaining, protected witness etc. in the criminal proceeding.

After several precedents in legal history, in Europe – like in France (Criminal Ordinance of 1670), Italy and the German areas – has been generally accepted the practice of criminal sanctions against towns, villages, local church, guilds and universities in the 16-17th century. The French Penal Code (1810.), which is a model for a lot of penal (criminal) codes restricted the criminal liability to individual (natural) persons only.

In England in 1940's, and the rest of Europe after the II. WW. has arisen the issue of the criminal liability of a legal entities. Except Denmark, when the Butter Act (1926) criminalized some offences of legal entitis against the health of individual (natural) persons.

It has appeared on the agenda in many jurisdictions and the different level of international legal documents such Council of Europe, European Union, or OECD too.

There are some precedents of the international legal documents:

- The Recommendation of Council of Europe R. No 12/1988 (On econimical crime)
- The Recommendation of Council of Europe R. No 18/1988 (On corporate criminal liability).
- The Council Act of 19 June 1997 drawing up the Second Protocol of the Convention on the protection of the European Communities' financial interests. (97/C/ 221/02)
- Human Beings and Sexual Exploitation of Children. (97/154/JHA).

Notable the regulation of the first attempt at common (or it a part of) criminal code of Europe the „Corpus Juris Europae” (1997-2000).

The CJE accepts as a principle of individual culpability. But the „individual liability” means the criminal liability of natural person and legal person (entity) too.

The sort of criminal liabality are CJE:

Individual criminal liability, (it adheres to natural person).

Criminal liabililty of the head of the business, (it adheres to natural person too).

Criminal liabililty of organisations (it adheres to legal person).

So the CJE admits the criminal culpability of legal entities, as an individual person. But, it can be seen in CJE the head of business can not hide behind the collective decision (e.g. resolutions of shareoulders meeting or board of directors), he (she) has a self-liability. It is important in terms of sanction.

Nowadays the law orders the inflictim of punishment of the legal entities committing the act of crimes is generally admitted, not only in Europe, but in other countries of the World (e.g. USA, India). The regulation of criminal liability of legal entites can be found inside of criminal code (e.g. Denmark, France, Finnland, Belgie) or in other (supplementary) code (act) (e.g. Greece, Hungary).

Individual (natural) persons commit crimes by having the necessary mental elements (in Anglo-saxo dogmatics that means "mens rea": usually criminal intent to perform an act or omission) and having performed the act or omission [if the concrete omission is criminalized in the criminal law of country] (in Anglo-saxo dogmatics that means: "actus reus") which completes the crime.

The most important of traditional principle of criminal law, namely the individual responsiblity based on the person's guilt, and the criminal law as an ultima ratio.

Individual (natural) persons can commit anykind of offences defined in Special Part of Criminal Code. Even there are some offences which are committed by natural person (for example crime against sexuality, rape, assault against decency.

Legal entities or legal persons:

“A company may in many ways be likened to a human body. It has a brain and nerve centre which controls what it does. It also has hands which hold the tools and act in accordance with directions from the centre.”¹ The basic of this opinion was rised the authoritative decision: „The person who acts is not speaking or acting for the company. He is acting as the company and his mind which directs his acts is the mind of the company. If it is a guilty mind then that guilt is the guilt of the company. „²

In case of unlawful act of legal entity the in addition to criminal sanction, it usually is imposed a sanction on civil law.

The defined criminal sanctions against legal entitis (legal persons) – eo ipso – are not a classical criminal sanctions (except: fine, or penalty).

Corporations, legal entities can be held criminally responsible for a wide variety of crimes:

Contempt in disobeying decrees and other court orders, directed to it.

Conspiracy.

Bribery or conspiracy to bribe public officials.

The illegal practice of medicine.

Maintaining public nuisance.

Violations of licensing and regulatory statutes.

Violations of consumer protection laws

Antitrust law violations.

Liquor law violations.

Larceny, if corporate officers authorized or acquiesced in criminal act.

Extortion, assuming that it was authorized, requested or commanded by a managerial agent having supervisory responsibility.

Obtaining money by false pretenses.

Selling or exhibiting obscene matter.

¹ <http://www.takeovers.gov.au/display.asp?ContentID=542> [10.28.2008.].

² <http://www.nationmaster.com/encyclopedia/Corporate-liability> [10.28.2008.].

Statutory federal crimes and such as violations of the Occupational Safety and Health Act.³

Some criminological aspect of crimes of legal entities, for example the aim of committing crime the unlawful profit, gain, or disguising of own responsibility, unlawful act.

The decision of unlawful act is based on „typically” collective resolution.

The history of criminalizing of criminal liability of a legal entities and the Hungarian law

The discussion about the criminal liability of a legal entities was intensified after 1990's in Hungary. There are some motives for the spreading discussion after the (too?) fast economical privatization in Hungary.

a. „The industrial and economic development necessarily has gone and go hand in hand with the increasing number of crimes committed in the frame of corporations and the growing of power of these organizations.

b. The impulse of the reaction of criminal law againsts economic organization has been primarily the new type of criminality. The fight againsts this criminality and „criminal organizations” needs new solutions and legal instruments in criminal substantial and criminal procedural law as well: the criminal liability of legal entities is considered as one of these new instruments.”⁴

But the refusal answer of criminal dogmatics was „societas delinquere non potest”, (companies cannot commit an offence) referred to Savigny, or Feuerbach, who declined this, because the legal entity can't behave criminal culpability.

In the history of Hungarian criminal law history we found only one precedent of the criminal liability of a legal entities. The Act 1881:39. punished, as (only) contraversion the representatives corps of the cities, the church districts etc., if they omitted the renovations of them historic monuments, statues, buildings. I think – nowadays -, it can be current and necessary ths regulations too.

The the politics decided the the matter at issue in criminal dogmatics, the enjoying the European Union (EU).

The Hungarian law create the possibility the criminal liability of a legal entities.

The Hungarian legislation implementing the Convention on Combating Bribery of Foreign Public Officials in International Business Transactions, which entered into force on 1 March 1999.

The Act 2001:CIV of Criminal Measures against Legal Entity was composed in 2001, but enacted on May 1st 2002.

Until the Act 2001:CIV is enacted in 2004., only individuals or (natural) persons may be held criminally liable, whereas a legal entity may not incur criminal sanctions.

³ http://www.legalserviceindia.com/articles/cor_dr.htm [10.28.2008.].

⁴ http://kvt99.lib.uni-miskolc.hu:8080/servlet/eleMEK.server.fs.DocReader?id=215&file=tz_eredeti1360.pdf [10.28.2008.].

The criminal sanction-system is consist of two sanctions in Hungarian Criminal Code:

punishment,

measures (CC. 38.§ and 70.§).

There are an elements of concept of act of crime:

- dangerous for society,

- infliction of punishment,

- culpability (CC. 10.§)

The condition of sentencing of punishment comitting act of crime involving the three elements (see above).

As we can see the culpability essential element of act of crime, not only in criminal dogmatics, but in written law (in the Criminal Code 10.§) too.

Companies which are only in the course of being incorporated are, however, excluded, since they have not yet acquired any legal personality.

The Act aims to implement general criminal liability applying to all the offences which currently exist under Hungarian Criminal Code.

A legal entity may thus be punished if it commits any of these offences, which are defined in Hungarian CC. According to this Act, legal entities are criminally liable in the cases stipulated by the law, for crimen committed in their bodies or representatives.

The sanctions applicable to legal persons:

Winding up the legal entity.

Limiting the activity of the legal entity.

Imposing a fine.

The Act lays down that the measures to limit the activity and impose a fine may be ordered independently or jointly, but winding up the legal entity may not be combined with other sanctions.

Ad 1. Limiting the activity:

The court may sentence a legal entity to refrain from one or more of the following activities for a period of 1 to 3 years:

a) issuing public offerings;

b) participating in public procurement procedures;

c) entering into concession contracts;

d) benefiting from non-profit status;

e) obtaining public subsidies from local or central governments, foreign states, the European Union or other international organisations;

f) engaging in any other activity prohibited by the court. Furthermore, if a legal entity has been sentenced to limit its activities, once the judgement has become final, any public procurement and concession contracts that it has been awarded are rescinded and it is deprived of its non-profit status. In addition, it may no longer receive the public funds mentioned in item

e) above, and will be required to reimburse any such funds already received in connection with the offence.

Ad 2. Fine: The maximum fine is equal to three times the amount of the financial advantage gained or intended to be gained through the criminal act, and at least 500 000 Hungarian forints (cca. 2.000.- euros).

Ad 3. Winding up : A legal entity engaging in activities, whether legal or illegal, established for the purpose of covering up criminal activities, or in actual activities covering up criminal activities, may be wound up by the court, unless the legal entity running legal activities is recognised as acting in the public interest, is considered as being of strategic importance to the national economy, or performs national defence-related or other special tasks. (Act 2001:CIV. 3.§)

The criminal liability of a legal entities does not exclude the criminal liability of the individual person, who has committed the crime.

The Act 2001:CIV of Criminal Measures against Legal Entity it is called the „Measures-model act” (measures-founded act). The „measures model act” means, the definition of act of crime can be found in Special Part of Criminal Code, and the sanctions (= measures) are in a supplementary act. The reason of this characteristic regulation, can be faced to another problems (?) within criminal law.

Since the Hungarian legislator established the possibility of the criminal reaction against legal persons and companies in a separate act, the theoretical and practical problems of legislation created by the Hungarian is controversial issue, but only in criminal dogmatics.⁵

The problem is, there are real doubts about using legal solutions established in England and in the United States in our legal system.

The criminal liability of legal entities is „foreign body” in classic system of criminal liability, in criminal dogmatics.

The sanctions against the legal entities are – they can be called criminal sanctions – actually sanctions of civil or economical law.

It is necessary to adopt a foreign instruments in criminal law, because

⁵ <http://jesz.ajk.elte.hu/fantoly8.html> [2008.10.28]

- The proof of the unlawful act is easier in relation a legal entities in criminal proceeding.
- The civil proceedings quite long for the reparation of the victims, and
- other „weakness” of civil or economical law.

But the benefits of the criminal liability of legal entities are practicals:

- The economical crime has been increased in number committing corporates, legal entities.
- Easier to proof the crime, - no investigation how and by whom issued a resolution in board of directors, or in shareholders meeting.
- Criminal proceedings start officially on the strenght of mainrule (principle of officially).
- The burden of the proof load with authorities, and not with clients, as in civil proceedings (principle of onus probandi). The criminal proceeding seems to more efficient, and faster.
- A legal entites can easier pay the fine to the victims.
- A criminal proceedings usually faster than civil proceedings, thus injured get in soon the compensation etc. ⁶

It can be seen, the large number of benefits are is worth to break the classical criminal principle.

But it is possible too, we have to rethink some principles, a number of law establishments, solutions of the criminal law, which are rooted in 19th and 20th centuries.

Literatura:

- <http://www.takeovers.gov.au/display.asp?ContentID=542> [10.28.2008.].
- <http://www.nationmaster.com/encyclopedia/Corporate-liability> [10.28.2008.].
- http://www.legalserviceindia.com/articles/cor_dr.htm [10.28.2008.].
- http://kvt99.lib.unimiskolc.hu:8080/servlet/eleMEK.server.fs.DocReader?id=215&file=tz_e redeti1360.pdf [10.28.2008.].
- <http://jesz.ajk.elte.hu/fantoly8.html> [2008.10.28].
- <http://jesz.ajk.elte.hu/fantoly6.html> [2008.10.28].

⁶ <http://jesz.ajk.elte.hu/fantoly6.html> [2008.10.28].

Kontaktní údaje na autora – email:
nagyz@ajk.pte.hu

VYBRANÉ TRESTNĚPROCESNÍ ASPEKTY TRESTNÍ ODPOVĚDNOSTI PRÁVNICKÝCH OSOB

ALEXANDER NETT

Právnická fakulta Univerzity Palackého Olomouc, Česká republika

Abstrakt v rodném jazyce

Příspěvek je zaměřen na zodpovězení otázky, zda v souvislosti s trestní odpovědností právnických osob bude zapotřebí přijmout a v jakém rozsahu novou právní úpravu dokazování obsaženou v trestním řádu. V tomto směru nabízí určitá východiska při využití poznatků zahraničních právních úprav a současné úrovně harmonizace trestněprávních norem.

Klíčová slova v rodném jazyce

Dokazování, trestní odpovědnost právnických osob, trestněprocesní aspekty, harmonizace.

Abstract

The report has been focused on chosen criminal procedural aspects of a criminal liability of legal persons. It particularly deals with a range of necessary changes in legal regulations of evidence and proper evidence. A resource of the reflections are the current legal regulations included in a code of criminal procedure, foreign legal regulations and experience in practice relating to questions of criminal justice.

Key words

Evidence, criminal liability of legal persons, criminal procedural aspects, harmonisation.

1. ÚVODEM

V Evropě v posledním období velmi intenzivně sílí tlaky na zavedení trestní odpovědnosti právnických osob. V popředí stojí především kriminálně politické důvody a nutnost efektivního prosazení práva v souvislosti s globalizací ekonomiky a sílící ekonomickou mocí právnických osob. Hospodářský život se totiž realizuje v převážné míře prostřednictvím činnosti právnických osob. Ekonomická kriminalita je typickým projevem nedovolené činnosti právnických osob z níž vyplývá požadavek na zavedení trestní odpovědnosti právnických osob.

V roce 2004 byl v České republice zpracován vládní návrh zákona o trestní odpovědnosti právnických osob a řízení proti nim. Tento návrh zákona nebyl zákonodárným orgánem schválen.

V důvodové zprávě vládního návrhu zákona, kterým se mění z.č. 141/1961 Sb., o trestním řízení soudním (trestní řád) ve znění pozdějších předpisů, a zákon č. 219/2000 Sb., o majetku České republiky a její vystupování v právních vztazích, ve znění pozdějších předpisů je konstatováno, že je v současné době připravován věcný záměr správní odpovědnosti právnických osob za jednání, k jejichž postihu zavazují Českou republiku mezinárodní smlouvy a právní akty ES/EU a která jsou u fyzických osob postihována jako trestné činy, který by měl odpovědnost právnických osob komplexně upravit. Teprve v souvislosti s touto komplexní úpravou bude možné implementovat požadavek rámcového rozhodnutí na

uznávání rozhodnutí jiných členských států EU ukládajících majetkové tresty právnickým osobám.¹

Vládní návrh zákona o trestní odpovědnosti právnických osob a řízení proti nim z roku 2004 obsahuje procesní část nazvanou Trestní řízení. V jeho rámci hlavu první s názvem Zvláštní ustanovení o trestním řízení proti právnickým osobám a hlavu druhou s názvem Vykonávací řízení.

V procesní části návrhu zákona nejsou žádná ustanovení vztahující se k dokazování. Proto je cílem tohoto příspěvku zodpovězení následujících otázek:

- zda zavedení trestní odpovědnosti právnických osob v systému českého trestního práva bude vyžadovat změnu právní úpravy dokazování,
- jaký lze předpokládat rozsah změn právní úpravy dokazování,
- zda změna právní úpravy dokazování bude v trestním řádu či v procesní části zákona o trestní odpovědnosti právnických osob.

2. TRESTNÍ PRÁVO PRÁVNICKÝCH OSOB

Trestněprávní praxe již dlouhodobě akceptuje závěr, že způsoby páchaní trestních činů ze strany právnických osob jsou specifické. Jedná se především o kvalifikovanou přípravu a provádění trestné činnosti. Zde je pro pachatele příznačné využívání odborníků z různých odvětví. Jde zejména o využívání znalostí a zkušeností auditorů, burzovních makléřů, finančních a daňových poradců a dalších profesí. Důkazy vzniklé v souvislosti s trestnou činností právnických osob jsou také profesionálně ukrývány a ničeny. Pachatelé využívají znalostí a odborníků z oblasti informatiky, provozování informačních systémů atd.

Dále je třeba připomenout, že v důsledku trestné činnosti dochází k ohrožení nebo poškození značného počtu subjektů. Spotřebitel může být ohrožen nebo poškozen vyráběným a prodávaným výrobkem, klamavou nebo nepravdivou reklamou. Může být ohrožen i ekonomický systém ovlivněný nelegálními obchodními praktikami.

Je známo, že systém trestního soudnictví v Evropě je v současné době přetížen a trpí zdoluhavým vyřizováním trestních věcí v kauzách hospodářské kriminality, která je jedním z typických projevů trestné činnosti právnických osob. Trestního stíhání deliktů právnických osob patrně povede k vytvoření zcela nového trestního práva právnických osob. Nepochybně bude nutno uvažovat o rozlišování trestního práva právnických osob na část týkající se trestního práva hmotného a část vztahující se k trestnímu právu procesnímu. Struktura norem upravujících trestní odpovědnost právnických osob v evropských zemích svědčí o tom, že je takové členění akceptováno. Někteří odborníci upozorňují na to, že trestní stíhání právnických osob systém trestního soudnictví ještě více zatíží, neboť podstatnou část kriminality bude tvořit kriminalita hospodářská.²

¹ Vládní návrh z.č. 141/1961 Sb., o trestním řízení soudním (trestní řád, Parlament České republiky, Poslanecká sněmovna, 2008, V. volební období, tisk 595.

² Planque, J.C.:La Détermination de la personne morale pénalement responsable. Paris: L'Harmattan, 2003.

Samostatnou skupinu problémů představuje procesní část trestního práva právnických osob. Jedná se zejména o následující otázky: příslušnost soudu, označení právnické osoby, zastupování právnické osoby, společné řízení vedené proti právnické osobě a osobě fyzické, vyrozumívání o procesních úkonech, obhajoba právnické osoby, společná obhajoba obviněné právnické osoby a obviněné fyzické osoby, účast obviněného-fyzické osoby na procesních úkonech proti obviněné právnické osobě atd.. V neposlední řadě jde o důkazní prostředky využívané při dokazování trestné činnosti právnických osob.

3. VYBRANÉ ZAHRANIČNÍ PRÁVNÍ ÚPRAVY TRESTNÍHO POSTIHU PRÁVNICKÝCH OSOB

3.1 FRANCIE

Francouzská právní úprava trestní odpovědnosti právnických osob nabyla účinnosti od 1.1.1994. Stalo se tak samostatným zákonem o trestní odpovědnosti právnických osob. Tato norma má část hmotněprávní a část procesní. Je ve vztahu k trestním předpisům *lex specialis*.

Teorie i praxe opakovaně zdůrazňuje, že právnické osoby musí využívat stejných záruk spravedlivého procesu jako osoby fyzické, což pochopitelně činí systém trestní odpovědnosti právnických osob složitější.

3.2 POLSKO

Trestněprávní odpovědnost právnických osob byla zavedena v Polsku zákonem ze dne 28.10.2002 č. 197/2002 Dz. U., o odpovědnosti hromadných subjektů za činy zakázané pod hrozbou trestu. Zákon má komplexní povahu. Obsahuje úpravu trestní odpovědnosti po stránce hmotněprávní, úpravu řízení proti hromadným subjektům a některá ustanovení týkající se výkonu rozhodnutí, která doplňují trestní řád a zákon týkající se vykonávacího řízení. Ve vztahu k těmto předpisům představuje zákon o odpovědnosti hromadných subjektů *lex specialis*. V souvislosti s jeho přijetím bylo poukazováno na to, že zákon vychází jak z přesvědčení, že nikdo nemůže beztrestně mít prospěch z nemorálnosti, tak z vůle přizpůsobit polské zákony moderním standardům platným takřka ve všech zemích Evropské unie.

3.3 RAKOUSKO

Rakousko se stalo posledním státem Evropské unie ve kterém byla zavedena trestní odpovědnost právnických osob. Stalo se tak spolkovým zákonem č. 151/2005 Sbírky zákonů republiky Rakousko účinným od 1.1. 2006.

Zákon o odpovědnosti sdružení za trestné činy je ve vztahu k trestnímu zákonu a trestnímu řádu *lex specialis*. Zákonodárce rozdělil předpis do tří oddílů. V prvním oddílu je upravený rozsah aplikace zákona a vymezení pojmů. Druhý oddíl pojednává o úpravě odpovědnosti sdružení a zásadách jejich sankcionování. Třetí oddíl popisuje řízení proti sdružením. Hmotněprávní část zákona je poměrně stručná. Celý zákon včetně závěrečných ustanovení má celkem třináct paragrafů. Nehledě k celkovému rozsahu, rakouský zákon o odpovědnosti sdružení představuje kompaktní právní úpravu trestní odpovědnosti právnických osob, jejich sankcionování i řízení proti nim.³

³ Jelínek, J.: Trestní odpovědnost právnických osob, Linde Praha 2007, s. 195.

Z podaného je zřejmé, že uvedené státy zvolily model trestní odpovědnosti právnických osob upravený samostatným zákonem. Ten je možno v poměru k trestnímu zákonu a trestnímu řádu možno označit jako *lex specialis*. Dalším charakteristickým znakem je, že právní úprava je obsažena v jedné normě, která je rozdělena na část hmotněprávní a procesní. Část hmotněprávní vymezuje podmínky trestní odpovědnosti a sankcionování. Procesní část upravuje řízení proti právnickým osobám. Z hlediska námi zkoumané problematiky je třeba konstatovat, že procesní části neobsahují zvláštní ustanovení týkající se dokazování.

4. NÁVRH ZÁKONA O TRESTNÍ ODPOVĚDNOSTI PRÁVNICKÝCH OSOB V ČR (PROCESNĚPRÁVNÍ ASPEKTY)

Návrh zákona o trestní odpovědnosti právnických osob a řízení proti nim navazuje na předpisy trestního práva v oblasti práva hmotného a procesního, kterými jsou trestní zákon a trestní řád. Jde svou povahou o zákon, který bývá označován jako „vedlejší trestní zákon“ pro nějž je typické, že obsahuje trestněprávní ustanovení jak z oblasti předpisů hmotného, tak procesního práva.

Ustanovení zákona o trestní odpovědnosti právnických osob jsou ve vztahu k ustanovením trestního zákona a trestního řádu ustanoveními primární povahy tzn., že ustanovení trestního zákona a trestního řádu se používají jen tehdy, nemá-li zákon o trestní odpovědnosti právnických osob zvláštní úpravu a není-li to z povahy věci, zejména s přihlédnutím k charakteru právnických osob, vyloučeno. Návrh zákona ovšem nepředpokládá žádné změny právě v oblasti dokazování.

Z podaného je zřejmé, že zákonodárce zvolil obdobný model právní úpravy jaký byl použit ve shora uvedených zahraničních právních úpravách.

V této souvislosti je na místě připomenout, že již v roce 2003 byl přijat zákon o soudnictví ve věcech mládeže (z.č. 218/2003 Sb., v platném znění), který představuje trestněprávní normu sestávající z části hmotněprávní a procesní, která je ve vztahu k trestnímu zákonu a trestnímu řádu *lex specialis*. V procesní části tohoto zákona je v § 56 upraven důkazní prostředek s názvem „Zpráva o osobních rodinných a sociálních poměrech a aktuální životní situací mladistvého“.

Tohoto důkazního prostředku je využíváno v případě je-li to nezbytné pro další postup řízení a pro uložení nejvhodnějšího opatření. Zpráva musí být zpracována v písemné formě. K jejímu zpracování je příslušný orgán – sociálněprávní ochrany dětí, případně též Probační a mediační služba.

Tento důkazní prostředek se stál inspirací pro naše úvahy. V obdobné formě by mohl být využit i při dokazování trestné činnosti právnických osob. Konkrétně je možno uvažovat o následujících možnostech či alternativách:

a) Zpráva o plnění povinností právnické osoby vyplývající z právních předpisů upravujících vztahy ke státnímu rozpočtu.

Orgány činné v trestním řízení by byly oprávněny si vyžádat zprávu o bezdlužnosti právnické osoby u příslušného správce daně, správy sociálního zabezpečení a zdravotní pojišťovny.

b) Zpráva o plnění povinností právnické osoby vyplývajících z předpisů upravujících vztahy k obchodnímu rejstříku a živnostenskému úřadu.

Orgány činné v trestním řízení by byly oprávněny si vyžádat zprávu o tom, zda právnická osoba včas a řádně plní své povinnosti ve vztahu k těmto orgánům.

c) Zpráva o plnění povinnosti právnické osoby vyplývajících z předpisů upravující vztahy k Úřadu pro hospodářskou soutěž.

Orgány činné v trestním řízení by byly oprávněny si vyžádat zprávu o tom, zda právnická osoba včas a řádně plní své povinnosti ve vztahu k tomuto orgánu.

Tyto zprávy by orgány činné v trestním řízení opatrovaly v případě, kdy by to bylo nezbytné buď pro postup v řízení nebo pro rozhodování ve věci. Zde zejména při ukládání trestněprávních sankcí.

S tím souvisí i stanovení podmínek za nichž lze umožnit zveřejňování údajů o průběhu trestního řízení. Domníváme se, že bude zapotřebí zvážit nutnost podrobnější právní úpravy a zpřísnění podmínek pro zveřejňování informací o stíhání právnických osob především v průběhu trestního řízení. K tomuto závěru nás vede především fakt, že zveřejňování údajů o průběhu trestního řízení vedeného proti právnické osobě by mohlo sebou přinést nežádoucí dopady. Např. v podobě narušení obchodních vztahů (smluvní partneři stíhané právnické osoby by jednostranně ukončili obchodní vztahy, což by patrně mohlo vést až k ukončení činnosti právnické osoby). Dále by např. úvěry poskytnuté stíhané právnické osobě byly ze strany úvěrující banky jednostranně zesplatněny, což by mohlo vést až k „ekonomickému zániku“ stíhané právnické osoby atd..

Zavedením trestní odpovědnosti právnických osob do systému českého trestního práva patrně dojde k vytvoření samostatného oboru. Trestního práva právnických osob. Usuzujeme, že trestní právo právnických osob se bude členit na část hmotněprávní a procesní.

Zavedení trestní odpovědnosti právnických osob v zahraničí dosud nesignalizuje potřebu změny právní úpravy dokazování. V zákonech upravujících trestní odpovědnost právnických osob nejsou v procesní části upraveny specifické důkazní prostředky. Tyto nejsou rovněž upraveny v případných novelách trestního řádu, které byly přijaty v souvislosti s trestním stíháním právnických osob.

I přes tyto okolnosti se domníváme, že změnu právní úpravy dokazování při zavedení trestního stíhání právnických osob lze předpokládat. Buď v trestním řádu nebo v zákoně o trestní odpovědnosti právnických osob. Spíše se přikláníme k tomu, aby změna právní úpravy dokazování byla obsažena v procesní části zákona o trestní odpovědnosti právnických osob. Tím by byly komplexně budovány i procesní základy trestního práva právnických osob. V neposlední řadě nelze pominout ani tu okolnost, že trestní právo právnických osob bude kodifikováno v jedné právní normě.

Předpokládaný rozsah změn právní úpravy dokazování bude vycházet ze specifík způsobu páčání jednotlivých forem trestné činnosti právnických osob. Za jeden z nejdůležitějších důkazních prostředků proto považujeme shora zmíněné zprávy.

Na položené otázky odpovídáme takto:

zavedení trestní odpovědnosti právnických osob v systému českého trestního práva bude vyžadovat změnu právní úpravy dokazování s ohledem na specifika trestné činnosti páchané právnickými osobami mezi něž patří především kvalifikovaná příprava a provádění trestné činnosti s využitím kvalifikovaných odborníků z různých odvětví,

rozsah změn právní úpravy dokazování lze předpokládat nejméně v tom, že se rozšíří okruh důkazních prostředků o specifické důkazní prostředky k nimž řadíme především zprávu o plnění povinností právnické osoby vyplývající z právních předpisů upravující vztahy ke státnímu rozpočtu, zprávu o bezdlužnosti právnické osoby ohledně daní, plateb sociálního zabezpečení a plateb zdravotního pojištění, zprávu o plnění povinností právnické osoby vyplývajících z předpisů upravující vztahy k obchodnímu rejstříku a živnostenskému úřadu, zprávu o plnění povinností právnické osoby vyplývajících z předpisů upravující vztahy k Úřadu pro hospodářskou soutěž,

změna právní úpravy dokazování by měla být obsažena v procesní části zákona o trestní odpovědnosti právnických osob, neboť je žádoucí, aby trestní právo právnických osob bylo kodifikováno v jediné právní normě.

5. ZÁVĚREM

V souvislosti s předpokládaným zavedením trestní odpovědnosti právnických osob v systému českého trestního práva bude potřebné zvažovat doplnění návrhu zákona o trestní odpovědnosti právnických osob v části týkající se řízení proti právnickým osobám o specifické důkazní prostředky. To si vyžadují specifika trestné činnosti páchané právnickými osobami.

Literatura:

- Jelínek, J.: Trestní odpovědnost právnických osob, Linde Praha 2007, s. 270.
- Kavěna, M.: Trestní odpovědnost právnických osob ve vybraných státech EU. Praha:Parlament České republiky. Parlamentní institut. Studie č.5, 2007.
- Mandliak, J., Porada, V., Bruna, E.: Niekoľko úvah o trestnej zodpovednosti právnických osôb v podmienkách SR, Karlovarska právni revue, 2006, č.3.

Kontaktní údaje na autora – email:

alexander.nett@upol.cz

PENAL LIABILITY FOR THE JURIDICAL PERSON IN ROMANIAN PENAL LAW

RUXANDRA RADUCANU, CRISTINA ANAMARIA CERCEL

Faculty of Law and Administrative Sciences, University of Craiova, Romania

Abstract

The criminal liability of the moral/legal person is a newly created juridical institution for the Romanian penal legislation it appeared due to the modification of the Romanian Penal Code through the Law no. 278/2006. The idea of introducing this new institution had been outlined since the project of the new Penal Code that was adopted in 2004. The criminal liability of the moral/legal person could be essentially, involved when its organs or its representatives who are entitled to express juridically the moral person's will, should have realized, on its behalf, both the material and the moral elements of the infraction.

Key words

Criminal liability, Romanian Penal Code.

1. THE QUESTION OF PENAL LIABILITY FOR THE JURIDICAL PERSON

As we know, the quality of subject of law belongs not only to physical persons, but to juridical or moral persons as well. A problem much discussed and implying a lot of controversies in specialized literature was to establish if the juridical person could also have the quality of subject of the penal law. As subject of law, the juridical person benefits from juridical-penal protection and it might have the quality of passive subject of a crime. But the question if the juridical person should or not also have the quality of active subject of the crime was raised. The institution of penal liability for the juridical person is not new, and has been applied since the antiquity.

During the antiquity, the punishment of moral persons was allowed. In the Genesis it is said that God allegedly punished Sodoma and Gomora because of their corruption. It is claimed that Emperor Theodosius punished the city of Antiochia by taking away its theatres, its public bathhouses and its title of metropolis. Emperor Severus destroyed the city of Byzantium by taking away its theatres, its bathhouses, its honours and ornaments, reducing it to the status of a village.

In canonical law, the principle of collective liability was admitted.

In ancient law, moral persons, towns, cities and counties were liable from a legal point of view; they could be submitted to sanctions (such as, for example, the loss of their privileges, the demolition of the city walls, amercements, and so on).¹

After the French Revolution (1789), the principle of punishing communities was abolished in Europe, but it kept functioning in England.

¹ V. Dongoroz, Drept penal, republishing of the 1939 edition, Romanian Association of Penal Sciences, Bucharest, 2000, p. 295.

In modern penal law the necessity of introducing the penal liability of the juridical person was acute. Thus, in the preamble of the Convention for the Protection of Environment through Penal Law (Strasbourg, 4-th November 1998) it is stated that penal and administrative sanctions pronounced against juridical persons might have an effective role in the prevention of harm done to environment. According to article 9, paragraph 1 of the Convention, the states joining it take upon themselves to adopt the necessary measures, in order to institute possibilities of applying sanctions and penal or administrative measures, to the juridical persons who have committed, by their organs or representatives, one of the felonies stated in articles 2 and 3 of the Convention.

On jurisprudence, the European Committee of Human Rights decided that, although the European Convention of Human Rights makes no reference to a penal liability of juridical persons, it is not incompatible with such a liability. Consequently, when a penal accusation against a juridical person exists, it has the guarantee of receiving an equitable trial, ensured by article 6 of the European Convention of Human Rights. This jurisprudence is in compliance with the orientation of the European doctrine, which estimates that art. 6 and 7 of the European Convention of Human Rights do protect both physical and juridical persons.

The theory of modern penal law, has formulated and supports both the negative thesis, according to which juridical persons cannot have the quality of active subjects of the felony, and the affirmative thesis, which states that juridical persons can have the quality of active subjects of a felony.

The negative thesis, according to which juridical persons can not have the quality of active subjects of a felony, is based on the fiction theory, according to which juridical persons do not have an existence of their own, and that they are creations of the law, thus they cannot commit felonies. The main arguments of those who cannot conceive the penal liability of a juridical person are:

- The juridical person can't think and have a will, so it cannot act differently from what the physical persons which make it up might think or want to do; penal liability concerns only the physical persons which constitute the juridical person;
- It is inconceivable that a punishment could be inflicted upon a community when part of its members are innocent, because they didn't think of anything wrong, were not consulted and took no part in committing the felony;
- If a punishment should be inflicted upon a juridical person, this measure of constraint would impact, in an unavoidable way, on the innocent members of that community as well, who did not know and did not desire the acts done by the leaders of the juridical person.

The affirmative thesis is based on the so-called theory of reality, according to which the juridical person represents a reality, being an entity, which has a will and a conscience of its own, thus might be an active subject of a felony.

Arguments:

- The juridical or moral persons represent an undoubtful juridical reality; as well, they represent social forces in modern life, which might manifest themselves by committing felonies; if there are crimes such as those against persons, which could not be committed naturally by a juridical person, there are, however, many crimes which might be committed

by juridical persons, and in some cases, especially by juridical persons (such as forgery, dis-loyal competition, counterfeiting factory goods, fiscal felonies, frauds in business); according to the affirmative theory, we are dealing not with facts committed by the leaders, without the knowledge and approval of the members of the juridical person, but with actions to which all the members of the collectivity consent and desire, and which are executed in compliance to their views; juridical persons have thus a will of their own, and this collective will might be able to commit reprehensible deeds, just like the individual will of the physical person;

- There are punishments which can be applied to juridical persons taking into account their specificity, such as the dissolution, the suspension of activity, the amercement, or even security measures (for example, the prohibition from owning offices in certain places or the expulsion from the country's territory);
- Although applied to juridical persons, the punishments and the other sanctions of penal law are effective, because they might determine a changement of behaviour of the members of the juridical person, meaning by to determine them to obey to legal dispositions.

2. REGULATIONS ON THE PENAL LIABILITY OF THE JURIDICAL PERSON IN ROMANIAN LAW

In the new Romanian Penal Code² the idea of a penal liability for the juridical person was stated for the first time, specifying the conditions, which lead to it. Thus, juridical persons, with the exceptions of: the state, public authorities and public institutions, do have a penal liability, in cases determined by the law, for felonies committed in the name or in the interest of the respective juridical person, by its organs or representatives³. The penal liability of the juridical person does not exclude the penal liability of the physical person who participated in committing the same felony.

Since the enforcement and application of the new Penal Code was postponed, the current Penal Code was modified⁴; since 2006, juridical persons can be declared responsible for the felonies committed in their activity; a system of sanctions and measures adapted to juridical persons was also created, with the purpose of realizing efficient sanctions for illicit deeds, of preventing felonies from being committed and of repairing the prejudices caused.

According to the dispositions of art. 19 of the Penal Code, juridical persons, exception made of the state, public authorities and public institutions which have an activity that could not constitute the object of the private field, would have a penal liability for felonies committed in realizing the object of their activity in the interest or in the name of the juridical person, if the deed should be perpetrated in the form of guilt stated in the penal law. Penal liability for the juridical person does not exclude penal liability for the physical person who participated in committing the same felony.

The first aspect we must clarify is the determining of the collective entities that might assume penal liability for committing felonies. According to the law, the state, public authorities and

²Adopted by the Law 301/2004, published in the "Monitorul Oficial", Part 1, nr. 575 of 29/06/2004.

³ According to the article 45, paragraph 1 of the Law 301/2004.

⁴ By the Law no. 278/2006, published in the "Monitorul Oficial", no. 601 of 12 July 2006.

public institutions which have an activity which cannot constitute the object of the private field are excluded from the field of penal liability. The motivation which determined the legislators to exclude these juridical persons from penal liability is justified, on the one hand, by the necessity of these entities's services, and, on the other hand, by the continuity of these services. Thus, juridical persons attaining to public law provide services in order to guarantee the general interests or to ensure that fundamental purposes are realized. Their purpose is to satisfy social necessities, who are of interest to the entire community, not to satisfy the interests of those exercise those activities.

Juridical persons of private law however, could assume liability from a penal point of view, for the felonies committed. In this category we can include, first of all, commercial societies of their own and the branches of these societies, as they have a juridical personality. The field offices of these societies are small parts of them which do not have a juridical personality, reason for which they cannot be held accountable separately.

Associations, foundations which have patrimonies, do have the possibility of committing felonies determined by transfers of patrimony. Patronages and unions can be held accountable for deeds which break the laws on labour or other regulations.

Another important aspect is to determine the exact extent of liability for the juridical person. In Romanian legislation there are two systems for determining the area of felonies for which juridical persons might also be held penally accountable. Initially, with the new Penal Code, a system was adopted, which implied that the legislator indicated, for every felony, the possibility of it being committed by the juridical person. In the case of most of the felonies mentioned in this Code, the penal liability of the juridical person existed.

Later, with the law that modified the current Penal Code and by which the institution of penal liability for the juridical person came into force, there was another system for determining the felonies committed by juridical persons. Thus, in compliance with current regulations, penal liability of collective entities is organized upon the principle of general liability; according to this system, juridical persons have a penal capacity similar to the one of physical persons, and are able to commit whatever felony, in the qualities of author, instigator or accomplice.

The system of general penal liability does not suffer from the deficiencies that the system of specialized liability for the juridical person had. The major default of this system was that it excluded from the sphere of penal liability for juridical persons the felonies that they could not commit as author. Consequently, felonies committed by the juridical person in the qualities of instigator or accomplice were not penally sanctioned.

Current regulations cover and sanction all the actions of the juridical person which have penal consequences. In theory also⁵ the system of the general clause was preferred, leaving the task of determining, in every concrete case, if the juridical person can or cannot be held accountable for a certain felony to the judge.

Another aspect that must be determined is the subjective element which must be considered in the case of collective entities. Thus, article 19 of the Penal Code states that a condition for the penal liability of the juridical person is that the deed should be committed in the form of guilt

⁵ A. Levy, St. Blach, J.D. Blach, "La responsabilité pénale des collectivités territoriales, de leurs etlus, de leurs agents, Litec, Paris, 1995.

specified by penal law. The Penal Code regulates deeds committed as well with intent, and in the second degree. Accordingly, the juridical person could penally be liable, both for felonies with intent, and for second degree felonies as well.

Penal liability for the juridical person can be activated when the organs or their representatives - which express the society's will juridically – committed, in realizing their object of activity, in the interest or in the name of the juridical person, the material element of the felony, in the form of guilt determined by the penal law.

The sanctioning of juridical persons is realised through principal punishments and complementary punishments. The principal punishment is pecuniary and it is represented by an amercement from 2.500 lei to 2.000.000.

Complementary punishments are:

- a. the dissolution of the juridical person;
- b. the suspension of the activity of the juridical person for a period starting from 3 months up to a year, or the suspension of one of the activities of the juridical person, related to which the felony was committed, for a period starting from 3 months up to 3 years;
- c. closing down work points of the juridical person for a period starting from 3 months up to 3 years;
- d. the interdiction to participate in the procedures of public auctions for a period starting from 1 year up to 3 years;
- e. the conviction becomes a public fact.

The principal punishment will be decided upon and applied for every concrete felony committed by the juridical person, taking into account the limits of the punishment determined in the special part for physical persons, the gravity of the deed itself and the circumstances which decrease or increase the level of penal liability.

As for complementary punishments, their application is optional. One or many complementary punishments are applied when the Court estimates that, considering the gravity and the nature of the felony, as well as the circumstances in which it was committed, such complementary punishments would be necessary.

The application of one or many complementary punishments is compulsory when the law so specifies it. A situation of compulsory application of complementary punishments is the case of forgery of currency, stamps or other valuables. The sanction of the juridical person is then compulsory, along with the application of the amercement the complementary punishment of dissolving the juridical person or suspending its activity or one of its activities, as the case may be, is unavoidable.

Practical necessities do institute and legitimate regulations for the liability of juridical persons, due to the reality of life, actually. Although the application of these regulations is still at an early stage, and meets a lot of difficulties along the way, the institution of penal liability for juridical persons proves to be necessary and efficient in striving against the actual level of corporate crime.

Contact – email

rux_raducanu@yahoo.com

CRIMINAL LIABILITY OF LEGAL PERSONS IN THE REPUBLIC OF MACEDONIA

VOISLAV STOJANOVSKI

Faculty of Law, Masaryk University, Czech Republic

Abstract in original language

The concept of criminal liability of legal entities in the Republic of Macedonia was introduced in 2004. This article presents an overview of the reasons for such legislative move, it analyzes the most important provisions stipulated in the Criminal Code and the Code of Criminal Procedure, provides a summary of international standards in relation to the topic and presents the current situation concerning the actual implementation.

Key words

Criminal liability of legal entities, corporate liability, Republic of Macedonia.

1. INTRODUCTION

In 2003 Transparency International, an international non-governmental organization addressing corruption, published its annual Corruption Perceptions Index¹ placing the Republic of Macedonia at the 106 place out of 133 countries. These results pointed out that the country was one of the most corrupted states in Europe. Aside from high levels of corruption the Macedonian society was facing another great problem in the form of organized crime. Following the armed conflict that took place between the National Liberation Army (Albanians of Macedonia) and the Macedonian armed forces in 2001, a great number of illegal weapons remained on Macedonian territory. These weapons were later used in illegal trafficking and commitment of crimes, making organized crime a problem that had to be addressed immediately. In the search for a solution, best practices from around the world were analysed and the conclusion was that in order to fight corruption and organized crime more adequately the institute of Criminal Liability of Legal Persons could be introduced. In March 2004 the institute of Criminal Liability of Legal Persons was introduced. The Criminal Code² was amended and for the first time in history Criminal Liability of Legal Persons was incorporated in the Macedonian legislation.

This decision was also influenced by international standards pertaining to criminal liability of legal persons. Representatives from both the Council of Europe as well as from the United Nations advised the Macedonian government to closely follow the conventions it has ratified as well as recommendations coming from the mentioned international organizations. These conventions and recommendations are:

1. Council of Europe, Recommendation No. R (88) 18 concerning liability of enterprises having legal personality for offences committed in the exercise of their activities from 1988.

¹ Transparency International Corruption Perceptions Index 2003, Berlin. Available online: www.transparency.org/content/download/3222/19543/file/cpi2003.pressrelease.en.pdf.

² Official Gazette of the Republic of Macedonia No. 19/2004.

It is designed to promote measures for rendering enterprises liable for offences committed in the exercise of their activities, beyond existing regimes of civil liability of enterprises to which these recommendations do not apply. They apply to enterprises, whether private or public, provided they have legal personality and to the extent that they pursue economic activities.

2. Council of Europe, Convention on the Protection of the Environment through Criminal Law from 1998.

Article 9, paragraph 2 from this convention states „Corporate liability shall not exclude criminal proceedings against a natural person.“

3. Council of Europe, Criminal Law Convention on Corruption from 1999.

Article 18, paragraph 3 states „Liability of a legal shall not exclude criminal proceedings against natural persons who are perpetrators, instigators of, or accessories to the criminal offences“

4. United Nations, Convention against Transnational Organized Crime from 2000.

Article 10, paragraph 4 states „Each state arty shall, in particular, ensure that legal persons held liable in accordance with this article are subject to effective, proportionate and dissuasive criminal or non-criminal sanctions, including monetary sanctions.“

5. United Nations, Convention Against Corruption from 2004

Article 26, paragraph 4 is identical as Article 10, paragraph 4 from the against Transnational Organized Crime from 2000.

6. Council of Europe Convention on Laundering, Search, Seizure and Confiscation of the Proceeds from Crime and on the Financing of Terrorism from 2005

Article 10, paragraph 4 is identical with article 10, paragraph 4 and article 26, paragraph 4 from the above mentioned conventions.

2. CRIMINAL LIABILITY OF LEGAL ENTITIES AS PRESCRIBED IN THE CRIMINAL CODE

Under Chapter 2, section 5, article 28-a states that in the cases stipulated in the special part of this criminal code or in another law which prescribes criminal activities, the legal entity shall be held criminally accountable if the commitment of the crime can be attributed to an activity or a failure to perform the obligatory supervision, committed by the management authority or the responsible official within the legal entity, or another person authorized to act on behalf of the legal entity within the framework of its authorizations, or when it has overstepped its authorizations in order to provide gain for the legal entity. The criminal accountability of the legal entity does not abolish the accountability of the perpetrator of the crime. Regarding the crimes stipulated in the law, all legal entities shall be held criminally accountable with the exception of the state. Foreign legal entities shall be held criminally responsible if they have committed the crime on the territory of the Republic of Macedonia, regardless of whether they have their representative office or a branch office which performs activities on the territory of the Republic of Macedonia.

Article 122 in its sixth paragraph provides a definition of legal entity. The seventh paragraph defines the responsible person. A legal entity shall mean: the Republic of Macedonia, units of local self-government, political parties, public enterprises, companies, institutions and other associations, funds, financial organizations, and other organizations specified by law, which are registered as legal entities, and other communities and organizations to which have been recognized as having the property of a legal entity. A foreign legal entity shall mean: a public enterprise, institution, fund, bank, company or any other form of organization in accordance with the laws of a foreign country pertaining to the performance of economic, financial, banking, trade, service or other activities, and which has a headquarters in another country or a branch office in the Republic of Macedonia or has been founded as an international association, fund, bank or institution. A responsible person within a legal entity shall be considered to be a person within the legal entity, who considering his/her function or based on special authorization in the legal entity, is entrusted with a certain circle of matters which concern the execution of legal regulations, or regulations that are enacted on the basis on a law or a general act of the legal entity, in the management, use and disposition of property, the management of the production or some other economic process, or the supervision over them. An official person is also considered to be a responsible person, when this concerns crimes where a responsible person is found to be perpetrator, and which crimes are not foreseen in the chapter on crimes against official duty, i.e. crimes by an official person foreseen in some other chapter of this Code. When this code specifically stipulates, a responsible person shall also be considered the person who performs a special function or an authorization or is entrusted to independently perform certain operations within the foreign legal entity, as well as the person which is a representative of the foreign legal entity within the Republic of Macedonia.

The Macedonian Criminal Code does not contain the theoretical bases for establishing corporate mens rea. However a closer analysis shows that the identification doctrine was used as a method in establishing the blameworthiness of legal entities. Under this doctrine, certain employees of the company are seen as having sufficient standing within the corporation to be identified as part of the corporation. Their actions and mens rea can be seen as representing that of the company.³

There are three systems of determining for which crimes the corporations can be held liable. Under the first system—general liability⁴ or plenary liability⁵ the juristic persons' liability is similar to that of individuals, corporations being virtually capable of committing any crime. The second system requires that the legislator mention for each crime whether corporate criminal liability is possible. The third system consists of listing all the crimes for which collective entities can be held liable⁶. In the Republic of Macedonia the second system is used. Thus, legal entities are liable only in those cases where that is explicitly stipulated by the Criminal Code . The crimes for which a legal entity can be held liable include environmental offences, fraud, smuggling, money laundering, trafficking etc.

³ Jonathan Herring, *Criminal Law*, Oxford, OUP Oxford, 2 edition, 6 Jul 2006, pg. 121.

⁴ Florin Streteanu & Radu Chirita, *Raspunderea penala a persoanei juridice* 7, Rosetti 2002, pg. 112.

⁵ Cristina De Maglie, *Centennial Universal Congress of Lawyers Conference-Lawyers and Jurists in the 21st Century: Paper: Models of Corporate Criminal Liability in Comparative Law*, 4 Wash. U. Global Stud. L. Rev. 547, 2005, pg. 552.

⁶ *Ibid.*

2.1 SANCTIONS

Chapter 6 of the Criminal Code contains provisions governing the sanctions which can be imposed to legal entities. For crimes committed by legal entities, the following sanctions may be applied:

1. monetary fine;
2. temporary ban to perform a specific activity;
3. permanent ban to perform a specific activity; and
4. termination of the legal entity.

The monetary fine shall be applied in an amount which may not be less than 100.000 (around €1.600) or more than 30 million denars (around €480000). For crimes committed for the purposes of gaining profit or for crimes which cause a more substantial material damage, one may prescribe a fine for twice the maximum amount for this sanction or proportional to the degree of the caused damage or the gained profits, but not more than 20 times the amount

The temporary ban to perform a specific activity in for a time period of one to three years shall be applied in addition to the monetary fine, if during the performance of the activity of the legal entity, a crime has been committed for which crime a physical person would be sentenced with a fine or imprisonment of up to three years, and the manner in which the crime was committed suggests a threat of a repetition of the same crime or commitment of a similar crime.

The permanent ban to perform a specific activity, out of all the activities performed by the legal entity shall be applied in addition to the monetary fine, if a crime has been committed for which crime a physical person would be sentenced with at least three years of imprisonment, and the manner in which the crime was committed suggests a threat of a repetition of the same crime or commitment of a similar crime. The court shall also apply this sanction when a crime has been committed after a previous judgment whereby the legal entity has been temporarily banned from performing a specific activity.

The termination of the legal entity sanction shall be applied in addition to the monetary fine, if a crime has been committed for which crime a physical person would be sentenced with at least five years of imprisonment, and the manner in which the crime was committed suggests a threat of a repetition of the same crime or commitment of a similar crime. The court shall also apply this sanction when a crime has been committed after a previous judgment whereby the legal entity has been permanently banned from performing a specific activity.

The sanction temporary or permanent ban to perform a specific activity and termination of a legal entity, may not be applied to a legal entity established by law, or a political party. Based on a legally effective judgment whereby the legal entity has been sentenced for termination, the competent court shall initiate a procedure, specified by law, for liquidation of the legal entity within 30 days from the day of legal effectiveness of the judgment. The legal entity for which a bankruptcy procedure has been opened, shall be sanctioned for the crimes committed before the opening of the bankruptcy procedure.

When determining the sanction the court shall take into account the balance sheet and the income statement of the legal entity, type of the activity and the nature and severity of the

committed crime. If the court specifies a monetary fine for two or more crimes, the unique sanction may not be as high as the sum of the individually specified fines, nor to exceed the legal maximum prescribed for a legal entity.

If the convicted legal entity fails to pay the fine within the time period specified by law, which may not be shorter than 15 days nor longer than 30 days counting from the day of the legal effectiveness of the judgment, the court shall order a forced execution.

If the fine can not be executed from the property of the legal entity, because the legal entity does not have such property or has ceased to exist before the execution of the sentence, the sentence shall be executed from the property of the founder or the founders of the legal entity, proportionally with the invested shares, or in the case of a company, from the property of the shareholders or associates, proportionally with their respective shares. The fine for foreign legal entities shall be executed from the property confiscated in the Republic of Macedonia, or with the application of an international agreement, from the property abroad.

The court may specify a probationary postponement of the execution, for a time period of one to three years, of the monetary fine and the ban to perform a specific activity, if a crime has been committed for which the law prescribes a monetary fine or an imprisonment sentence of up to three years, if the legal entity deposits the amount of the applied fine in the court and guarantees that another crime will not be committed during the probation period. If a new crime is committed during the probation period or a crime, committed previously by the legal entity, has been uncovered, the sanction shall be executed.

It seems that Macedonian legislators implemented a criminal combative approach when determining sanctions. Some authors⁷ argue that alongside punitive measures states should try to implement more preventive and retributive sanctions like placing legal entities under state supervision or control or sanction of community service order.

The criminal prosecution of the legal entity may not take place after a period of five years from the execution of the crime. The statute of limitations of the execution of the monetary fine, shall come to pass when three years have passed from the day of the legal effectiveness of the passed judgment stipulating the fine. The statute of limitations of the execution of the temporary ban to perform a specific activity, shall come to pass when the time stipulated in the passed judgment has expired. The statute of limitations of the execution of the permanent ban to perform a specific activity, shall come to pass when five years have passed from the day of legal effectiveness of the passed judgment stipulating this sanction. The statute of limitations of the execution of the termination of the legal entity, shall come to pass when ten years have passed from the day of legal effectiveness of the passed judgment stipulating this sanction.

2.2 CONFISCATION

The material profit acquired to a criminal activity comprising money, movable and immovable objects of value, as well as any other assets, property or equity, material or immaterial rights shall be confiscated from the perpetrator, and if this confiscation is not possible, other items shall be confiscated from the perpetrator which correspond to the

⁷ Brent Fisse and John Braithwaite, *Corporations, Crime and Accountability (Theories of Institutional Design)*, Cambridge University Press, 1994.

acquired profits. The material profits shall also be confiscated from third parties to whom it has been transferred without an appropriate compensation, if they did not know, and could know and were obligated to know that it had been acquired through a criminal activity.

The objects which have been declared as cultural heritage and natural rarities, as well as those to which the damaged party is personally attached, shall be confiscated from third persons, regardless of the fact that they did not know, could not have known and were not obligated to know that these objects have acquired through a criminal activity and regardless of whether these objects have been transferred to the third parties with or without an appropriate compensation.

The goods that are confiscated are returned to the damaged person, and if there is no damaged person, they become the property of the state. If during the criminal proceeding, the damaged person is adjudged a property and legal claim, the court shall pronounce a taking away of property gain, if this exceeds the amount of the claim.

Nobody may keep or claim for their own objects that been occurred through a criminal activity. Objects that were intended or have been used to commit a crime shall be confiscated from the perpetrator, regardless of whether they belong to the perpetrator or to a third party, if this is required by the interest of general safety, health of the people or moral reasons. The objects which have been used or were intended to be used to commit a crime may be confiscated if there is a threat that they may be used to commit another crime. Objects, which are the property of a third party, shall not be confiscated, except if the third party knew, could now and was obligated to know that these objects have been used or were intended to be used to commit a crime. The court shall pas a decision to confiscate the objects within the framework of a procedure specified by law also in the case when, due to factual or legal reasons, it is impossible to conduct the criminal procedure with respect to the perpetrator of the crime. The application of this measure does not interfere with the right of third parties to compensation of damages from the perpetrator of the crime. Under the conditions stipulated in the ratified international agreements, the objects may be returned to another country.

3. PROCEEDINGS AGAINST LEGAL ENTITIES

The Criminal Procedure Code⁸ contains rules which govern the proceedings against legal entities. In its nineteenth chapter the Code stipulates that after a criminal report against the responsible person or representative of the legal entity is being submitted, and there are grounds for suspicion that the conditions for criminal responsibility of the legal person are fulfilled, Public Prosecutor can request initiation of the criminal procedure for the same criminal act against the legal entity as well. The Public Prosecutor can decide not to overtake prosecution or to give up from criminal prosecution, if the legal entity does not have what so ever property, or the property is so small, that can not cover the expenses of the criminal procedure, or if a bankruptcy procedure is initiated against the legal entity. For a criminal act committed by a legal person a unique procedure is being conducted. Should some justifiable reasons exist, the procedure can be divided.

The main trial procedure starts with examining the responsible person for every point of the indictment. Afterwords, the same is being done with the representative of the legal entity. Random order of presenting the evidences is determined by the court starting firstly from the

⁸ Official Gazette of the Republic of Macedonia No. 15/2005.

evidences that are referring to the responsible person. Provisions for bringing the decision without main trial are also applicable in the criminal procedure against legal entities.

The verdict pronounced to the legal person has to content the name of legal person and its residence, personal number, name and surname of its representative and the residence address, as well citizenship and the number of the travel document of the foreigner selected as a representative of the legal person. The verdict is registered in the criminal record for legal entities.

4. IMPLEMENTATION

Several training activities with regard to the criminal liability of legal entities, including a training course for police officers of the department for organised crime which started in as well as a multidisciplinary course for prosecutors, customs officials, tax officials, officials of the Financial Intelligence Unit (FIU) and of the financial police. They indicate that 128 newly appointed high level police officials have been trained on the recent amendments of the Criminal Code and the Code of Criminal Procedure in this respect, and that the Police Academy as well as the Academy for Judges and Prosecutors have included this topic in their curricula for in-house training. The authorities state, however, that there are no clear indicators that, in practice, criminal investigations have been carried out against legal persons except in the case of tax offences. The practical application of this legislation still needs to be encouraged. The authorities have to step up their efforts and to provide further training activities for police, prosecutors and judges in this field⁹.

Even four years after the amendments of the Criminal Code entered into force, Public prosecutors decided to initiate proceedings only in one tenth of the cases where criminal liability of legal entities was possible.¹⁰ Until this days there is no final decision for any other type of crimes but evasion of taxes comitted by legal entities. This situation shows that the concept of criminal liability of legal entities is not properly implemented in the Republic of Macedonia.

Literature:

- Jonathan Herring, *Criminal Law*, Oxford, OUP Oxford, 2 edition, 2006.
- Streteanu & Radu Chirita, *Raspunderea penala a persoanei juridice 7*, Rosetti 2002.
- Cristina De Maglie, *Centennial Universal Congress of Lawyers Conference-Lawyers and Jurists in the 21st Century: Paper: Models of Corporate Criminal Liability in Comparative Law*, 4 Wash. U. Global Stud. L. Rev. 547, 2005.
- Vlado Kambovski, *Criminal Liability of Legal Entities – a comparative research*, Skopje, Faculty of Law, 2007.
- Andrew Ashworth, *Principles of Criminal Law*, OUP Oxford; 5 edition, 2006.

⁹ Greco RC-II (2007) 8E, Compliance Report on the Republic of Macedonia, Second Evaluation Round, Strasbourg, 19 October 2007 Available online: [www.coe.int/t/dg1/greco/evaluations/round2/GrecoRC2\(2007\)8_FYRoMacedonia_EN.pdf](http://www.coe.int/t/dg1/greco/evaluations/round2/GrecoRC2(2007)8_FYRoMacedonia_EN.pdf)

¹⁰ Vlado Kambovski, *Criminal Liability of Legal Entities – a comparative research*, Skopje, Faculty of Law, 2007 pg. 18

- Brent Fisse and John Braithwaite, *Corporations, Crime and Accountability (Theories of Institutional Design)*, Cambridge University Press, 1994.

Contact – email

vstojanovski@justice.com

K OTÁZCE PŘÍČITATELNOSTI TRESTNÉHO ČINU PRÁVNICKÉ OSOBY

PAVEL ŠÁMAL

Nejvyšší soud České republiky; Právnická fakulta Univerzity Karlovy; Fakulta právnická
ZČU Plzeň, Česká republika

Abstrakt v rodném jazyce

Tento příspěvek se v návaznosti na zvažovanou trestní odpovědnost právnických osob zabývá přiřítatelností trestného činu právnické osobě. Především vymezuje problém jednání právnické osoby, za které lze vyvozovat její trestněprávní odpovědnost a k němuž se musí vztahovat zavinění ve formě úmyslu nebo nedbalosti, a to na základě přiřítatelnosti trestného činu právnické osobě. Návrh zákona o trestní odpovědnosti právnických osob, který nebyl přijat Parlamentem České republiky, však tuto přiřítatelnost vymezoval příliš široce, zejména pokud byla tato navázána na odpovědnost zaměstnanců při plnění pracovních úkolů. Řešením je zákonem umožnit vyvinění právnické osoby, zejména v případě excesu za ni jednající fyzické osoby, zvláště při jejím výlučném zavinění způsobeného trestněprávního následku, kterému nemohla právnická osoba ani při vynaložení veškeré spravedlivě po ní požadované opatrnosti předejít či mu zabránit, anebo pokud by se na jednání fyzické osoby v žádném směru nepodílela a ani se s ním následně neztotožnila (neakceptovala ho).

Klíčová slova v rodném jazyce

Trestní odpovědnost právnických osob, jednání právnické osoby, úmysl, nedbalost, přiřítatelnost trestného činu právnické osobě.

Abstract

In relation to the considered criminal liability of legal entities, this essay discusses the possibility of attribution of a criminal act to a legal entity. The work defines the problem of actions by a legal entity, which can imply its criminal liability and to which fault must apply in the form of intent or negligence, on the basis of the possibility of attribution of the criminal act to a legal entity. However the draft of the Law on Criminal Liability of Legal Entities, which was not accepted by the Czech republic Parliament, defined this possibility of attribution too generally, particularly if this was related to the liability of employees when performing work tasks. The solution is to have the law enable exoneration of the legal entity, particularly in the case of an excess by the private individual acting on its behalf, particularly in the event of its exclusive fault for the resulting criminal consequence, which the legal entity could not anticipate or prevent not even if it expended all justly required care or if it did not participate in the actions of the private individual in any aspect nor did it endorse it subsequently (did not accept it).

Key words

Criminal liability of legal entities, actions by a legal entity, intent, negligence, the possibility of attribution of a criminal action to a legal entity.

1. ÚVOD

V současné době je již podruhé projednávána v Parlamentu České republiky nová kodifikace trestního práva hmotného, která však neobsahuje úpravu trestní odpovědnosti právnických osob. V souvislosti s tím, proč tomu tak je, se v důvodové zprávě jen stručně uvádí, že „návrh

restního zákoníku nepočítá vedle klasické restní odpovědnosti osob fyzických se zavedením restní odpovědnosti právnických osob. Na základě dohody ministrů spravedlnosti a vnitra se úprava odpovědnosti právnických osob, včetně účinných, přiměřených a odstrašujících sankcí, upraví v návrhu správního restání, který připravuje Ministerstvo vnitra. V mezinárodních dokumentech se požaduje odpovědnost právnických osob za jejich deliktní jednání, avšak není bezpodmínečně požadována restní odpovědnost, proto také v některých státech Evropské unie (např. Německo) není zavedena restní odpovědnost, ani se s jejím zavedením v budoucnu nepočítá. V rámci správního restání bude zajištěno i naplnění katalogu doporučovaných sankcí pro právnické osoby, jako např. zbavení nároku na veřejné dávky a subvence, peněžité pokuty, dočasné, či trvalé vyloučení z komerčních aktivit, dohled, likvidace právnické osoby apod.“¹

Přesto se domnívám, že bylo správné, pokud bylo v sekci restního práva mezinárodní konference Dny Práva, pořádané Právnickou fakultou Masarykovy univerzity, zvoleno téma – Restní odpovědnost právnických osob, neboť je třeba připomenout, že v průběhu prací na rekodifikaci restního práva hmotného se s přihlédnutím k tendencím v Evropě i ve světě také v České republice vážně zvažovalo zavedení restní odpovědnosti právnických osob. Přitom bylo zejména zdůrazňováno, že „právní řád musí umožnit účinné sankcionování protiprávního jednání korporací, tedy subjektů, které ovlivňují a kontrolují většinu oblastí života společnosti“. Záměr zavést restní odpovědnost právnických osob prezentovaný tehdejší vládou vedenou sociálně demokratickou stranou došel svého výrazu v prvním vládním návrhu kodifikace restního práva hmotného,² který byl předložen Poslanecké sněmovně Parlamentu České republiky dne 21. července 2004 (tisky 744, 745 a 746). Snahou bylo umožnit účinnější postih některých závažných jednání výslovně uvedených ve zvláštní části restního zákona (např. jednání spojených s organizovaným zločinem, závažné ekonomické a majetkové kriminality, činů vážně poškozujících životní prostředí apod.), zvláště když se v moderní společnosti ukazuje, že samotná individuální restní odpovědnost fyzických osob v podmínkách kolektivních organizačních forem není schopna zabránit společensky škodlivým účinkům. Právnická osoba představuje určitý systém, jehož účinnost není dána pouhým součtem sil jednotlivých fyzických osob, tvořících její personální substrát, nýbrž je mnohem vyšší. Navrhovaným restním postihem právnických osob se chtělo dosáhnout účinnější ochrany významných celospolečenských zájmů, která měla být dosažena hrozbou a výkonem restních sankcí, které by byly s to ovlivnit chování právnických osob žádoucím směrem.³ Vládní návrh zákona o restní odpovědnosti právnických osob a řízení proti nim, který tvořil součást kodifikace restního práva hmotného, byl však Poslaneckou sněmovnou Parlamentu České republiky zamítnut v prvním čtení. Vzhledem k tomu, že šlo o první vládní

¹ V podstatě ke stejnému závěru dospěla i specializovaná komise ustavená ministrem spravedlnosti již v roce 2000 k posouzení možného řešení odpovědnosti právnických osob za delikventní jednání, která však k otázce zavedení restní odpovědnosti právnických osob nedospěla k jednoznačnému řešení, když ve svých závěrech mimo jiné uvedla, že „rovnocenného kriminálně politického cíle lze dosáhnout též správním restáním právnických osob“. Současně však upozornila na to, že „jeho dosavadní právní úprava je velmi nedokonalá a naléhavě vyžaduje zdokonalení.“ – viz *Musil, J., Prášková, H., Faldyna, F. Úvahy o restní odpovědnosti právnických osob de lege ferenda. Restní právo, 2001, č. 3, s. 15.*

² Součástí této kodifikace byly tři návrhy zákonů – restního zákoníku, zákona o restní odpovědnosti právnických osob a řízení proti nim a zákona o změně některých zákonů v souvislosti s restním zákoníkem a zákonem o restní odpovědnosti právnických osob a řízení proti nim.

³ *Musil, J. Restní odpovědnost právnických osob - ano či ne? In. Kuchta, J. (ed.) Koncepce nové kodifikace restního práva hmotného České republiky. Sborník příspěvků z mezinárodní konference konané dne 17. 4. 2000. Brno: Masarykova univerzita, 2000, s. 178 až 179.*

návrh zákona, který zamýšlel zavést na území České republiky trestní odpovědnost právnických osob, šlo nepochybně o důležitý mezník ve vývoji trestního práva hmotného, a proto si zaslouží i z tohoto hlediska určitou pozornost, zvláště když se v návaznosti na v té době vedenou poměrně rozsáhlou diskusi v odborné literatuře⁴ zabýval poměrně rozsáhlým okruhem otázek souvisejících s trestní odpovědností právnických osob, a to včetně jednání právnické osoby v trestněprávním smyslu a přičitatelnosti trestného činu právnické osobě.

2. SPÁCHÁNÍ TRESTNÉHO ČINU PRÁVNICKOU OSOBOU

Jednou z nejdůležitějších otázek vedle pojmu trestněprávně odpovědné právnické osoby, rozsahu trestných činů, za které může odpovídat právnická osoba, a sankcí ukládaných právnickým osobám je problém jednání právnické osoby, za které lze vyvozovat její trestněprávní odpovědnost. Česká právní úprava pojem právnické osoby výslovně nedefinuje, ale vychází ze skutečnosti, že právnické osoby jsou subjekty práva odlišné od fyzických osob, jsou uměle právem vytvořeny a nadány způsobilostí k právům a povinnostem, způsobilostí k právním a protiprávním úkonům a odpovědností v právních vztazích. Vzhledem k tomu, že vznik a existence právnických osob představují určitou právní konstrukci, musí být právem upraven i způsob jednání právnických osob jako subjektů práva navenek, poněvadž právnická osoba jako celek nemá vlastní vůli, nemůže tedy podle ní jednat a navenek ji projevovat. Proto náš právní řád stanoví, že vlastní jednání právnické osoby představují ty projevy vůle, které jménem právnické osoby činí její určité orgány nebo zástupci jako fyzické osoby a právní následky spojené s těmito projevy vůle (ať již v podobě právních úkonů, nebo protiprávních úkonů) se přičítají přímo právnické osobě jako subjektu práva.

Právnická osoba tedy může činit právní úkony svými orgány nebo je za ni mohou činit zástupci. Z ustanovení § 20 odst. 1 ObčZ vyplývá, že jednání statutárního orgánu je vlastním jednáním právnické osoby samé. Právní úkony statutárního orgánu se přičítají právnické osobě samé. Obdobně tomu je i podle § 13 odst. 1 věta druhá ObchZ, podle něhož právnická osoba jedná statutárním orgánem nebo za ni jedná zástupce. Příмым jednáním podnikatele – právnické osoby je tedy jednání jejího statutárního orgánu. Právní úkony učiněné statutárním orgánem jsou právními úkony právnické osoby. Vedle statutárních orgánů mohou činit z praktických důvodů za právnickou osobu právní úkony i jiní její pracovníci nebo členové. Ti však mohou činit právní úkony jen za podmínky, že je tak stanoveno ve vnitřních předpisech právnické osoby (statutu, stanovách, organizačním řádu atd.) anebo, pokud to v nich stanoveno není, za podmínky, že to je vzhledem k jejich pracovnímu zařazení obvyklé – § 20 odst. 2 ObčZ (je-li někdo u právnické osoby zařazen pracovně jako pokladník, je obvyklé, že přijímá peníze atd.). Rozdílnost mezi statutárním orgánem a jinými pracovníky (členy)

⁴ Blíže srov. Musil, J. Trestní odpovědnost právnických osob: historický vývoj a mezinárodní srovnání. In: Musil, J., Vanduchová, M. (ed.) Pocta prof. JUDr. Otovi Novotnému k 70. narozeninám. Praha: CODEX Bohemia, 1998, s. 76 až 98; Musil, J. Trestní odpovědnost právnických osob - ano či ne? In: Kuchta, J. (ed.) Koncepce nové kodifikace trestního práva hmotného České republiky. Sborník příspěvků z mezinárodní konference konané dne 17. 4. 2000. Brno: Masarykova univerzita, 2000, s. 166 až 185; Šámal, P. K trestní odpovědnosti právnických osob. In: Kuchta, J. (ed.) Koncepce nové kodifikace trestního práva hmotného České republiky. Sborník příspěvků z mezinárodní konference konané dne 17. 4. 2000. Brno: Masarykova univerzita, 2000, s. 197 až 222; Musil, J., Prášková, H., Faldyna, F. Úvahy o trestní odpovědnosti právnických osob de lege ferenda. Trestní právo, 2001, č. 3, s. 6 až 17; Solnař, V., Fenyk, J., Císařová, D. Základy trestní odpovědnosti. Praha: Nakladatelství Orac, 2003, s. 258 až 260; Šámal, P. Trestní odpovědnost právnických osob de lege lata a de lege ferenda v České republice. In: Kratochvíl, V., Löff, M. (ed.) Sborník Hospodářské trestní právo a trestní odpovědnost právnických osob. Brno: Masarykova univerzita, 2003, s. 104 až 182.

právní osoby je dána odlišným rozsahem jejich jednatelského oprávnění. Podobné právní následky mají i právní úkony fyzických osob, které za právní osobu jednájí zejména na základě smluvního zastoupení (např. prokurista, advokát).⁵

Přitom je třeba mít na paměti, že jednou ze základních námitek proti trestní odpovědnosti právnických osob je tvrzení, že právní osoby nejsou způsobilé jednat v trestněprávním smyslu, neboť nemají vlastní vůli, bez vůle není viny a bez viny není trestní odpovědnosti. Tato námitka je jednou z nejzásadnějších, a proto je zpravidla odpůrci trestní odpovědnosti právnických osob nejvíce akcentována, poněvadž se dotýká otázky zaviněného jednání v návaznosti na základní zásadu trestního práva hmotného, a to odpovědnosti jen za zaviněné jednání („bez zavinění není trestný čin ani trest“).

Přesto si však lze zejména na základě vývoje občanskoprávní teorie představit zaviněné deliktární jednání právní osoby, s nímž počítá nejen nauka občanskoprávní, ale i teorie administrativněprávní. Právní osoby jsou reálně způsobilé jednat, a to jak v souladu s příkazem právní normy, tak i v rozporu s ním. Přitom z toho, že za právní osobu jednájí vždy fyzické osoby, nelze dovozovat, že by tím byla vyloučena způsobilost právnických osob k zaviněnému jednání, neboť podle sociologických výzkumů mají právní osoby jako kolektivy osob vůli odlišnou od osob, které je tvoří, což právo obecně ve vztahu k právnickým osobám uznává. Zavinění ve vztahu k trestní odpovědnosti je třeba formulovat ve smyslu přičitatelnosti trestného činu právní osobě na základě chybného výkonu tzv. rizikového managementu, tj. chybného zvládnutí zvýšeného rizika vyplývajícího z provozování podniku („vina vedení podniku“). Podle tohoto pojetí lze právní osobě přičítat spáchání trestného činu, jestliže trestný čin byl spáchán na podkladě rozhodnutí, schválení nebo pokynu jejích orgánů nebo ovládajících osob, nebo proto, že její orgány nebo jiné odpovědné osoby neprovedly taková opatření, která měly provést podle zákona nebo která po nich lze spravedlivě požadovat, zejména neprovedly povinnou nebo potřebnou kontrolu nad činností zaměstnanců nebo jiných osob, jimž jsou nadřízeny, anebo neucinily nezbytná opatření k zamezení nebo odvrácení následků spáchaného trestného činu.⁶

3. TRESTNĚPRÁVNÍ JEDNÁNÍ PRÁVNICKÝCH OSOB V NĚKTERÝCH ZAHRANIČNÍCH ÚPRAVÁCH

V zásadě ve všech zahraničních úpravách trestní odpovědnosti právnických osob je věnována pozornost základním podmínkám vztahujícím se ke vzniku trestní odpovědnosti konkrétní právní osoby. Obecně se zpravidla uvádí, že základní podmínkou vzniku trestní odpovědnosti je spáchání trestného činu ve prospěch (for their benefit; pour leur compte) právní osoby, jejím jménem nebo v jejím zastoupení orgánem (např. představenstvem, jednatelem, obecní radou) nebo představitelem (ředitelem, managerem, starostou, ale i faktickým vedoucím). Tento orgán nebo představitel musí být nadán pravomocí vystupovat za právní osobu, anebo autoritou činit za ní rozhodnutí nebo autoritou vykonávat kontrolu nad ní. Proto nemůže být zpravidla základem odpovědnosti právní osoby jednání jejího pouhého zaměstnance, nejde-li o případ, v němž obdržel plnou moc k jejímu zastupování, anebo o situaci, kdy s ohledem na zaviněné opomenutí řídicího vedoucího nebo

⁵ Šámal, P. Trestní odpovědnost právnických osob de lege lata a de lege ferenda v České republice. In: Kratochvíl, V., Löff, M. (ed.) Sborník Hospodářské trestní právo a trestní odpovědnost právnických osob. Brno: Masarykova univerzita, 2003, s. 153 až 154.

⁶ Novotný, O., Vanduchová, M. a kol. Trestní právo hmotné – 1. Obecná část. 5. vydání. Praha: ASPI, a. s., 2007, s. 215 až 216.

jiného představitele právnické osoby ve vztahu k povinné opatrnosti, je možno za konečné jednání zaměstnance vyvodit odpovědnost zaměstnávající právnické osoby.

Pokud bude uvažováno o trestní odpovědnosti právnických osob, nebude v České republice zřejmě myslitelná úprava, která by tyto rozhodné otázky záměrně ponechávala na judikatuře, jak se to stalo při zavedení trestní odpovědnosti právnických osob v roce 1976 v Nizozemí, a to již vzhledem k shora zmíněné projevené „nechuti“ k zavedení takové odpovědnosti Parlamentem České republiky, byť judikatura i literatura se v Nizozemí následně svého úkolu precizovat obecné ustanovení o trestní odpovědnosti právnických osob aktivně ujala a postupně vypracovala potřebná kritéria pro vyvození trestní odpovědnosti právnických osob. Podle nizozemské teorie i praxe musí být současně splněny dva požadavky, a to

-kritérium moci, jež znamená skutečnou možnost právnické osoby ovlivňovat zakázané jednání, a

-kritérium akceptace, které znamená, že právnická osoba přijala takové jednání za své.

Podstatně určitější je belgická úprava trestní odpovědnosti právnických osob, obsažená v zákonu o trestní odpovědnosti právnických osob, podle něhož je třeba, aby spáchaný trestný čin „byl vnitřně provázán s realizací cíle sledovaného touto osobou, anebo s obranou jejich zájmů, anebo aby z konkrétních skutečností vyplývalo, že trestný čin byl spáchán jejím jménem“ (čl. 5 odst. 1 belgického trestního zákona). Bude tedy třeba, aby spáchání trestného činu vyplývalo ze záměrného rozhodnutí učiněného či přijatého uvnitř společnosti, anebo bylo důsledkem nedbalosti uvnitř právnické osoby s potřebným příčinným vztahem (kausální nexus), a to ve smyslu, kdy nedostatečná vnitřní organizace právnické osoby, neodpovídající bezpečnostní opatření či nerozumná rozpočtová omezení vedou ke vzniku podmínek, které pak umožnily spáchání trestného činu, např. proti životnímu prostředí.

Obdobně je tomu podle francouzského trestního práva, kde podle čl. 121-2 francouzského trestního zákoníku je k trestní odpovědnosti právnické osoby nutné, aby trestný čin byl spáchán jejím jménem (v její prospěch či na její riziko) a jejími orgány nebo zástupci. Orgánem se rozumí ve smyslu zákonů, jiných právních předpisů či stanov u územně správních celků např. starosta, městská rada, předseda regionální rady, regionální rada sama, předseda, rada a výbor svazu obcí (syndicat des communes), dále u právnických osob soukromého práva, např. předseda, ředitel, vedoucí, správní rada, direktorium, dozorčí rada, valná hromada obchodní společnosti, sjezd nebo valné shromáždění odborové organizace nebo svazu atd. Zástupce může splývat s určitým orgánem společnosti, ale může jít i o odlišnou osobu, např. o prozatímního správce nebo o likvidátora, dále o speciálního mandatáře pověřeného právnickou osobou, aby ji zastupoval, a rovněž každou titulární osobu s plnou mocí atd. Trestný čin musí být spáchán jménem právnické osoby (v její prospěch nebo na její riziko), a proto pokud orgán nebo zástupce jednal svým vlastním jménem či ve svém vlastním osobním zájmu, a to dokonce i ke škodě právnické osoby, nezakládá to trestní odpovědnost právnické osoby. Např. v případě finančního úpadku zaviněného vedoucím pracovníkem, který zpronevěřil fondy právnické osoby, je dána pouze jeho vlastní trestní odpovědnost. Naproti tomu, pokud ředitel společnosti získá pomocí úplatku předaného

veřejnému funkcionáři nebo volenému zástupci výhody pro obchodní společnost, kterou řídí, bude dána trestní odpovědnost této obchodní společnosti.⁷

Problémy pak zpravidla vznikají při výkladu pojmu „faktického vedoucího“, tedy osoby, která má faktickou moc a řídí činnost právnické osoby, avšak nebyla ustanovena do řídicí funkce v souladu s právními předpisy nebo stanovami, kdy názory na možnost trestní odpovědnosti právnické osoby v důsledku jednání takové osoby se liší. Francouzská nauka se kloní k názoru, že taková osoba není orgánem (představitelem) ani zástupcem, a proto její jednání nevede k trestní odpovědnosti právnické osoby. Naproti tomu nizozemská judikatura se kloní k možnosti posuzovat tyto případy v rámci trestní odpovědnosti právnických osob na základě kritéria akceptace, kdy právnická osoba takové zakázané jednání faktického vedoucího akceptovala - přijala za své a měla z něho nezákonný prospěch. Srovnej k tomu i judikáty, podle nichž o faktické řízení jde i tehdy, jestliže vedoucí zaměstnanec „byl informován o zakázaném jednání a nezabránil mu, ačkoliv tak mohl učinit“ (Hoge Raad, ze dne 20. 11. 1984, NJ 1985; Hoge Raad, ze dne 19. 12. 1986, Nr. 1893 a 1844).⁸ Domnívám se, že tyto případy je třeba v případné úpravě trestní odpovědnosti právnických osob zahrnout pod trestní odpovědnost právnické osoby zejména za podmínky, kdy management nebo dozorující orgány byly o takovém jednání „faktického vedoucího“, z kterého měla právnická osoba ilegální prospěch, předem informovány nebo ho později akceptovaly, neboť jinak by tento prospěch nemohl být v rámci trestního řízení konfiskován, a navíc by právnická osoba nebyla ani postížena za opomenutí jednat tak, aby nedošlo ke spáchání trestného činu.⁹

4. PŘÍČITATELNOST TRESTNÉHO ČINU PRÁVNICKÉ OSOBY

Zajímavý pokus řešit trestní odpovědnost právnických osob v České republice obsahoval vládní návrh zákona o trestní odpovědnosti právnických osob a řízení proti nim předložený Parlamentu České republiky v roce 2004 v rámci návrhu nové kodifikace trestního práva hmotného, přičemž bez významu není ani vývoj příslušných ustanovení dotýkajících se jednání právnické osoby v trestněprávním smyslu a přičitatelnosti trestného činu právnické osobě. Tak v původním návrhu předloženém Ministerstvem spravedlnosti do legislativního procesu byla problematika rozčleněna do dvou ustanovení § 5 a § 6 návrhu s touto dikcí:

§ 5

Trestný čin spáchaný právnickou osobou

(1) Trestným činem spáchaným právnickou osobou je čin spáchaný jejím jménem, v jejím zájmu nebo na úkor či v zájmu jiného, pokud naplňuje znaky některého z trestných činů uvedených v § 4, jednal-li tak

⁷ *Gauthier, M. M.*: La responsabilité morale des personnes morales /champ d'application, conditions de mise en oeuvre, sanctions/ (Odpovědnost právnických osob /oblast aplikace, podmínky uplatňování, sankce/). Materiál předložený na semináři o trestní odpovědnosti právnických osob (aktivita 6S) v rámci programu OCTOPUS II konaném v Sinaii (Rumunsko) ve dnech 1. až 3. března 2000, s. 8.

⁸ Srov. *Waling, C. Kamhoult, A., van*, Landesbericht Niederlande. In: *Eser, A., Huber, B. (ed.)* Strafrechtsentwicklung in Europa 2. Teil 2. Freiburg (SRN): MPI 1988, s. 987 až 989.

⁹ Srov. *Šámal, P.* Trestní odpovědnost právnických osob de lege lata a de lege ferenda v České republice. In: *Kratochvíl, V., Löff, M. (ed.)* Sborník Hospodářské trestní právo a trestní odpovědnost právnických osob. Brno : Masarykova univerzita, 2003, s. 173 až 174.

- a. statutární orgán¹⁰ nebo člen statutárního orgánu,
- b. ten, kdo je oprávněn činit jménem právnické osoby nebo v jejím zastoupení právní úkony,¹¹
- c. ten, kdo v rámci této právnické osoby vykonává řídicí či kontrolní činnost,¹² jestliže jeho jednání bylo alespoň jednou z podmínek vzniku následku, zakládajícího trestní odpovědnost právnické osoby, nebo
- d. zaměstnanec¹³ při plnění pracovních úkolů.

(2) Trestní odpovědnosti právnické osoby nebrání, nepodaří-li se zjistit, která konkrétní fyzická osoba jednala způsobem uvedeným v odstavci 1.

(3) Ustanovení odstavce 1 se užije i tehdy,

- a. jestliže právnická osoba platně nevznikla,
- b. je-li právní úkon, který měl založit oprávnění k jednání za právnickou osobu, oprávnění k zastupování nebo příkazní poměr, neúčinný, nebo
- c. není-li jednajícím fyzická osoba za takový nebo jiný trestný čin trestně odpovědná.

(4) Trestným činem se rozumí i pokus trestného činu nebo příprava k trestnému činu, nestanoví-li trestní zákon jinak.

§ 6

Přičitatelnost trestného činu právnické osobě

Právnické osobě lze přičítat spáchání trestného činu uvedeného v § 4 tohoto zákona, jestliže

- a. trestný čin byl spáchán na základě protiprávního rozhodnutí, schválení nebo úkolu jejích orgánů nebo osob uvedených v § 5 odst. 1 písm. a), b) nebo c), nebo
- b. trestný čin byl spáchán proto, že její orgány nebo osoby uvedené v § 5 odst. 1 písm. a), b) nebo c) neprovedly taková opatření, která měly vykonat podle zákona nebo která po nich lze spravedlivě požadovat, zejména nevykonaly povinnou nebo potřebnou kontrolu nad činností zaměstnanců nebo jiných osob, jimž jsou nadřizeny, anebo neučinily nezbytná opatření k zamezení nebo odvrácení následků spáchaného trestného činu.

Naproti tomu vládní návrh zákona o trestní odpovědnosti právnických osob a řízení proti nim předložený Parlamentu České republiky jednak upřesnil dikci zmíněných ustanovení a jednak obě ustanovení spojil do jednoho § 5, který zněl:

¹⁰ § 20 odst. 1 občanského zákoníku.

¹¹ § 20 odst. 2 občanského zákoníku.

¹² Například § 66 odst. 6, § 138 až 140 obchodního zákoníku.

¹³ § 11 a 12 zákona č. 65/1965 Sb., zákoník práce, ve znění pozdějších předpisů.

§ 5

Přičitatelnost trestného činu právnické osobě

(1) Trestným činem spáchaným právnickou osobou je čin spáchaný jejím jménem, v jejím zájmu nebo na úkor či v zájmu jiného, jestliže naplňuje znaky některého z trestných činů uvedených v § 4 a je jí přičitatelný, jednal-li tak

- a. statutární orgán nebo člen statutárního orgánu,
- b. ten, kdo je oprávněn činit jménem právnické osoby nebo v jejím zastoupení právní úkony,
- c. ten, kdo v rámci této právnické osoby vykonává řídicí či kontrolní činnost, jestliže jeho jednání bylo alespoň jednou z podmínek vzniku následku, zakládajícího trestní odpovědnost právnické osoby, nebo
- d. zaměstnanec při plnění pracovních úkolů.

(2) Právnické osobě lze přičítat spáchání trestného činu uvedeného v § 4 tohoto zákona, jestliže

- a. trestný čin byl spáchán na podkladě rozhodnutí, schválení nebo pokynu jejích orgánů nebo osob uvedených v odstavci 1 písm. a), b) nebo c), nebo
- b. trestný čin byl spáchán proto, že její orgány nebo osoby uvedené v odstavci 1 písm. a), b) nebo c) neprovedly taková opatření, která měly provést podle zákona nebo která po nich lze spravedlivě požadovat, zejména neprovedly povinnou nebo potřebnou kontrolu nad činností zaměstnanců nebo jiných osob, jimž jsou nadřizeny, anebo neučinily nezbytná opatření k zamezení nebo odvrácení následků spáchaného trestného činu.

(3) Trestní odpovědnosti právnické osoby nebrání, nepodaří-li se zjistit, která konkrétní fyzická osoba jednala způsobem uvedeným v odstavcích 1 a 2.

(4) Ustanovení odstavců 1 a 2 se užije i tehdy,

- a. jestliže k jednání uvedenému v odstavcích 1 a 2 došlo před vznikem právnické osoby,
- b. jestliže právnická osoba vznikla, ale její vznik je neplatný,
- c. je-li právní úkon, který měl založit oprávnění k jednání za právnickou osobu, neplatný nebo neúčinný, nebo
- d. není-li jednajícím fyzická osoba za takový nebo jiný trestný čin trestně odpovědná.

(5) Trestným činem se rozumí i pokus trestného činu nebo příprava k trestnému činu, nestanoví-li trestní zákon jinak.

Domnívám se, že tato ustanovení zevrubně řešila danou problematiku jednání a přičitatelnosti spáchaného trestného činu právnické osobě na značně vysoké úrovni, a to nejenom ve vztahu

k úmyslným trestným činům, ale i k trestným činům spáchaným z nedbalosti, např. v oblasti životního prostředí, jež jsou klasicky ve státech, které upravují trestní odpovědnost právnických osob, zařazovány mezi trestné činy, za něž může být trestně odpovědná vedle fyzických osob i právnická osoba. Navržená právní úprava totiž předpokládala možný souběh těchto odpovědností (srov. § 12 odst. 3 současně tehdy předkládaného trestního zákoníku).

Uvedené ustanovení § 5 vládního návrhu o přičitatelnosti trestného činu právnické osobě především obsahovalo formální stránku trestní odpovědnosti právnické osoby, tedy způsob spáchání trestného činu. Osnova zákona o trestní odpovědnosti právnických osob a řízení proti nim (dále jen „osnova“) vycházela totiž z názoru, že právnické osoby jsou subjekty práva odlišné od fyzických osob, jsou uměle právem vytvořeny a nadány způsobilostí k právům a povinnostem, způsobilostí k právním a protiprávním úkonům a odpovědností v právních vztazích. Vzhledem k tomu, že vznik a existence právnických osob představují určitou právní konstrukci, musí být právem upraven i způsob jednání právnických osob jako subjektů práva navenek, poněvadž právnická osoba jako celek nemá vlastní vůli, nemůže tedy podle ní jednat a navenek ji projevovat. Proto také právní řád stanoví, že vlastní jednání právnické osoby představují ty projevy vůle, které jménem právnické osoby činí její určité orgány nebo zástupci jako fyzické osoby, a právní následky spojené s těmito projevy vůle (ať již v podobě právních úkonů, nebo protiprávních úkonů) se přičítají přímo právnické osobě jako subjektu práva. Právnická osoba tedy zásadně činí právní úkony svými orgány nebo zástupci. Osnova však vycházela i z toho, že trestný čin mohou spáchat i zaměstnanci právnické osoby při plnění pracovních úkolů, přičemž právnická osoba bude za jejich jednání odpovídat pouze za podmínek uvedených v § 5 stanovícího přičitatelnost trestného činu právnické osobě (blíže viz shora pod bodem II.). Navrhované ustanovení § 5 osnovy v odstavci 2 obsahovalo vlastní základ trestní odpovědnosti právnických osob. Šlo o ustanovení, které bylo, a v zásadě i podle mého názoru muselo být, odlišné od ustanovení o zavinění fyzické osoby v trestním právu, které je konstruováno jako vnitřní (psychický) vztah pachatele k určitým skutečnostem, které zakládají trestný čin, přičemž tyto skutečnosti mohou být vytvořeny pachatelem nebo mohou objektivně existovat bez jeho přičinění.¹⁴ V českém právním prostředí, která je založena na trestní odpovědnosti za zavinění (nulum crimen sine culpa), je třeba, aby tento princip byl zachován i v případě trestní odpovědnosti právnických osob, a proto je třeba v oboru trestního práva jejich objektivní odpovědnost vyloučit. Zavinění právnické osoby pak je zpravidla odvozováno od zavinění fyzické osoby, která při spáchání trestného činu jednala jménem nebo v zastoupení právnické osoby. Ustanovení § 5 osnovy zcela zjevně vycházelo z materiálních důvodů odpovědnosti právnické osoby za spáchané trestné činy, které byly tvořeny dvěma typy přičitatelnosti [uvedenými v písm. a) a b)], a podmíněny objektivním následkem a určitým projevem právnické osoby navenek. Současně přihlíželo také k tomu, že i vnitřní kontrolní činnost je třeba považovat za součást činnosti, v níž může být shledána odpovědnost právnické osoby za trestný čin.

Důvodová zpráva k tomu dále zdůrazňovala, že formální podmínka trestní odpovědnosti byla stanovena v odstavci 1 § 5 osnovy, který definoval podstatu jednání právnické osoby, přičemž odstavec 2 téhož paragrafu obsahoval jako další podmínku požadavek protiprávnosti, přičemž „takto konstruovanou odpovědnost založenou na přičitatelnosti trestného činu právnické osobě je třeba považovat za zvláštní odpovědnost za zavinění u právnické osoby odlišnou od pojmu viny (zavinění) u fyzické osoby. Přesto však není možné tvrdit, že jde o odpovědnost

¹⁴ Novotný, O., Vanduchová, M. a kol. Trestní právo hmotné – 1. Obecná část. 5. vydání. Praha: ASPI, a. s., 2007, s. 215 a násl.

objektivní (v podstatě jde o obdobnou odpovědnost za kvazidelikt, jak je konstruována v § 337 návrhu trestního zákoníku o trestném činu opilství nebo v § 201a platného trestního zákona o též trestném činu). Při této konstrukci je požadována jednak souvislost s páčáním trestného činu a jednak je přihlédnuto i k povaze právnické osoby, jejíž zájmy mohou být jiné než zájmy jednotlivce.“¹⁵

Tehdejší návrh trestního zákoníku v ustanovení § 12 odst. 3 také stanovil, že trestní odpovědnost osob fyzických podle trestního zákona nevylučuje trestní odpovědnost osob právnických, resp. že je možný souběh těchto odpovědností. Proto také trestní odpovědnost právnické osoby by podle osnovy nebyla vyloučena jen proto, že by u fyzické osoby pro konkrétní zvažovaný trestný čin u právnické osoby nebo jiný trestný čin, který měla spáchat ona sama, nebyla shledána trestní odpovědnost, a to ať už z důvodu např. nepřičetnosti nebo z jiného zákonného důvodu. V návaznosti na to pak bylo v § 6 odst. 3 osnovy stanoveno, že trestní odpovědností právnické osoby není dotčena trestní odpovědnost fyzických osob, ani když jsou jejími statutárními orgány, členy statutárních orgánů nebo jejími zaměstnanci, a trestní odpovědností těchto fyzických osob není dotčena trestní odpovědnost právnické osoby. Byl-li trestný čin spáchán společným jednáním více právnických osob nebo více právnických a fyzických osob, odpovídá každá z nich, jako by trestný čin spáchala sama. Tím osnova zdůraznila určité osamostatnění trestní odpovědnosti právnických osob vyplývající z odlišnosti předpisů trestního zákoníku a tohoto zákona, zejména co do odlišnosti podmínek zakládajících trestní odpovědnost.

Proti této úpravě bylo v souvislosti s jejím projednáváním namítáno, že vymezení trestní odpovědnosti právnické osoby je příliš široké, zejména pokud byla tato navázána na odpovědnost zaměstnanců při plnění pracovních úkolů. Tak např. Musil, ač jinak navrhoval *de lege ferenda* zakotvení pravé trestní odpovědnosti právnických osob, se vyslovil pro maximální zúžení okruhu osob, jejichž jednání by zakládalo tuto trestní odpovědnost, a to „prakticky pouze na řídicí pracovníky organizace“.¹⁶ Takové zúžení a vyloučení všech ostatních pracovníků (zaměstnanců) by podle mého názoru nebylo zřejmě na újmu, pokud by šlo o některé kategorie trestných činů, jako např. trestnou činnost v oblasti ekonomické a majetkové kriminality. Mohlo by však již činit potíže v oblasti organizovaného zločinu a velmi problematické by to bylo v další tradiční oblasti trestné činnosti, která je zařazována do okruhu trestných činů, u nichž je vyvozována trestní odpovědnost právnických osob, a to u trestných činů proti životnímu prostředí. Proto by bylo zřejmě vhodnější hledat jiné možnosti omezení příliš široké trestní odpovědnosti právnických osob. V úvahu by přicházelo např. vložení dalšího ustanovení, které by umožnilo vyvinění právnické osoby v případě, jestliže by šlo o exces jednajících fyzické osoby v konečném důsledku v její vlastní prospěch, popř. při jejím výlučném zavinění způsobeného následku, kterému nemohla právnická osoba ani při vynaložení veškeré spravedlivě po ní požadované opatrnosti předejít či mu zabránit, anebo pokud by se na jednání fyzické osoby v žádném směru nepodílela a ani se s ním následně neztotožnila (neakceptovala ho). Takové ustanovení vedle např. více zúženého okruhu trestných činů, kterých se může dopustit právnická osoba, by mohlo vést k dalšímu oslabení námitek uplatňovaných proti trestní odpovědnosti právnických osob. Naproti tomu by podle mého názoru nemělo dojít k omezení předpokládaného souběhu trestní odpovědnosti

¹⁵ Šámal, P. *Osnova trestního zákoníku 2004 – 2006*. Praha: C. H. Beck, 2006, s. 394.

¹⁶ Musil, J. *Trestní odpovědnost právnických osob - ano či ne?* In: Kuchta, J. (ed.) *Koncepce nové kodifikace trestního práva hmotného České republiky*. Sborník příspěvků z mezinárodní konference konané dne 17. 4. 2000. Brno: Masarykova univerzita, 2000, s. 184.

právnícké osoby s trestní odpovědností fyzické osoby za spáchaný konkrétní trestný čin, neboť v případě přijetí trestní odpovědnosti právníckých osob pouze jejich paralelní trestní odpovědnost s pachateli – fyzickými osobami může zajistit dosažení účinného a vyváženého postihu všech subjektů ve vzájemných souvislostech a vztazích a náležitou ochranu společnosti před oběma těmito kategoriemi pachatelů trestných činů.

5. ZÁVĚR

V tomto diskusním příspěvku jsem se pokusil poukázat na jeden z nejdůležitějších problémů souvisejících s uvažovanou trestní odpovědností právníckých osob v České republice, a to jednání právnícké osoby v trestněprávním smyslu a přičitatelnosti trestného činu právnícké osobě. Domnívám se, že vzhledem k tendencím v Evropě i ve světě, kde v posledních desetiletích stále více států, a to i kontinentální Evropy (v anglosaském světě je trestní odpovědnost právníckých osob tradiční) přijímá v různém rozsahu princip trestní odpovědnosti právníckých osob (např. v Nizozemsku v r. 1976, v Norsku v roce 1991, na Islandu v roce 1993, ve Francii v roce 1994, ve Slovinsku v roce 1994, resp. 1999, ve Finsku v roce 1995, v Dánsku v roce 1996, v Belgii v roce 1999, v Rakousku v r. 2005 atd.), je třeba ocenit Právníckou fakultu Masarykovy univerzity, že jako téma sekce trestního práva zvolila trestní odpovědnost právníckých osob, čímž nepochybně zaktivizovala nauku k další práci na tomto poli. S ohledem na složitost této problematiky, a to včetně mnou zvoleného tématu diskusního příspěvku, je třeba, aby teorie trestního práva v podstatně větší míře než dosud přispěla k serióznímu vědeckému zkoumání všech navazujících problémů, abychom byli v budoucnu připraveni dát dostatečně odůvodněnou odpověď nejen na otázku – zda v České republice je potřebná a vhodná trestní odpovědnost právníckých osob, ale abychom byli také schopni v případě, že bude zvoleno toto řešení, přispět k legislativnímu řešení a zpracování zásadních s tím souvisejících otázek.

Literatura:

- Novotný, O., Vanduchová, M. a kol. Trestní právo hmotné – 1. Obecná část. 5. vydání. Praha: ASPI, a. s., 2007, s. 213 až 219.
- Musil, J. Trestní odpovědnost právníckých osob: historický vývoj a mezinárodní srovnání. In. Musil, J., Vanduchová, M. (ed.) Pocta prof. JUDr. Otovi Novotnému k 70. narozeninám. Praha: CODEX Bohemia, 1998, s. 76 až 98.
- Musil, J. Trestní odpovědnost právníckých osob - ano či ne? In. Kuchta, J. (ed.) Koncepce nové kodifikace trestního práva hmotného České republiky. Sborník příspěvků z mezinárodní konference konané dne 17. 4. 2000. Brno: Masarykova univerzita, 2000, s. 166 až 185.
- Musil, J., Prášková, H., Faldyna, F. Úvahy o trestní odpovědnosti právníckých osob de lege ferenda. Trestní právo, 2001, č. 3, s. 6 až 17.
- Solnař, V., Fenyk, J., Císařová, D. Základy trestní odpovědnosti. Praha: Nakladatelství Orac, 2003, s. 258 až 260.

- Šámal, P. K trestní odpovědnosti právnických osob. In. Kuchta, J. (ed.) Koncepce nové kodifikace trestního práva hmotného České republiky. Sborník příspěvků z mezinárodní konference konané dne 17. 4. 2000. Brno: Masarykova univerzita, 2000, s. 197 až 222.
- Šámal, P. Trestní odpovědnost právnických osob de lege lata a de lege ferenda v České republice. In: Kratochvíl, V., Löff, M. (ed.) Sborník Hospodářské trestní právo a trestní odpovědnost právnických osob. Brno: Masarykova univerzita, 2003, s. 104 až 182.
- Šámal, P. Osnova trestního zákoníku 2004 – 2006. Praha: C. H. Beck, 2006, s. 373 až 399.

Kontaktní údaje na autora – email:

pavel.samal@nsoud.cz

PROCESNÉ PRÁVA PRÁVNICKÝCH OSÔB V TRESTNOM KONANÍ

IVAN ŠIMOVČEK, ADRIÁN JALČ

Právnická fakulta Trnavskej univerzity v Trnave, Slovenská republika

Abstrakt v rodném jazyce

Článok sa zaoberá otázkami postavenia právnickej osoby v trestnom konaní z hľadiska dodržiavania jej základných procesných práv.

Klíčová slova v rodném jazyce

Právnická osoba, trestné konanie, procesné práva, trestná zodpovednosť.

Abstract

The article is devoted to the problems of the legal entity's status in the criminal proceedings from the point of view of the basic procedural rights protection.

Key words

Legal entities, criminal responsibility, procedural rights, criminal proceedings.

Právnická osoba, jej trestná zodpovednosť a trestno-procesné práva sú právnou fikciou. Právnické osoby pôsobia ako orgány štátnej moci, orgány štátnej správy, riadia a realizujú výrobu, obchod, kultúru, zdravotníctvo, oznamovacie prostriedky i občiansku aktivitu. Napriek zaužívanému argumentu, že právnické osoby na rozdiel od fyzických osôb nemôžu samostatne konať, je všeobecne uznávané, že majú spôsobilosť k právam a k povinnostiam, spôsobilosť k právnym úkonom a tým aj spôsobilosť k zodpovednosti, vyjadrenej v povinnosti niest' dôsledky za porušenie svojich právnych povinnosti.

Zodpovednosť právnických osôb je bežne upravená takými odvetviami práva ako sú občianske, obchodné, pracovné, resp. správne právo. Takto vymedzená zodpovednosť v súčasnosti právnických osôb zrejme už nepostačuje. Nové formy trestnej činnosti, ktoré v súvislosti s globalizáciou sveta a jeho ekonomiky prenikli aj na Slovensko, priniesli poznatky o širokom zapojení právnických osôb, buď do priameho páchania najmä trestnej ekonomickej činnosti, alebo do legalizácie ziskov pochádzajúcich z takejto trestnej činnosti účasťou na rôznych formách tzv. prania špinavých peňazí. Táto trestná činnosť právnických osôb má tie špecifiká, že ich úmyselne zložitá a navzájom sa kryjúce vnútorné štruktúry riadenia a organizácia často znemožňujú určiť zodpovednosť individuálnych fyzických osôb. Z týchto dôvodov je zjavná snaha najmä v rámci členských krajín Európskej únie¹ zaviesť trestno-právnu zodpovednosť právnických osôb popri ponechaní trestnej zodpovednosti fyzických osôb s cieľom dosiahnutia zvýšenia regulatívneho účinku trestného práva v tejto oblasti.

Na zavedenie trestnej zodpovednosti právnických osôb existujú u odbornej verejnosti viaceré názory, ktoré si často odporujú. Niektoré európske štáty (Francúzsko, Dánsko, Holandsko, Belgicko, Slovinsko) zakotvili trestnú zodpovednosť právnických osôb do svojich trestných kódexov v posledných rokoch. Naproti tomu v Anglicku je trestná zodpovednosť právnických osôb zavedená už od polovice minulého storočia.

¹ Rada Európy vyzvala už v r.1988 členské štáty, aby zväžili zavedenie trestnej zodpovednosti právnických osôb.

Nie vždy však ide o úplnú trestnú zodpovednosť. V niektorých štátoch sa trestná zodpovednosť právnických osôb rieši tzv. pseudo-trestnou zodpovednosťou právnických osôb, ktorá je upravená trestným zákonom s tým, že sankcie sa nenazývajú trestami, ale sú sankciami „sui generis“, teda niečím ako ochranné opatrenia v našom poňatí (Švédsko od roku 1996), resp. sa sankcie nazývajú pridanými dôsledkami (Španielsko od roku 1995).

Tradične je upravená trestná zodpovednosť právnických osôb v anglosaskom práve, kde normy upravujúce trestné činy právnických osôb majú univerzálny charakter a o trestaní deliktov rozhodujú nezávislé súdy v súdnom procese.²

Môžno konštatovať, že ak v minulosti právnická osoba mohla konať beztrestne, nakoľko sa trestná zodpovednosť sa týkala len jej štatutárnych orgánov, ktorých zavinenie sa však veľmi ťažko dokazovalo v konaní pred súdom, zavedenie trestnej zodpovednosti právnických osôb by mohlo výrazne napomôcť k efektívnejšiu potláčaniu najmä ekonomickej trestnej činnosti, páchanej organizovanou formou viacerými právnickými subjektami, ako je tomu napríklad v prípadoch korupcie pri verejných obchodných súťažiach.³

Zavedenie trestnej zodpovednosti právnických osôb znamená výrazný prielom do doterajšieho klasického teoretického chápania trestnej zodpovednosti len v súvislosti so zavineným trestným konaním páchatel'a ako fyzickej osoby. Možno aj z tohto dôvodu sa v podmienkach Slovenskej republiky trestná zodpovednosť právnických osôb doposiaľ nezaviedla, aj keď pokusy o jej zavedenie tu už boli a treba povedať, že Slovensko je povinné v tejto súvislosti plniť záväzky, vyplývajúce jej z členstva v Európskej únii.

Návrh rekodifikovaného Trestného zákona z roku 2005 obsahoval aj zavedenie trestnej zodpovednosti právnických osôb, pričom ponechával trestnú zodpovednosť fyzickej osoby. Trestná zodpovednosť právnických osôb sa však mala uplatňovať len za predpokladu súbežne vyvodenej trestnej zodpovednosti voči fyzickej osobe, zodpovednej za konanie právnickej osoby, proti ktorej sa vyvodila trestná zodpovednosť. Zavedenie trestnej zodpovednosti právnických osôb sa zdôvodňovalo najmä potrebou efektívneho postihovania korupcie v slovenskej spoločnosti ale aj zvýšenou ochranou životného prostredia pred rôznymi formami jeho poškodzovania činnosťou právnických osôb.

V súčasnosti prevládajú snahy riešiť záväzky v tejto oblasti k Európskej únii cestou prijatia osobitného zákona. Treba však v tejto súvislosti spomenúť viaceré názory, že záväzok voči Európskej únii ohľadne zavedenia právnej zodpovednosti právnických osôb za trestné činy

² Vo Veľkej Británii je koncepcia trestnej zodpovednosti založená na princípe „actus non facit reum, nisi mens sit rea, t. j. samo konanie nečiní človeka vinným, pokiaľ však nekonal so zlým úmyslom“. Z tohto pravidla však existujú dve výnimky, ktoré vo svojich dôsledkoch umožnili trestné postihovanie právnických osôb. Prvá z nich je tzv. strict liability, ktorá pripúšťa vznik trestnej zodpovednosti bez zavinenia, čo je zdôvodňované ochranou verejného záujmu. Nie je tak potrebné preukazovať zavinenie konkrétnej fyzickej osoby, ktorá konala za právnickú osobu, ale k vzniku trestnej zodpovednosti úplne postačí samo porušenie povinností uložených verejnoprávnymi normami regulačnej povahy. Druhou výnimkou je tzv. vicarious liability, čiže zodpovednosť právnickej osoby za protiprávne konanie svojich pracovníkov. Táto zodpovednosť je založená na myšlienke „zástupnej trestnej zodpovednosti“, kedy právnická osoba v podstate ručí za cudzie zavinenie a je úplne nepodstatné, či sa jedná o vedúceho pracovníka či radového zamestnanca. Princíp vicarious liability možno však aplikovať len na tie druhy deliktov, ktoré neboli z jeho obsahu vyňaté, nevzťahuje sa tak napr. na delikty proti životu a zdraviu, bližšie pozri: Musil, J.: Trestní odpovědnost právnických osob, Historický vývoj a mezinárodní srovnání, in Pocta prof. JUDr. Otovi Novotnému k 70. narozeninám, Codex, 1998, s. 79.

³ Remišová, A.: Podnikateľská etika a znižovanie korupcie v ekonomike, TIS, 2003, s. 141.

fyzických osôb so zastupovacími, rozhodovacími a kontrolnými oprávneniami, alebo pri ktorých zanedbali tieto fyzické osoby so zastupovacími, rozhodovacími a kontrolnými oprávneniami náležitý dohľad alebo kontrolu voči fyzickým osobám, ktoré tieto trestné činy spáchali a boli právnickej osobe pri spáchaní trestného činu podriadené a konali v jej mene, nevyžaduje zavedenie trestno-právnej zodpovednosti právnických osôb.

Na druhej strane treba konštatovať, že predpisy Európskej únie, akými sú Dohovor Rady Európy o praní špinavých peňazí z roku 1990, Dohovor Rady Európy o praní špinavých peňazí a financovaní terorizmu z roku 2005, Rámcové rozhodnutie Rady Európskej únie o uznávaní peňažných sankcií z roku 2005 a Rámcové rozhodnutie Rady Európskej únie o uznávaní konfiškácii z roku 2006 vyžadujú uznávať rozhodnutia cudzích orgánov s trestno-právnou povahou vo veciach peňažných sankcií a prepadnutia majetku voči právnickým osobám orgánmi Slovenskej republiky.

Slovenská republika si je plne vedomá záväzkom voči Európskej únii v tejto oblasti a preto Ministerstvo spravodlivosti Slovenskej republiky v roku 2006 predložilo návrh zákona o trestnej zodpovednosti právnických osôb, ktorým reagovalo na vypustenie ustanovení o trestnej zodpovednosti právnických osôb z trestných kódexov z roku 2005 počas ich prerokovania v Národnej rade SR.⁴ Konceptne sa návrh najviac približuje belgickej právnej úprave, kde trestný zákon priznáva trestnú zodpovednosť každej právnickej osobe s výnimkou štátu, územno-správnych celkov a ďalších taxatívne uvedených právnických osôb.⁵

Predmetný návrh zákona obsahoval ustanovenia tak hmotno-právne, ako aj procesno-právnej povahy a v prípade jeho prijatia by sa nachádzal vo vzťahu k Trestnému zákonu a Trestnému poriadku ako lex specialis. Podľa navrhovaného zákona by boli trestne zodpovedné všetky právnické osoby s výnimkou štátu, štátnych orgánov, Národnej banky Slovenska a medzinárodných organizácií verejného práva. Trestná zodpovednosť právnických osôb s účasťou štátu, štátnych orgánov a medzinárodných organizácií verejného práva alebo právnických osôb spravujúcich či hospodáriacich s majetkom týchto subjektov nemala byť obmedzená.

Právnickú osobu by bolo možné stíhať za trestné činy spáchané na území Slovenska, rovnako aj vtedy, keď mala na našom území sídlo, podnik či organizačnú zložku, alebo tu vykonávala svoju činnosť. Za čin spáchaný na území Slovenska sa považoval tiež čin spáchaný mimo slovenského územia, pokiaľ k porušeniu záujmu chráneného zákonom došlo či malo dôjsť, či len z časti, na území Slovenskej republiky.

Trestnou zodpovednosťou právnickej osoby nebola dotknutá možná trestná zodpovednosť voči fyzickej osobe. Rovnako tak trestná zodpovednosť fyzickej osoby bola nezávislá na vyvodení trestnej zodpovednosti voči právnickej osobe. Pre rovnaký skutok tak mohla byť stíhaná zároveň fyzická i právnická osoba.

Návrh obsahoval dve alternatívy poňatia trestnej zodpovednosti. Prvý variant pripúšťal trestnú zodpovednosť právnických osôb za akýkoľvek trestný čin uvedený v osobitnej časti Trestného zákona, druhý obsahoval taxatívny výpočet trestných činov, za ktorých mohla niesť právnická osoba trestnú zodpovednosť.

⁴ http://www.justice.gov.sk/kop/pk/2005/pk05038_04.pdf.

⁵ Karabec, Z., Nečada, V., Vlach, J.: Trestní odpovědnost právnických osob – otevřený problém, Trestní právo, 04/2007, s. 10.

Právnická osoba bola zodpovedná za protiprávne konanie za účelom získania prospechu či inej výhody pre túto osobu, ktorého sa dopustil jej štatutárny orgán, orgán dozorný či jej člen, alebo iné osoby oprávnené konať alebo rozhodovať za právnickú osobu.

Návrh zákona obsahoval možnosť uložiť právnickým osobám niektorú z nasledujúcich sankcií:

- peňažný trest v rozmedzí od 50 000 až do 500 000 000 Sk;
- zrušenie právnickej osoby;
- prepadnutie majetku;
- prepadnutie veci;
- zákaz vymedzenej činnosti;
- zákaz alebo obmedzenie prijímať verejné dotácie či subvencie;
- zákaz účasti na verejnom obstarávaní;
- zverejnenie odsudzujúceho rozsudku.

Okrem týchto sankcií bolo možné uplatniť voči právnickej osobe ochranné opatrenia vo forme zhabania veci či súdneho dohľadu nad jej činnosťou. Daný návrh zákona z roku 2006 však nebol Národnou radou Slovenskej republiky schválený.

Slovenská republika však snahu o zavedenie trestnej zodpovednosti právnických osôb nevzdáva, dôkazom čoho je návrh ministerstva spravodlivosti Slovenskej republiky na novelu Trestného zákona, v ktorom návrhu je obsiahnutá trestná zodpovednosť právnických osôb. Oproti návrhu z roku 2006 návrh novely Trestného zákona nerieši problematiku trestnej zodpovednosti právnických osôb tak komplexne. Rozsah sankcií ukladaných právnických osobám sa zúžil, (napr. právnickej osobe by za pranie špinavých peňazí či podplácanie hrozila len pokuta od 25–tisíc do 50 miliónov korún alebo zhabanie majetku). Predtým navrhované tresty ako napríklad zákaz činnosti či zákaz účasti na verejnom obstarávaní návrh novely už neobsahuje. Schvaľovanie daného návrhu novely Trestného zákona v Národnej rade Slovenskej republiky je v súčasnosti pozastavené z dôvodu čakania na rozhodnutie Ústavného súdu Slovenskej republiky o ústavnosti alebo neústavnosti Špeciálneho súdu.

Zavedenie trestnej zodpovednosti právnickej osoby je z hľadiska hmotno-právnej teórie konfliktné, pretože narušuje zásadu individuálnej zodpovednosti za zavinenie a zásadu personality trestov. Na druhej strane využitie fikcie trestnej zodpovednosti právnických osôb umožňuje priblížiť sa k želanému cieľu v tom, že právnická osoba bude trestne postihnutá aj v takých prípadoch, v ktorých nie je možné v dôsledku zložitých štruktúr obchodných a iných spoločností zistiť konkrétnu fyzickú trestne zodpovednú osobu.

Možno teda konštatovať, že trestno-právna zodpovednosť právnických osôb je riešením neschopnosti alebo nemožnosti odhaliť takých páchatel'ov trestných činov spáchaných v rámci štruktúry a činnosti právnických osôb, ktorí volia stále sofistikovanejšie spôsoby páchania a utajovania. Európske spoločenstvo vidí cestu riešenia v tom, že sa štátom umožní zaviesť akýkoľvek typ zodpovednosti právnických osôb za trestné činy fyzických osôb. Súčasne členské štáty Európskej únie vyžadujú uznávanie svojich rozhodnutí v prípadoch

uplatnenia trestnej zodpovednosti právnických osôb za trestné činy fyzických osôb štátmi, ktoré trestno-právnu zodpovednosť právnických osôb ešte nezaviedli.

Zavedenie trestnej zodpovednosti právnickej osoby prináša so sebou aj významné trestno-procesné dôsledky. V tejto súvislosti vystáva úvaha, či môžeme hovoriť aj o základných procesných právach právnických osôb ako osôb, proti ktorým sa vedie trestné konanie.

Je tu možné hovoriť o dvoch prístupoch. Po prvé právnické osoby uplatňujú svoje procesné práva v trestnom konaní v rovnakom rozsahu, ako fyzické osoby, ktorých procesné práva v rámci Európskej únie vychádzajú z vymedzenia procesných práv obžalovaného v trestnom konaní v zmysle čl. 6 Európskeho dohovoru o ochrane ľudských práv a základných slobôd.⁶

Právnické osoby uplatňujú svoje procesné práva v trestnom konaní cestou fyzických osôb, t.j. jej štatutárneho, či dozorného orgánu, alebo iných osôb oprávnených konať alebo rozhodovať za právnickú osobu. Ku kolízii záujmov však môže dôjsť vtedy, ak takáto osoba je tiež stíhaná ako zodpovedná za protiprávne konanie za účelom získania prospechu či inej výhody pre trestne zodpovednú právnickú osobu, ktorá je stíhaná v rovnakom konaní.

Po druhé pre rozsah procesných práv právnických osôb v trestnom konaní je upravený odlišne od rozsahu procesných práv fyzických osôb s prihliadnutím na zvláštnosti charakteru právnickej osoby a kolektívneho subjektu.

V tejto súvislosti sa prikláňame sa k názoru, že rozsah procesných práv právnických osôb v trestnom konaní by mal byť garantovaný v takom rozsahu procesných práv fyzických osôb, samozrejme ak je reálne možné. V trestnom konaní proti právnickým osobám by sa malo uplatňovať procesné právo na osobitné opatrenia voči určitým kategóriám osôb, o zavedení ktorého sa v členských krajinách Európskej únie uvažuje.

Garancie procesných práv právnických osôb v trestnom konaní by sme mohli zhrnúť do týchto atribútov trestného konania:

- Spravodlivosť trestného konania.
- Verejnosť trestného konania
- Rýchlosť trestného konania.
- Prezumpcia nevinu.

Právo byť bez meškania a v jazyku, ktorému rozumie, podrobne oboznámený s povahou a dôvodmi obvinenia proti nemu.

Právo mať primeraný čas a možnosti na prípravu svojej obhajoby, obhajovať sa osobne alebo s pomocou obhajcu podľa vlastného výberu, alebo pokiaľ nemá prostriedky na zaplatenie obhajcu, aby sa mu poskytol bezplatne, ak to záujmy spravodlivosti vyžadujú.

Právo vypočúvať alebo dať vypočúvať svedkov proti sebe a dosiahnuť predvolanie a výsluch svedkov vo svoj prospech za rovnakých podmienok, ako svedkov proti sebe.

⁶ Dohovor o ochrane ľudských práv a základných slobôd. Oznámenie MZV SR č. 209/1992 Zb.

Právo mať bezplatnú pomoc tlmočníka, ak nerozumie jazyku používanému pred súdom alebo týmto jazykom nehovorí.⁷

Uplatňovanie základných procesných práv v prípadoch trestného konania proti právnickým osobám bude zrejme v justičnej praxi vyvolávať celý rad otázok a ťažkostí. Spravodlivosť trestného konania proti právnickým osobám treba posudzovať vždy len globálne vzhľadom k celému trestnému konaniu a dodržiavaniu garancií procesných práv. Spravodlivosť trestného procesu je podmienená spravodlivým prerokovaním trestnej veci, ktoré sa prejavuje najmä v dodržaní zásady rovnosti zbraní (equality of arms), t.j. zásady, že každá strana v procese musí mať rovnakú možnosť obhajovať svoje záujmy a žiadna z nich nesmie mať podstatnú výhodu oproti protistrane.⁸ Pod rovnosťou zbraní rozumieme rovnosť účastníkov trestného konania, ktorí majú rôzne procesné postavenie. Pôjde tu o procesnú rovnosť strany obhajoby (obžalovaný zastúpený obhajcom) a strany obžaloby v konaní pred súdom v rámci uplatňovania zásady kontradiktórnosti. Aj v prípade trestnej zodpovednosti právnických osôb by sa mal uplatňovať princíp favor defensionis (dobroprajnosť v prospech obvineného) prejavujúci sa v prenesení dôkazného bremena na obžalobu, t.j. obžaloba dokazuje vinu a obžalovaná právnická osoba nie je povinná dokazovať svoju nevinu, ako aj pravidlo in dubio pro reo, a zachovať povinnosť orgánov činných v trestnom konaní zisťovať aj dôkazy svedčiace v prospech obžalovanej právnickej osoby.

V tej súvislosti treba spomenúť vytvorenie pracovnej komisie Rady Európy na prípravu Rámcového rozhodnutia o určitých procesných právach v trestnom konaní v rámci Európskej únie (ďalej len Rámcové rozhodnutie).⁹ Pracovná komisia, v ktorej aktívnu úlohu hrá aj Slovenská republika, zatiaľ nedospela ku konečnému návrhu, resp. ani nerozhodla o o tom, či vôbec také Rámcové rozhodnutie Rady Európskej únie je vôbec potrebné prijať.

Rozsah použitia Rámcové rozhodnutia treba vzťahovať na trestné konanie, pričom je nevyhnutné definovať, čo sa považuje za trestné konanie, nakoľko väčšina členských štátov EÚ presadzuje, aby sa Rámcové rozhodnutie vzťahovalo aj trestné správne (administratívne) konanie (návrh Rakúska a Nemecka). Pri vymedzení trestného konania sa zohľadnilo, či sa čin hodnotí ako trestný podľa vnútroštátneho alebo medzinárodného práva, ďalej povaha trestného činu, povaha a stupeň prísnosti uplatniteľnej sankcie alebo skutočnosť, že má trestný súd právomoc. V tejto súvislosti možno konštatovať, že trestné konania zahŕňa:

- každé konanie,, ktorého cieľom je zistiť vinu alebo nevinu osoby podozrivej zo spáchania trestného činu alebo rozhodnúť o výsledku po uznaní vinným alebo o priznaní viny v súvislosti s obžalovaním z trestného činu,

⁷ Čl. 6, ods. 1,2,3 Dohovoru o ochrane ľudských práv a základných slobôd. Oznámenie MZV SR č. 209/1992 Zb.

⁸ Musil, J., Kratochvíl, V., Šámal, P. a kol.: Kurs trestního práva. Trestní právo procesní. 2. přepracované vydání. Praha. C.H.Beck 2003, s. 87-88.

⁹ K tomu pozri Návrh rámcového rozhodnutia Rady o určitých procesných právach v trestnom konaní v celej Európskej únii. EÚ spis 2004/0113(CNS) a dokumenty 10691/05 DROIPEN 33 (Luxembourg Presidency text on Articles 1, 2 and 6 following the meeting of the Article 36 Committee on 10-11 May); ♦ 10683/05 DROIPEN 32 (Articles 12 and 13 following the Working Group meeting on 21 June); ♦ 9015/05 DROIPEN 25 (on a German proposal for Article 3); ♦ 8617/05 DROIPEN 23 (on Articles 9, 11 and 11bis); ♦ 8578/05 DROIPEN 22 (last consolidated text); and ♦ Spanish room document on Articles 2 and 15-16. EÚ spis: 14248/05 DROIPEN 54. Green Paper on Criminal Proceedings. <http://europa.eu/scadplus/printversion/en/lvb/133214.htm>.

- každé konanie, v súvislosti s ktorým bol vydaný európsky zatykač alebo žiadosť o vydanie, alebo sa uplatnili iné postupy odovzdávania osôb,
- každé konanie začaté správnymi orgánmi pre činy, ktoré sú podľa vnútroštátneho práva členských štátov trestné, pretože predstavujú porušenie právnych noriem, ak môže byť rozhodnutie podkladom pre konanie pred trestným súdom¹,
- všetky odvolania súvisiace s týmito konaniami.¹⁰

Z uvedených skutočností možno vyvodíť záver, že trestné konanie proti právnickým osobám v zmysle Európskych garancií základných procesných práv v trestnom konaní plne zodpovedá atribútom trestného konania vymedzeným navrhovanou európskou právnou úpravou.

Úvahy o zavedení trestnej zodpovednosti právnických osôb by mali byť, pokiaľ je to reálne možné, zbavené od politických zámerov a mali by sa sústreďovať na hľadanie optimálneho legislatívneho riešenia. V podmienkach Slovenskej republiky tento stav ešte nebol dosiahnutý, a tak v súčasnom období v tejto oblasti možno konštatovať určitú stagnáciu v riešení tohto problému.

Z hľadiska európskej legislatívy konštatovať, že orgánmi Európskej únie sú rešpektované prípadné ústavné alebo iné zákonné prekážky zavedenia trestnej zodpovednosti právnických osôb a preto pripúšťajú aj riešenie právnej zodpovednosti právnických osôb za protiprávne konania mimo oblasť trestného práva. Na druhej strane však treba uviesť, že Slovenská republika sa v prístupových dokumentoch k Európskej únii zaviazala, že trestnú zodpovednosť kolektívnych subjektov bude riešiť zavedením trestnej zodpovednosti právnických osôb.

Literatura:

- Dohovor o ochrane ľudských práv a základných slobôd. Oznámenie MZV SR č. 209/1992 Zb.
- Karabec, Z., Nečada, V., Vlach, J.: Trestní odpovědnost právnických osob – otevřený problém, Trestní právo, 04/2007.
- Musil, J.: Trestní odpovědnost právnických osob, Historický vývoj a mezinárodní srovnání, in Pocta prof. JUDr. Otovi Novotnému k 70. narozeninám, Codex, 1998, s. 79.
- Musil, J., Kratochvíl, V., Šámal, P. a kol.: Kurs trestního práva. Trestní právo procesní. 2. přepracované vydání. Praha. C.H.Beck 2003.
- Remišová, A.: Podnikatelská etika a znižovanie korupcie v ekonomike, TIS, 2003.
- Návrh rámcového rozhodnutia Rady o určitých procesných právach v trestnom konaní v celej Európskej únii. EÚ spis 2004/0113(CNS) a dokumenty 10691/05 DROIPEN 33 (Luxembourg Presidency text on Articles 1, 2 and 6 following the meeting of the Article 36 Committee on 10-11 May); 10683/05 DROIPEN 32 (Articles 12 and 13 following the

¹⁰ EÚ spis: 10691/05 DROIPEN 33

Working Group meeting on 21 June); 9015/05 DROIPEN 25 (on a German proposal for Article 3); 8617/05 DROIPEN 23 (on Articles 9, 11 and 11bis); 8578/05 DROIPEN 22 (last consolidated text); and Spanish room document on Articles 2 and 15-16. EÚ spis: 14248/05 DROIPEN 54. Green Paper on Criminal Proceedings.

- <http://europa.eu/scadplus/printversion/en/lvb/133214.htm>.
- EÚ spis: 10691/05 DROIPEN 33.
- <http://www.justice.gov.sk/kop/pk/2005/pk05038-04.pdf>.

Kontaktní údaje na autora – email:

simovcek@stonline.sk

PROBLEMATIKA SANKCIONOVÁNÍ PRÁVNICKÝCH OSOB

ONDREJ ŠTEFÁNIK

Právnická fakulta Masarykovy univerzity, Česká republika

Abstrakt v rodném jazyce

Příspěvek pojednává o problematice zavedení trestní odpovědnosti právnických osob do českého právního řádu, zejména o problematice jejich případného trestněprávního sankcionování. První část příspěvku je věnována několika argumentům, proč nelze vystačit s vyvozováním jejich administrativněsprávní odpovědnosti. Dále je stručně poukázáno na rozdíl mezi účelem sankcionování právnických a fyzických osob a v poslední části je již rozebrána systematika sankcí, které byly pro právnické osoby navrhované zamítnutým vládním návrhem zákona o trestní odpovědnosti právnických osob. Zároveň je stručně charakterizována podoba jednotlivých navrhovaných sankcí.

Klíčová slova v rodném jazyce

Trestní odpovědnost, právnické osoby, sankce.

Abstract

The paper deals with problems connected to introduction of criminal liability of legal persons into the Czech legal order and, in particular, it deals with the matter of potential criminal sanctions applicable to legal persons. The first part of the paper presents several arguments to explain why administrative liability of legal persons is held insufficient. Consequently, difference between the purpose of punishment of natural persons and legal persons is shown briefly. The last part deals with a system of sanctions proposed by the draft Act on criminal liability of legal persons, which has been turned down recently. The paper provides a brief characteristic of suggested sanctions for legal persons as well.

Key words

Criminal liability, legal persons, sanctions.

ÚVOD

„Zavedení případné trestní odpovědnosti právnických osob je organicky spjato s otázkou sankcionování následků spáchání trestného činu právnickou osobou. Otázka sankcionování právnické osoby náleží k těm, které musí být důkladně zváženy dříve, než bude případná trestní odpovědnost právnických osob v té či oné podobě zakotvena do českého právního řádu.“¹

Veškeré další úvahy uvedené v tomto příspěvku z tohoto citátu vycházejí, přičemž jejich cílem není nabídnout čitateli tohoto příspěvku žádný vyčerpávající exkurz do problematiky sankcionování právnických osob (což s ohledem na jeho rozsah ani není možné), nýbrž pokus „vyprovokovat“ a otevřít odbornou diskuzi na toto kontroverzní, ale velice zajímavé téma. Nemá totiž smysl vyvozovat nejenom trestněprávní, ale jakoukoliv odpovědnost (ať už

¹ Srov.: Jelínek, J.: Trestní odpovědnost právnických osob jako předmět zkoumání [citováno 31. října 2008]. Dostupný z <http://www.mvcr.cz/clanek/trestni-odpovednost-pravnickych-osob-jako-predmet-zkoumani.aspx>.

právníků nebo fyzických osob), pokud s ní nebudou pevně spjaty efektivní prostředky pro vynucení konformního chování subjektů, které se dopouštějí porušení práva.

Pokus zavést do českého právního řádu trestní odpovědnost právníků osob skončil nezdarem. Návrh zákona² (dále jen návrh ZTOPO), který ji měl upravovat byl Poslanecké sněmovně parlamentu předložen dne 21.7. 2004 a již dne 2.11. 2004 byl v prvním čtení zamítnut. Ve střední Evropě přitom kromě České republiky nalezneme už jenom dva státy, jejichž právní řády neznají trestní odpovědnost právníků osob. Jsou nimi Slovenská republika a Německo. Nicméně, v každé ze tří uvedených zemí lze vůči právníkům osobám vyvodit odpovědnost administrativněsprávní.³ V důvodové zprávě k návrhu nového trestního zákoníku k tomuto nalézáme: „*Návrh trestního zákoníku (§ 12) nepočítá vedle klasické trestní odpovědnosti osob fyzických se zavedením trestní odpovědnosti právníků osob. Na základě dohody ministrů spravedlnosti a vnitra se úprava odpovědnosti právníků osob, včetně účinných, přiměřených a odstrašujících sankcí, upraví v návrhu správního trestání, který připravuje Ministerstvo vnitra. V mezinárodních dokumentech se požaduje odpovědnost právníků osob za jejich deliktní jednání, avšak není bezpodmínečně požadována trestní odpovědnost, proto také v některých státech Evropské unie (např. Německo) není zavedena trestní odpovědnost, ani se s jejím zavedením v budoucnu nepočítá. V rámci správního trestání bude zajištěno i naplnění katalogu doporučovaných sankcí pro právníké osoby, jako např. zbavení nároku na veřejné dávky a subvence, peněžité pokuty, dočasné, či trvalé vyloučení z komerčních aktivit, dohled, likvidace právníké osoby apod.*“⁴

Proč administrativněsprávními odpovědnost právníků osob nestačí?

Prvním cílem tohoto příspěvku je poukázat na několik stěžejných důvodů, proč vyvozování správní odpovědnosti a ukládání správních sankcí nemusí vždy k vynucení konformního fungování právníků osob stačit.

Z pohledu efektivního trestání se obvykle uvádí, že „*správní odpovědnost je roztržštěná, nekoordinovaná, nedostatečná, nemá propracované obecné instituty upravující odpovědnost, chybí dostatečná škála trestů*“⁵ Nicméně přinejmenším poslední z uvedených argumentů nemůže sloužit k podpoře zavedení trestní odpovědnosti právníků osob jako takové, nýbrž svědčí spíš ve prospěch zamítnuté navrhované právní úpravy; je tomu tak proto, že mnoho států, jejichž právní řády trestní odpovědnost právníků osob znají, umožňuje ukládat právníkům osobám pouze jeden univerzální, a to peněžitý trest.⁶

Můžeme pochopitelně namítnout, proč jednoduše nenadat správní orgány pravomocí sankcionovat právníké osoby takovým způsobem, jak to předpokládal návrh ZTOPO. Je tomu tak zejména protože „*je nesprávné aby správní právo přebíralo funkci postihu velmi*

² Parlament České republiky. Poslanecká sněmovna. 2004. IV. volební období. Tisk 745/0 - Vládní návrh zákona o trestní odpovědnosti právníků osob a řízení proti nim. Dostupný z www.psp.cz

³ Srov.: Jelínek, J.: Trestní odpovědnost právníků osob jako předmět zkoumání [citováno 31. října 2008]. Dostupný z <http://www.mvcr.cz/clanek/trestni-odpovednost-pravnickych-osob-jako-predmet-zkoumani.aspx>.

⁴ Parlament České republiky. Poslanecká sněmovna. 2008. V. volební období. Tisk 410/0 - Důvodová zpráva k vládnímu návrhu zákoníku. Dostupná z www.psp.cz

⁵ Srov.: Jelínek, J.: Trestní odpovědnost právníků osob jako předmět zkoumání [citováno 31. října 2008]. Dostupný z <http://www.mvcr.cz/clanek/trestni-odpovednost-pravnickych-osob-jako-predmet-zkoumani.aspx>.

⁶ Viz. níže

*závažných protispolečenských jednání velmi přísnými sankcemi; jeho role by měla zůstat omezená na postih méně závažných deliktů mírnějšími sankcemi.*⁷ Rozhodování o tak přísných sankcích jakými jsou zrušení právnické osoby, propadnutí jejího majetku, či tresty omezující její činnost, by mělo být vyhrazeno nezávislému soudu pod neodmyslitelnou kontrolou veřejnosti.⁸

Nezpochybnitelným argumentem ve prospěch zavedení trestní odpovědnosti právnických osob je taktéž nepopíratelná skutečnost, že *„trestněprávní postih a trestněprávní sankce jsou tradičně spojovány s vyšším stupněm difamace, než je tomu v případě správního trestání. Delikty právnických osob jsou natolik odsouzeníhodné, že si zasluhují, aby ukládané sankce měly tyto difamační účinky. Trestní právo má k dosažení těchto difamačních účinků vhodné nástroje (zveřejnění rozsudku, rejstřík trestů). V konkurenčním prostředí tržního hospodářství mají tyto účinky trestání významný kriminoinhibitivní a tím i preventivní účinek,“⁹ „kdy samotní pracovníci, společníci a další osoby s právnickou osobou spojeny budou mít zájem na tom, aby ovlivňovali a kontrolovali její fungování žádoucím směrem, tj. aby se chovala v souladu se zákonem.“¹⁰*

Uvedeným stručným přehledem několika argumentů pro zavedení trestní odpovědnosti právnických osob z pohledu možnosti jejich trestněprávního sankcionování však za žádných okolností nemá být naznačeno, že by se v rámci správního řízení neměly postihovat vůbec (tedy, že by trestněprávní odpovědnost měla úplně vytlačit odpovědnost administrativněsprávní). Uvedená úvaha by byla stejně absurdní, jako záměr zrušit zákon o přestupcích, protože přece máme k dispozici trestní zákon, který je nadán mnohonásobně efektivnějšími prostředky vynucení žádoucího jednání subjektů, na které dopadá. Uvedeným tedy mělo být toliko řečeno, že správní právo má postihovat méně závažné delikty a trestní právo by mělo nastoupit až tam, kdy v důsledku intenzity narušení právem chráněných hodnot, bude použití norem správního práva nepostačující (ultima ratio).

ÚČEL TRESTÁNÍ PRÁVNICKÝCH OSOB

„Základním problémem sankcionování právnických osob je vymezení účelu sankcionování. Platný český trestní zákon v ustanovení § 23 o účelu trestu ve vztahu k osobám fyzickým stanoví, že účelem trestu je chránit společnost před pachateli trestných činů, zabránit odsouzenému v dalším páchání trestné činnosti a vychovat jej k tomu, aby vedl řádný život, a tím výchovně působit i na ostatní členy společnosti. Takto vymezený účel trestu lze pochopitelně vůči právnickým osobám vztáhnout jen částečně, protože stěží lze hovořit o tom, že účelem sankcionování právnických osob je snaha vychovat je k tomu, aby vedly řádný život. Samozřejmě, že účelem sankcionování právnických osob může být i náprava právnické osoby v tom smyslu, aby se stala řádným korporátním subjektem.“¹¹ Na tomto místě je však

⁷ Srov.: Musil, J., Prášková, H., Faldyna, F.: Úvahy o trestní odpovědnosti právnických osob de lege ferenda. Trestní právo, Praha, Lexis-nexis CZ s.r.o., ISSN 1211-2860, 2001, č.3, s. 10.

⁸ Srov. také: Vaníček, D.: Trestní sankce ukládané právnickým osobám. Trestní právo, Praha, Lexis-nexis CZ s.r.o., ISSN 1211-2860, 2006, č. 8, s. 13.

⁹ Srov.: Musil, J., Prášková, H., Faldyna, F.: Úvahy o trestní odpovědnosti právnických osob de lege ferenda. Trestní právo, Praha, Lexis-nexis CZ s.r.o., ISSN 1211-2860, 2001, č.3, s. 11.

¹⁰ Srov.: Janda, P.: Trestní odpovědnost právnických osob. Právní fórum, Praha, ASPI, a. s., ISSN 1214-7966, 2006, č.5, s. 170.

¹¹ Srov.: Jelínek, J.: Trestní odpovědnost právnických osob jako předmět zkoumání [citováno 31. října 2008]. Dostupný z <http://www.mvcr.cz/clanek/trestni-odpovednost-pravnickych-osob-jako-predmet-zkoumani.aspx>.

vhodné položit si otázku, zda náprava právnické osoby nebude spíš nápravou fyzických osob, za tuto právnickou osobu jednajících.

„Hovoříme-li tedy v obecné rovině o účelu sankcí právnických osob, lze vycházet z toho, že zásadně je kladen důraz na ochranu společenských zájmů a současně je výrazně potlačena jejich resocializační funkce.“¹² Pochopitelně, v účelu trestání právnických osob lze vypočítávat také prvky individuální, a zejména pak generální prevence. Přísné sankce ukládané v trestním řízení za nejzávažnější narušení či ohrožení právem chráněných společenských zájmů budou zcela jednoznačně představovat značnou motivaci k tomu, aby se právnické osoby deliktního jednání snažily vyvarovat.

SYSTEM SANKCÍ PODLE VLÁDNÍHO NÁVRHU ZÁKONA O TRESTNÍ ODPOVĚDNOSTI PRÁVNICKÝCH OSOB A ŘÍZNÍ PROTI NIM

System sankcí, které mělo být podle návrhu ZTOPO možno ukládat právnickým osobám je značně propracovaný (celkem 8 trestů a jedno opatření), což není ve srovnání s jinými státy, kde je trestní odpovědnost právnických osob součástí právního řádu, úplnou samozřejmostí. Existuje totiž varianta, v rámci které je možné ukládat pouze jeden univerzální trest, a to peněžitou sankcí (Nizozemí, Dánsko, Finsko, Rakousko, Švýcarsko).¹³ Uvedené zakotvení univerzální peněžité sankce vychází zejména z předpokladu, že účel existence právnických osob je vázán zejména na dosahování zisku.¹⁴ *„Tento názor je však možné odmítnout již s poukazem na množství právnických osob, které se účastní života společnosti, a stejně tak i s poukazem na to, že ani u právnických osob, byť jsou třeba i podnikateli, nemusí být snaha o dosažení zisku ústředním motivem jejich jednání, proto je krátkozraké spojovat dostatečné preventivní a represivní působení trestních sankcí pouze s peněžitými tresty.“¹⁵*

Naproti tomu, v zahraničních právních úpravách nacházíme také rozpracovaný katalog trestních sankcí pro právnické osoby (Francie – 11 sankcí; Slovinsko – 3 sankce, 3 opatření; Maďarsko – 3 sankce, jedno opatření).¹⁶

Jiří Jelínek v rámci úvah, ke kterým ze dvou naznačených směrů by se česká navrhovaná právní úprava měla ubírat uvádí následující:

„Při zavedení pravé trestní odpovědnosti právnických osob by měl být systém sankcí dostatečně členitý, aby umožňoval soudu výběr nejvhodnější sankce, případně kombinaci sankcí, které by v efektivní podobě naplňovaly účel sankcionování právnických osob. Za základní prostředek k postihu právnických osob lze považovat peněžitou sankcí - peněžitou pokutu v systému pravé trestní odpovědnosti. Nicméně zavedení pouze jediné sankce - peněžité pokuty nepovažujeme za správné již proto, že peněžitou sankcí lze postihnout

¹² Tamtéž.

¹³ K uvedenému srov.: Srov.: Jelínek, J.: Trestní odpovědnost právnických osob jako předmět zkoumání [citováno 31. října 2008]. Dostupný z <http://www.mvcr.cz/clanek/trestni-odpovednost-pravnicky-ch-osob-jako-predmet-zkoumani.aspx>.

¹⁴ Srov. Vaníček, D.: Trestní sankce ukládané právnickým osobám. Trestní právo, Praha, Lexis-nexis CZ s.r.o., ISSN 1211-2860, 2006, č. 8, s. 14.

¹⁵ Tamtéž.

¹⁶ Srov.: Jelínek, J.: Trestní odpovědnost právnických osob jako předmět zkoumání [citováno 31. října 2008]. Dostupný z <http://www.mvcr.cz/clanek/trestni-odpovednost-pravnicky-ch-osob-jako-predmet-zkoumani.aspx>.

právnícké osoby také podle předpisů správního práva, takže může být položena otázka, zda trestněprávní postih není jen nadbytečný krok, když stejného účelu lze dosáhnout administrativněsprávními prostředky. Pokud připustíme, že jednání právnícké osoby sleduje i jiné než ekonomické cíle, pak uložení majetkové sankce nemusí vést ke splnění účelu sankcionování právníckých osob. Proto by právní úprava sankcionování měla umožnit i postižení jiných práv a svobod.“¹⁷

S uvedeným názorem nelze než nesouhlasit a jak je ze shora naznačeného patrné, tohoto velice opodstatněného požadavku se přidržel i návrh ZTOPO, když předpokládal zavedení poměrně pestrého katalogu sankcí, které by mohly být v rámci trestního řízení právníckým osobám ukládány.

Katalog sankcí pro právnícké osoby, které taxativně vyjmenovává ustanovení § 10 odstavec 1 návrhu ZTOPO lze rozřadit do čtyř skupin:¹⁸

Výjimečný trest:

zrušení právnícké osoby (§ 11)

Tresty majetkové povahy:

Propadnutí majetku (§ 12)

Peněžitý trest (§ 13)

Propadnutí věci (§ 14)

Tresty omezující činnost právnícké osoby:

Zákaz činnosti (§ 15)

Zákaz účasti v zadávacím řízení o veřejných zakázkách a ve veřejné soutěži (§ 16)

Zákaz přijímat dotace a subvence (§ 17)

Výlučně stigmatizující tresty:

Zveřejnění rozsudku ve veřejném sdělovacím prostředku (§ 18)

Návrh ZTOPO dále upravuje jediné ochranné opatření, které mělo být možné v trestním řízení právnícké osobě uložit, a to zabránit věci. Toto je převzato ze trestního zákona, ale přizpůsobeno povaze právnícké osoby, zejména z hlediska probíhajícího konkurzního řízení.¹⁹

¹⁷ Tamtéž.

¹⁸ Toto rozřídění je z větší části inspirováno členěním doporučených sankcí, které je publikováno v: Král, V.: K trestní odpovědnosti právníckých osob - východiska, obsah a systematika zákonné právní úpravy. Trestněprávní revue, Praha, C. H. BECK, ISSN 1213-5313, 2002, č. 8, s. 223.

¹⁹ Srov.: Parlament České republiky. Poslanecká sněmovna. 2004. IV. volební období. Tisk 745/0 - Důvodová zpráva k vládnímu návrhu zákona o trestní odpovědnosti právníckých osob a řízení proti nim. Dostupná z www.psp.cz. (Dále jen Důvodová zpráva k návrhu ZTOPO).

Tyto tresty a ochranná opatření mělo být možno různě kumulovat vyjma uložení peněžitého trestu vedle trestu propadnutí majetku a uložení propadnutí věci a zabránění téže věci (§ 10 odstavec 3 návrhu ZTOPO).

TREST ZRUŠENÍ PRÁVNICKÉ OSOBY

V odborné literatuře a důvodové zprávě k návrhu ZTOPO je tento druh sankce charakterizován jako nejpřísnější a výjimečný trest pro právnické osoby.²⁰ Uvedené tvrzení bude ve většině případů pravdou, koneckonců, jen stěží si lze představit větší a neodvratitelnější zásah do chodu a činností právnických osob, než je jejich přímé zrušení. Nicméně, z jistého uhlu pohledu je možno nad touto, na první pohled nezpochybnitelnou tezí, alespoň okrajově polemizovat. Lze velice dobře předpokládat, že pro menší a méně významné právnické osoby bude tento trest představovat podstatně menší ujmu než např. pro silné ekonomické subjekty, které na trhu již mají vybudované svoje pevné jméno a tradici. Uvedená polemika však má výlučně charakter teoretických úvah, která s úvahami o efektivním sankcionování právnických osob souvisí jen okrajově.²¹

Trest zrušení právnické osoby je upraven v § 11 návrhu ZTOPO, který stanoví, že soud může uložit trest zrušení právnické osoby, která nebyla zřízena zákonem, pokud její činnost spočívala zcela nebo převážně v páchání trestného činu nebo trestných činů. Podle důvodové zprávy k návrhu ZTOPO by měl přicházet v úvahu zejména tam, kde se právnická osoba svou podstatou začlenila např. do organizovaného zločinu, a tvořila jeden z významných článků organizace. Návrh ZTOPO upravoval také výkon tohoto trestu, přičemž byl zamýšlen jako zrušení právnické osoby s likvidací na základě rozhodnutí soudu. Právní mocí rozhodnutí, kterým byl uložen trest zrušení právnické osoby, by tato měla vstupovat do likvidace, přičemž v nařízení výkonu tohoto trestu měl být předsedou senátu jmenován likvidátor.²²

„Zrušení právnické osoby a vstup do likvidace, jakož i jméno a bydliště nebo firma a sídlo likvidátora se mělo podle navrhované právní úpravy zapisovat také do obchodního nebo jiného rejstříku, a proto měl být předseda senátu povinen zaslat pravomocný rozsudek spolu s nařízením výkonu trestu rejstříkovému soudu nebo jinému orgánu, který vede příslušný rejstřík. Návrh na výmaz právnické osoby z uvedeného rejstříku, kterým by měla právnická

²⁰ Srov. třeba: Král, V.: K trestní odpovědnosti právnických osob - východiska, obsah a systematika zákonné právní úpravy. Trestněprávní revue, Praha, C. H. BECK, ISSN 1213-5313, 2002, č. 8, s. 223; Vantuch, P.: K návrhu zákona o trestní odpovědnosti právnických osob. Trestní právo, Praha, Lexis-nexis CZ s.r.o., ISSN 1211-2860, 2003, č. 10, s. str. 5.

²¹ Stejně tak by dala vést dlouhá diskuze na téma, zda-li je u fyzických osob přísnějším trestem podmíněně odložený trest odnětí svobody (který obvykle nezasahuje do sféry odsouzeného tím, že by mu ukládal nějaké povinnosti, avšak může nad ním vyset jako stigmatizující „Damoklův meč“ i několik let) nebo trest obecně prospěšných prací (v rámci kterého musí pachatel odpracovat soudem stanovený počet hodin, na druhé straně, jejich odpracováním se relativně rychle zbaví stigmatizujícího záznamu v rejstříku trestů).

²² Srov. § 30 odstavec 1 návrhu ZTOPO; důvodová zpráva obsahuje důležité upozornění ohledně jmenování, odvolávání a odměňování likvidátora předsedou senátu. Uvádí, že „pokud návrh stanoví, že předseda senátu postupuje podle tohoto ustanovení, nestanoví-li zákon jinak, znamená to, že je povinen respektovat speciální úpravu např. § 36 odstavec 2 zákona č. 21/1992, o bankách. Pokud by tedy byla zrušovaná právnickou osobou banka, uplatnilo by se ustanovení § 36 odstavec 1 věty první citovaného zákona o bankách a návrh na jmenování likvidátora by soudu podávala Česká národní banka.“

*osoba teprve zaniknout, měl učinit po rozdělení likvidačního zůstatku likvidátor (§ 75a obchodního zákoníku)*²³

Jednou ze zajímavých alternativ tohoto „fatálně“ zničujícího a nezvratného trestu by teoreticky mohl být podmíněný odklad trestu zrušení právnické osoby za současného vyslovení dozoru²⁴ nad její činností.²⁵ Vzhledem k dikci navrhovaného ustanovení o trestu zrušení právnické osoby, podle kterého má toto přicházet v úvahu případech nejzávažnějšího ohrožení právem chráněných společenských hodnot, tj. v případech, kdy činnost právnické osoby spočívala zcela, resp. převážně v páčání trestné činnosti, se však taková alternativa jeví značně nevhodnou, neboť za tak závažné porušení právního řádu je tento „kapitální“ trest zcela namístě a podmíněný odklad trestu by se zjevně míjel svým účinkem. Pro trestání „mírnějších prohřešků“ právnických osob nabízela navrhovaná právní úprava další sankce, které svou povahou odpovídaly adekvátnímu postihu porušování práva v menším rozsahu.

TREST PROPADNUTÍ MAJETKU

Propadnutí majetku již spadá do podskupiny majetkových sankcí, které měly být podle navrhované právní úpravy ukládány právnickým osobám v trestním řízení. Jedná se o nejzávažnější trest majetkové povahy, neboť nepostihuje jen určitou věc nebo určitý finanční obnos, kterým právnická osoba disponuje, nýbrž celý její majetek, resp. tu jeho část, kterou soud určí (§ 12 odstavec 2 návrhu ZTOPO). Právě s ohledem na tuto skutečnost návrh v § 12 odstavec 1 výslovně stanovuje, že tato sankce přichází v úvahu pouze u zvlášť závažných zločinů,²⁶ kterým právnická osoba získala nebo se snažila získat majetkový prospěch, přičemž soudům měla být stanovena povinnost přihlížet k právem chráněným zájmům osob poškozených trestným činem.

PENĚŽITÝ TREST

O peněžitém trestu se uvažovalo jako o nejstandardnějším a potenciálně nejčastěji ukládaném trestu pro právnické osoby.²⁷ *„Jedná se o nezastupitelný prostředek v systému sankcí*

²³ Srov. důvodová zpráva k § 30 návrhu ZTOPO.

²⁴ K dozoru na právnickou osobou viz blíže Vaníček, D.: Trestní sankce ukládané právnickým osobám. Trestní právo, Praha, Lexis-nexis CZ s.r.o., ISSN 1211-2860, 2006, č. 8, s. 12-19.

²⁵ K uvedenému viz také: Madliak, J., Porada, V., Bruna, E.: Niekoľko úvah o trestnej zodpovednosti právnických osôb v podmienkach SR. Karlovarská právní revue, Karlovy Vary, Vysoká škola Karlovy Vary, ISSN 1801-2191, 2006, č. 3, s. 26-29.

²⁶ Parlament České republiky. Poslanecká sněmovna. 2004. IV. volební období. Tisk 744/0 - Vládní návrh trestního zákoníku, na účinnost kterého byla vázána i účinnost ZTOPO, jakož koneckonců i poslední verze návrhu rekodifikovaného trestního zákoníku (Parlament České republiky. Poslanecká sněmovna. 2008. V. volební období. Tisk 410/0 - Vládní návrh trestního zákoníku) (Oba dostupné z www.psp.cz) dělil trestné činy na zločiny a přečiny, přičemž:

Přečiny představují nedbalostní trestné činy a úmyslné trestné činy s horní hranicí do 3 let.

Zločiny představují trestné činy, které nejsou přečiny.

Zvlášť závažné zločiny představují v trestním zákoníku taxativně vymezené trestné činy a všechny úmyslné trestné činy s horní hranicí trestní sazby v trvání nejméně osm let.

²⁷ Srov. důvodová zpráva k návrhu ZTOPO a dále např.: Vaníček, D.: Trestní sankce ukládané právnickým osobám. Trestní právo, Praha, Lexis-nexis CZ s.r.o., ISSN 1211-2860, 2006, č. 8, s. 16; Vantuch, P.: K návrhu zákona o trestní odpovědnosti právnických osob. Trestní právo, Praha, Lexis-nexis CZ s.r.o., ISSN 1211-2860, 2003, č. 10, s. 5.

*ukládáných právníckým osobám, ale na druhou stranu nejde o všelék, neboť její efektivita není vždy zaručena, například pouhé zvyšování pokut až do drastické výše není zárukou skutečného potrestání právnícké osoby.*²⁸ Možnost peněžitého trestu efektivně postihovat právnícké osoby za jejich trestnou činnost v jakémkoliv případě tedy zůstává spornou. Pro některé právnícké osoby může být tento trest velice citelnou újmou, některé však díky svému hospodářskému postavení nemusí ani vysokou peněžitou sankci vůbec pocítit. V některých případech by tedy bylo nutné sáhnout po jiném z navrhovaných trestů a nespoléhat výlučně na univerzalitu trestu peněžitého.²⁹

Peněžitý trest není v českých právních podmínkách rozhodně žádným novým objevem. V současné době se zcela běžně ukládá za páchaní trestné činnosti fyzickým osobám a v mnohých případech ho lze považovat za efektivní prostředek k ovlivňování chování pachatelů. Aby tomu tak mohlo být i u právníckých osob, nemůžeme pochopitelně vystačit s podmínkami jeho ukládání odsouzeným pachatelům v podobě fyzických osob, zejména co se týká jeho výše. Stávající česká právní úprava umožňuje pachateli (fyzické osobě) uložit peněžitý trest v rozmezí od 2.000,- do 5.000.000,- Kč. Podle nové navrhované úpravy trestního zákoníku by se měl peněžitý trest ukládat v tzv. denních sazbách, které činí nejméně 20 a nejvíce 730 celých denních sazeb. Denní sazba by měla činit nejméně 100 Kč a nejvíce 50 000 Kč. Počet denních sazeb soud určí s přihlédnutím k povaze a závažnosti spáchaného trestného činu, výši jedné denní sazby peněžitého trestu stanoví soud se zřetelem k osobním a majetkovým poměrům pachatele. Jak je patrné, podle nové rekodifikované právní úpravy se počítá s ukládáním peněžitého trestu (fyzickým osobám) v rozmezí 2.000,- Kč do 36.500.000,- Kč.

Vzhledem k povaze právníckých osob, u kterých se předpokládá, že budou obvykle disponovat větším jměním než osoby fyzické, by měla být výměra potenciálně ukládaného peněžitého trestu podstatně vyšší (což můžeme vyzorovat i v zahraničních právních úpravách)³⁰. Tomuto požadavku koneckonců odpovídala i navrhovaná právní úprava trestní odpovědnosti právníckých osob, když v § 13 odstavec 2 návrhu ZTOPO nacházíme ustanovení o tom, že denní sazba peněžitého trestu u právnícké osoby bude činit nejméně 1.000,- a nejvíce 1.000.000,- Kč. Vzhledem k tomu, že v návrhu nenacházíme vymezení počtů denních sazeb přicházejících v úvahu, je nutné s ohledem na § 1 odstavec 2 návrhu ZTOPO³¹ dovést, že se počítalo s tím, že budou totožné s počty denních sazeb uvedených

²⁸ Srov.: Vaníček, D.: Trestní sankce ukládané právníckým osobám. Trestní právo, Praha, Lexis-nexis CZ s.r.o., ISSN 1211-2860, 2006, č. 8, s. 17.

²⁹ Blíže k efektivitě peněžitého trestu pro právnícké osoby viz. tamtéž.

³⁰ Například podle francouzské právní úpravy lze právníckým osobám ukládat peněžité sankce do výše 5-násobku peněžitého trestu, který může být uložen fyzické osobě (Srov. Jelínek, J.: Trestní odpovědnost právníckých osob jako předmět zkoumání [citováno 31. října 2008]. Dostupný z <http://www.mvcr.cz/clanek/trestni-odpovednost-pravnickych-osob-jako-predmet-zkoumani.aspx>.

Dále k francouzské právní úpravě peněžitého trestu viz např.: Hurdík, J.: Trestní odpovědnost právníckých osob. Časopis pro právní vědu a praxi, Brno, Masarykova univerzita. Právnícká fakulta. ISSN 1210-9126, 1996, č. 1, s. 28-33; Karabec, Z., Nečada, V., Vlach, J.: Trestní odpovědnost právníckých osob - otevřený problém. Trestní právo, Praha, Lexis-nexis CZ s.r.o., ISSN 1211-2860, 2007, č.4, s. 5-16; Musil, J.: Trestní odpovědnost právníckých osob v novém francouzském trestním zákoníku. Kriminalistika, Praha, Magnet-Press, ISSN 1210-9150, č. 4, 1995, s. 305-315.

³¹ Podle kterého: Nestanoví-li tento zákon jinak, použije se trestního zákoníku nebo jiného zákona vymezujícího trestné činy a odpovědnost za ně (dále jen "trestní zákon") a v trestním řízení proti právnícké osobě trestního řádu, není-li to z povahy věci vyloučeno.

v § 68 tehdy navrhovaného trestního zákoníku³². Po přepočtu mělo tedy být možné ukládat právníkům osobám peněžitý trest v rozmezí od 20.000,- Kč do 730.000.000,- Kč, což už může představovat značně citelnou ujmu i pro ekonomicky silnější subjekty, nicméně, s ohledem na shora uvedené námitky, toto nemusí platit absolutně.

TREST PROPADNUTÍ VĚCI

Trest propadnutí věci uzavírá podskupinu trestů majetkové povahy předpokládaných návrhem ZTOPO. Podle navrhovaného ustanovení § 14 odstavec 1 měla být soudu dána možnost uložit právníké osobě trest propadnutí věci, včetně propadnutí náhradní hodnoty. Vládní návrh předpokládal uložení této sankce jako samostatného trestu pouze za předpokladu, že trestní zákon uložení tohoto trestu dovoluje a jestliže vzhledem k povaze a závažnosti spáchaného trestného činu není uložení jiného trestu třeba. § 14 odstavec 2 předpokládal, že za situace, že bude na majetek právníké osoby prohlášen konkurz, bude možné podle § 70 odstavec 1 a 2 trestního zákoníku prohlásit za propadlé jen omamné a psychotropní látky nebo jiné věci, které ohrožují bezpečnost a lidí nebo majetku. Přitom měl soud přihlížet k oprávněným zájmům osob poškozených trestným činem.

Vzhledem k tomu, že ani u jednoho trestu majetkové povahy, které měly přicházet v úvahu u právníkých osob nenajdeme v návrhu ZTOPO žádné ustanovení týkající se výkonu těchto trestů, je nutno z dikce § 1 odstavec 2 návrhu ZTOPO opět dovodit, že se na výkon těchto trestů přiměřeně užijí ustanovení trestního řádu.

TREST ZÁKAZU ČINNOSTI

Tento trest patří již do podskupiny trestů omezujících činnost právníké osoby. Dolní hranice výměry tohoto trestu měla být podle § 15 odstavec 1 návrhu ZTOPO totožná s dolní hranicí trestu zákazu činnosti předpokládaného pro fyzické osoby (tj. 1 rok), nicméně horní hranice je dvojnásobná, soud tedy měl mít možnost právníké osobě uložit trest zákazu činnosti až v trvání 20 let. Takto vysokou horní hranici výměry je třeba považovat za „přemrštěnou“ a i když *„rozebíraný trest se měl týkat určité specifické činnosti, ke které je třeba zvláštního povolení, nikoliv tedy podnikání obecně a vždy by přitom mělo být specifikováno, o kterou oblast činnosti právníké osoby se bude jednat“*^{33 34}, je namístě se zamyslet, zda by tato sankce fakticky v podstatě nepředstavovala trest zrušení právníké osoby. Nelze totiž předpokládat, že by na trhu po dobu 20-ti let obstála společnost, které byl zakázán výkon předmětu jejího podnikání. Toto by ve většině případů zcela jednoznačně vedlo k brzkému zániku takové obchodní společnosti, přičemž by se tato vůbec nemusela dopouštět jednání tak závažného, že by byl trest jejího zrušení namístě.

Druhý odstavec rozebíraného ustanovení stanovoval specifický postup soudu v případě, že by ukládal trest zákazu činnosti právníké osobě, která je bankou. V takovém případě by mohl soud uložit trest zákazu činnosti pouze po vyjádření České národní banky k možnostem a důsledkům jeho uložení. Obdobně měl soud postupovat v případě, že by se jednalo o pojišťovny, zajišťovny, penzijní fondy, investiční společnosti, investiční fondy, obchodníky

³² Parlament České republiky. Poslanecká sněmovna. 2004. IV. volební období. Tisk 744/0 - Vládní návrh trestního zákoníku.

³³ Srov.: Důvodová zpráva k § 15 návrhu ZTOPO.

³⁴ S nadsázkou by se dalo říct, že zakázat obchodní společnosti podnikat je to samé, jako kdyby soud uložil fyzické osobě trest zákazu činnosti spočívající v zákazu žít.

s cennými papíry, spořitelny a úvěrová družstva nebo jiné právnické osoby, k jejichž vzniku nebo činnosti je třeba povolení podle zvláštního právního předpisu. Toto vyjádření se mělo vyžadovat od příslušného ministerstva, Komise pro cenné papíry nebo jiného úřadu, který uděluje povolení k činnosti, která by mohla být rozhodnutím soudu právnické osobě zakázána. „*Tím měla být zajištěna potřebná spolupráce se subjekty udělujícími licenci, nebo příslušné povolení, neboť v rozhodnutí měl pak být soud povinen k takovému vyžádanému vyjádření přihlídnout, i když by jím nebyl s ohledem na zásadu nezávislosti soudního rozhodování bezprostředně vázán.*“³⁵

Na výkon trestu zákazu činnosti právnických se měly s ohledem na ustanovení §1 odstavec 2 návrhu ZTOPO přiměřeně užít ustanovení trestního zákoníku upravující výkon tohoto trestu u osob fyzických, avšak je-li právnická osoba zapsána v obchodním nebo jiném zákonem určeném rejstříku, registru nebo evidenci zašle předseda senátu odsuzující rozsudek s doložkou o právní moci orgánu udělujícímu licenci nebo povolení k činnosti této právnické osobě, orgánu odpovědnému za dozor nad takovou právnickou osobou a příslušnému orgánu k zápisu do obchodního nebo jiného zákonem určeného rejstříku, registru nebo evidence (§ 31 návrhu ZTOPO).

TREST ZÁKAZU ÚČASTI V ZADÁVACÍM ŘÍZENÍ O VEŘEJNÝCH ZAKÁZKÁCH A VE VEŘEJNÉ SOUTĚŽI

„*Jednou forem, prostřednictvím které právnická osoba vykonává svou činnost a který se dotýká společenských zájmů, je účast v zadávacím řízení o veřejných zakázkách nebo ve veřejné soutěži.*“³⁶ Jedním z účinných prostředků postihování deliktního jednání právnických osob, zejména však ochrany společnosti před pácháním trestné činnosti, tento druh sankce nepochybně bude. S ohledem na uvedené byl zapracován do návrhu ZTOPO, přičemž podle § 16 odstavec 3 měl spočívat v tom, že právnická osoba se nebude moci po dobu výkonu tohoto trestu zúčastnit zadávacího řízení o veřejných zakázkách nebo veřejné soutěže. Délka této sankce korespondovala s navrhovanou délkou trestu zákazu činnosti (nicméně dopady tohoto trestu by byly nepochybně menší). Mělo ho tedy být možné ukládat na dobu jednoho roku až dvaceti let, za předpokladu, že trestný čin byl právnickou osobou spáchán v souvislosti s účastí v zadávacím řízení o veřejných zakázkách nebo veřejné soutěži (§ 16 odstavec 1 návrhu ZTOPO). Jako samostatný měl být tento trest ukládán pouze v případě, jestliže by vzhledem k povaze a závažnosti spáchaného trestného činu uložení jiného trestu nebylo třeba (§ 16 odstavec 2 návrhu ZTOPO).

TREST ZÁKAZU PŘIJÍMAT DOTACE A SUBVENCE

„*Stejně jako zákaz účasti ve veřejné soutěži, také přijímání dotací nebo subvencí v širším smyslu se dotýká celospolečenských zájmů.*“³⁷ Z obdobných důvodů, jako tomu bylo u předchozího navrhovaného trestu byl do návrhu ZTOPO začleněn i tento trest, který měl být ukládán rovněž na dobu jednoho roku až dvaceti let, za předpokladu, že by k spáchání trestného činu právnickou osobou došlo v souvislosti s žádostí o dotaci, subvenci nebo o návratnou finanční výpomoc, s jejich poskytováním nebo využíváním, anebo s poskytováním nebo využíváním veřejné podpory (§ 17 odstavec 1 návrhu ZTOPO).

³⁵ Srov.: Důvodová zpráva k § 15 návrhu ZTOPO.

³⁶ Srov.: Důvodová zpráva k § 16 návrhu ZTOPO.

³⁷ Srov.: Důvodová zpráva k § 17 návrhu ZTOPO.

Obdobně jako u předchozího trestu, rovněž trest zákazu přijímat dotace a subvence měl být ukládán jako samostatný pouze v případě, jestliže by vzhledem k povaze a závažnosti spáchaného trestného činu uložení jiného trestu nebylo třeba (§ 17 odstavec 2 návrhu ZTOPO). Žádný výrazný rozdíl nelze nalézt ani v úpravě charakterizující podstatu tohoto trestu, když § 17 odstavec 3 návrhu stanovoval obdobně jako § 16, že tento trest měl záležet v tom, že se právnické po dobu výkonu tohoto trestu znemožňuje ucházet se o dotace, subvence, atd.

Vzhledem k více než zjevné podobnosti hmotněprávní úpravy dvou posledně uvedených sankcí pro právnické osoby, není divu, že i procesněprávní úprava jejich výkonu (obsažena v §§ 32 a 33 ZTOPO) měla být zásadně stejná, když u obou trestů předpokládala, že se jejich výkon bude řídit ustanovením trestního řádu o výkonu trestu zákazu činnosti. Dále je v obou §§ shodně uvedeno, že je-li právnická osoba zapsána v obchodním nebo jiném zákonem určeném rejstříku, registru nebo evidenci, zašle předseda senátu odsuzující rozsudek s doložkou právní moci příslušnému orgánu k zápisu zákazu účasti v zadávacím řízení o veřejných zakázkách a ve veřejné soutěži (zákazu přijímat dotace a subvence) do příslušného rejstříku, registru nebo evidence. Výslovně je v návrhu ZTOPO (§§ 32 a 33) dále uvedeno, že a výkon trestu zákazu účasti v zadávacím řízení o veřejných zakázkách a ve veřejné soutěži se přiměřeně užije ustanovení § 350 trestního řádu o výkonu trestu zákazu činnosti.

TREST ZVEŘEJNĚNÍ ODSUZUJÍCÍHO ROZSUDKU VE SDĚLOVACÍM PROSTŘEDKU

Co se týká úpravy tohoto trestu, podle návrhu ZTOPO se mělo jednat o zcela novou sankci, jaká nemá doposud v českém právním řádu obdobu, je však požadovaná řadou mezinárodních dokumentů.³⁸ Důvodová zpráva dále objasňuje smysl zavedení této sankce, když uvádí, že „*smyslem tohoto ustanovení není prohloubit zásadu veřejnosti v řízení před soudem, jak by se na první pohled mohlo zdát, ale spíše poskytnout veřejnosti informaci o tom, že se právnická osoba dopustila trestného činu.*“³⁹ Důvodová zpráva o této sankci mluví jako o „*účinném prostředku při postihu určité trestné činnosti (např. trestného činu v oblasti životního prostředí nebo závažného hospodářského trestného činu.*“⁴⁰ Podle § 18 návrhu ZTOPO se tento postup předpokládal tehdy, bylo-li by třeba veřejnost seznámit s odsuzujícím rozsudkem, především vzhledem k povaze a závažnosti trestného činu, anebo v případě, že by to vyžadoval zájem na ochraně bezpečnosti lidí nebo majetku.

Tato sankce měla podle § 18 odstavec 2 návrhu ZTOPO spočívat v tom, že právnická osoba na vlastní náklady zveřejní pravomocný odsuzující rozsudek nebo jeho část v Obchodním věstníku nebo jiném sdělovacím prostředku, přičemž o tom, ve kterém sdělovacím prostředku a v jakém rozsahu měl být rozsudek zveřejněn měl rozhodovat soud. Zveřejnění mělo pochopitelně obsahovat údaje o firmě resp. názvu právnické osoby a jejího sídla. V případě, že by právnická osoba odsuzující rozsudek nezveřejnila, návrh ZTOPO v § 34 předpokládal možnost ukládat jí (byť opakovaně) pořádkové pokuty až do výše 500.000,- Kč do doby, než tak neučiní.

³⁸ Srov.: Důvodová zpráva k § 18 návrhu ZTOPO.

³⁹ Tamtéž.

⁴⁰ Důvodová zpráva k § 18 návrhu ZTOPO nebo v odborné literatuře: Vaníček, D.: Trestní sankce ukládané právnickým osobám. Trestní právo, Praha, Lexis-nexis CZ s.r.o., ISSN 1211-2860, 2006, č. 8, s. 16.

Na velice zajímavý aspekt ukládání tohoto trestu s ohledem na vhodný výběr sdělovacích prostředků a formy, jakou má být rozsudek zveřejněn (aby bylo dosaženo jeho efektivního účinku) upozorňuje David Vaníček,⁴¹ který uvádí „*taková stigmatizující sankce bude mít efekt pouze tehdy, pokud vzbudí zájem adresátů a pokud sdělení předávané veřejnosti bude dostatečně zjednodušené, aby oslovilo například běžného spotřebitele.*“ S přihlédnutím k uvedenému by tedy bylo při eventuálním ukládání této sankce vhodné zvážit nejen to, které části odsuzujícího rozsudku by měly být zveřejněny, ale rovněž jakou formou podat informace v rozsudku obsažené. Velice sporným se tak jeví rovněž efektivita tohoto trestu v případě uveřejnění pouze v Obchodním věstníku (zejména z pohledu běžného spotřebitele). Na druhou stranu, „*taková snaha může vést k dezinterpretaci na straně adresátu*“⁴², což by k efektivitě tohoto trestu pravděpodobně také moc nepřispělo.

OCHRANNÉ OPATŘENÍ: ZABRÁNÍ VĚCI:

„*Ochranné opatření, spočívající v zabránění věci, mělo být převzato z trestního zákona, ale přizpůsobeno povaze právnické osoby, zejména z hlediska probíhajícího konkursního řízení,*“⁴³ když bylo v § 19 odstavec 2 ZTOPO stanoveno, že v případě, že by byl na majetek právnické osoby prohlášen konkurs, šlo by zabrat jen takovou věc, která vzhledem ke své povaze nemůže podléhat konkurznímu řízení, zejména omamné a psychotropní látky nebo jiné věci, které ohrožují bezpečnost lidí nebo majetku. Přitom se mělo třeba přihlížet k právem chráněným zájmům osob poškozených trestným činem.

Jinak měl mít soud možnost uložit právnické osobě ochranné opatření zabránění věci včetně zabránění náhradní hodnoty nebo s výhradou rozhodnutí o zabránění věci nařídit pozměnění věci, odstranění určitého zařízení, značky nebo provedení jiné změny.

ZÁVĚR

Přesto, že byl návrh zákona o trestní odpovědnosti právnických osob a řízení proti nim zamítnut již před téměř přesně čtyřmi lety, tato oblast doposud zůstává aktuálním a otevřeným společenským problémem, a to také z pohledu možnosti efektivního sankcionování právnických osob. Bez katalogu vhodných trestů, které budou reálně schopny u právnických osob vynutit, aby jejich činnost byla v souladu se zákonem, by vyvození jejich trestní odpovědnosti představovalo pouze formu jakéhosi morálního odsouzení, bez faktické možnosti ovlivnit skutečný stav. Před tím, než bude možno přikročit k tak (z pohledu současné teorie trestního práva) kontroverznímu kroku, jako je zavedení trestní odpovědnosti právnických osob, bude ještě potřeba pečlivě prodiskutovat a vyřešit množství problémů, mezi které neodmyslitelně patří i otázky efektivního postihu deliktně jednajících právnických osob. Autor tohoto příspěvku doufá, že se mu svým dílčím přínosem k této odborné diskuzi podařilo přispět.

Literatura:

- Hurdík, J.: Trestní odpovědnost právnických osob. Časopis pro právní vědu a praxi, Brno, Masarykova univerzita. Právnická fakulta. ISSN 1210-9126, 1996, č. 1, s. 28-33.

⁴¹ Vaníček, D.: Trestní sankce ukládané právnickým osobám. Trestní právo, Praha, Lexis-nexis CZ s.r.o., ISSN 1211-2860, 2006, č. 8, s. 16.

⁴² Tamtéž.

⁴³ Důvodová zpráva k § 19 návrhu ZTOPO.

- Janda, P.: Trestní odpovědnost právnických osob. Právní fórum, Praha, ASPI, a. s., ISSN 1214-7966, 2006, č.5, s. 168-178.
- Jelinek, J.: Trestní odpovědnost právnických osob jako předmět zkoumání [citováno 31. října 2008]. Dostupný z <http://www.mvcr.cz/clanek/trestni-odpovednost-pravnickych-osob-jako-predmet-zkoumani.aspx>.
- Karabec, Z., Nečada, V., Vlach, J.: Trestní odpovědnost právnických osob - otevřený problém. Trestní právo, Praha, Lexis-nexis CZ s.r.o., ISSN 1211-2860, 2007, č.4, s. 5-16.
- Král, V.: K trestní odpovědnosti právnických osob - východiska, obsah a systematika zákonné právní úpravy. Trestněprávní revue, Praha, C. H. BECK, ISSN 1213-5313, 2002, č. 8, s. 221-223.
- Madliak, J., Porada, V., Bruna, E.: Niekoľko úvah o trestnej zodpovednosti právnických osôb v podmienkách SR. Karlovarská právní revue, Karlovy Vary, Vysoká škola Karlovy Vary, ISSN 1801-2191, 2006, č. 3, s. 26-29.
- Musil, J.: Trestní odpovědnost právnických osob v novém francouzském trestním zákoníku. Kriminallistika, Praha, Magnet-Press, ISSN 1210-9150, č. 4, 1995, s. 305-315.
- Musil, J., Prášková, H., Faldyna, F.: Úvahy o trestní odpovědnosti právnických osob de lege ferenda. Trestní právo, Praha, Lexis-nexis CZ s.r.o., ISSN 1211-2860, 2001, č.3, s. 6 - 17.
- Vaníček, D.: Trestní sankce ukládané právnickým osobám. Trestní právo, Praha, Lexis-nexis CZ s.r.o., ISSN 1211-2860, 2006, č. 8, s. 12-19.
- Vantuch, P.: K návrhu zákona o trestní odpovědnosti právnických osob. Trestní právo, Praha, Lexis-nexis CZ s.r.o., ISSN 1211-2860, 2003, č. 10, s. 2-9.
- Parlament České republiky. Poslanecká sněmovna. 2004. IV. volební období. Tisk 744/0 - vládní návrh trestního zákoníku. Dostupný z www.psp.cz.
- Parlament České republiky. Poslanecká sněmovna. 2004. IV. volební období. Tisk 745/0 - Vládní návrh zákona o trestní odpovědnosti právnických osob a řízení proti nim. Dostupný z www.psp.cz.
- Parlament České republiky. Poslanecká sněmovna. 2004. IV. volební období. Tisk 745/0 - Důvodová zpráva k vládnímu návrhu zákona o trestní odpovědnosti právnických osob a řízení proti nim. Dostupná z www.psp.cz.
- Parlament České republiky. Poslanecká sněmovna. 2008. V. volební období. Tisk 410/0 - Vládní návrh trestního zákoníku. Dostupný z www.psp.cz.
- Parlament České republiky. Poslanecká sněmovna. 2008. V. volební období. Tisk 410/0 - Důvodová zpráva k vládnímu návrhu zákoníku. Dostupná z www.psp.cz.

Kontaktní údaje na autora – email:
ondro@mail.muni.cz

K LEGISLATÍVNEMU ZÁMERU ZÁKONA O REGISTRII DISKVALIFIKÁCIÍ

MIROSLAVA VRÁBLOVÁ

Právnická fakulta TU v Trnave, Slovensko

Abstrakt v rodném jazyce

Predmetom predloženého článku je legislatívny zámer zákona o diskvalifikácii. Autorka poukazuje predovšetkým na hmotno-právne a procesno-právne podmienky diskvalifikácie, ako aj vzájomnú súvislosť s trestno-právnou úpravou. Prostredníctvom legislatívneho zámeru sa zákonodarca snaží reagovať na časté problémy vznikajúce v podnikateľskom prostredí. Podstatou navrhovaného registra diskvalifikácií je vytvorenie registra prístupného širokej verejnosti, v rámci ktorého budú uvedené diskvalifikované osoby s odôvodnením ich diskvalifikácie. Podľa návrhu zákona bude môcť súd vydať diskvalifikačné rozhodnutie na určitú dobu voči zodpovednej osobe, ktorým sa uloží najmä zákaz vykonávania činnosti, alebo zákaz byť nejakým iným spôsobom zainteresovaný na založení, vzniku alebo riadení spoločnosti.

Klíčová slova v rodném jazyce

Register diskvalifikácií, diskvalifikácia, diskvalifikačné rozhodnutie, diskvalifikovaná osoba, register úpadcov.

Abstract

This article analyses the legislative intention of The Disqualification Act. The author's main idea is to present substantive and procedural legal conditions of disqualification, as well as its collateral relation with criminal adjustment. By the legislative intention the Legislative body tries to react to the often arised problems within bussiness area. The main purpose of the proposed Disqualification register is to create register which would be available to the wide public within which disqualified persons will be introduced with stating the reason of their disqualification. Based on the proposed Act the court shall be allowed to deliver a disqualification judgement for a particular period of time against the responsible person, such as the Bussiness activity restriction or the restriction to participate on the establishment or control of legal entities.

Key words

Register of the Disqualifications, disqualification, disqualified person, disqualification judgement, insolvency register.

Vzhľadom na zvyšujúci sa počet právnických osôb pôsobiacich najmä v oblasti ekonomiky, ich reálnej hospodárskej sile, zvyšujúcemu sa počtu protiprávných konaní korporácií je neustále potrebné venovať pozornosť skutočnosti, akou je výskyt určitých foriem hospodárskej kriminality v podmienkach Slovenskej republiky (zakladaniu falošných firiem, podvody týkajúce sa ekonomickej situácie a kapitálu spoločnosti atď.). Odborníci z aplikačnej praxe upozorňujú na situáciu, ktorá spočíva v tom, že trestná činnosť páchaná fyzickými osobami prebieha v rámci zložitých organizačných štruktúr právnických osôb. Avšak následné vyvodenie trestnej zodpovednosti len voči fyzickým osobám sa javí ako nedostatočné, pretože práve tieto osoby sú v prípade potrestania nahradené inými osobami

(potenciálnymi páchatel'mi) a právnické osoby naďalej pokračujú v páchaní trestnej činnosti.¹ Značná časť prejavov hospodárskej kriminality je zložitým občiansko-právnym, ekonomickým a trestno-právnym problémom, ktorého riešenie si vyžaduje odbornosť a neustále inovovanie poznatkov jednak pracovníkmi legislatívnych orgánov, tak aj pracovníkmi príslušných orgánov štátnej správy a orgánov činných v trestnom konaní. Na tieto javy reaguje zákonodarca cestou legislatívnych zmien, prostredníctvom ktorých dochádza ku kriminalizácii doposiaľ trestným právom nepostihovaných foriem konania ekonomických subjektov, resp. k spresňovaniu a sprísňovaniu už existujúcich skutkových podstat.

Nakoľko práve oblasť hospodárskych trestných činov je postavená za zásade tzv. podpornej role trestnej represie, tzn. že trestná represia sa má uplatniť ako krajný prostriedok, keď iné prostriedky ekonomického alebo právneho donútenia nepostačujú, nevyhnutným predpokladom účinnej reakcie štátu na trestnú činnosť je kvalitná právna úprava trestná i netrestná. Netrestný rámec podnikania a hospodárskej súťaže by mal zahŕňať jednak zodpovedajúcu hmotno-právnu úpravu (prostriedkami obchodného, občianskeho, správneho či finančného práva), ale aj procesné pravidlá umožňujúce čo najrýchlejšiu vymožitelnosť porušených práv. Na druhej strane platí aj spätná väzba, pretože intenzita rozvoja podnikateľského sveta a reglementácie vzťahov medzi podnikateľmi nie je len otázkou Obchodného zákonníka ako obchodno-právneho kódexu, ale aj celej škály súvisiacich právnych predpisov, ktoré precizujú predmetnú oblasť.² Ide predovšetkým o trestný zákon, ktorého úlohou je v tomto kontexte poskytnúť ekonomickým a hospodárskym vzťahom adekvátnu ochranu pred páchatel'mi, ktorí v období tvorby nových trestno-právnych noriem zneužívali nedostatky v legislatíve.³

Predkladaný legislatívny zámer zákona o registri diskvalifikácii úzko súvisí jednak s úpravou trestno-právnou, tak aj s úpravou Obchodného zákonníka, s úpravou zákona o obchodnom registri, či úpravou živnostenského zákona a s úpravou konkurzného konania.

Prostredníctvom predmetného legislatívneho zámeru zákona o registri diskvalifikácii sa zákonodarca snaží pružne reagovať na časté problémy vznikajúce v podnikateľskom prostredí. Zriadenie registra diskvalifikácii má pozitívne pôsobiť na štatutárne orgány, členov štatutárnych a dozorných orgánov a iných osôb s podobným postavením, pokiaľ ide o plnenie ich existujúcich zákonných povinností. Skutočnosť, že register má byť dostupný širokej verejnosti cez internetovú stránku Obchodného registra SR (www.orrs.sk) by mala prispieť k prehľadnosti vzťahov a jednoduchosti postihovania osôb, ktoré si neplnia svoju funkciu s odbornou starostlivosťou a v súlade so záujmami spoločnosti a všetkých jej spoločníkov. Zamýšľaným prepojením registrov sa má prispieť k lepšej informovanosti zložiek štátnej moci o konaní jednotlivých osôb, a tým aj k dôslednejšej vymožitelnosti práva.

Diskvalifikácia by sa podľa úvah predkladateľa (Ministerstvo spravodlivosti SR) nemala vzťahovať iba na konateľov, členov predstavenstva, správnej rady európskej spoločnosti (SE) a európskeho družstva (SCE), generálneho riaditeľa európskeho družstva (SCE), riaditeľa štátneho podniku, resp. členov dozornej rady, kontrolnej komisie, ale aj na prokuristov, osoby

¹ Klátik, J.: Sankcionovanie právnických osôb v návrhu novely rekodifikovaného trestného zákona. Obchodné právo č.11/2007, s. 53-59.

² Mamojka, M. a kol.: Základy obchodného práva. Tlačiareň Ministerstva vnútra SR, 2005, s. 113.

³ Klátik, J.: Trestná zodpovednosť podnikateľov. Obchodné právo č. 7-8/2006, s. 61-68.

zastupujúce spoločnosť, správcov, likvidátorov, vedúcich podnikov alebo organizačných zložiek, prípadne tieňových riaditeľov spoločnosti (ďalej len „zodpovedná osoba“).

Diskvalifikácia by mala pritom postihovať nielen členstvo v týchto funkciách, ale zákaz by sa mal vzťahovať na akúkoľvek účasť na zakladaní alebo činnosti spoločností, a to vrátane tichého spoločenstva. Diskvalifikovanej osobe by nemalo byť umožnené zvyšovať svoju existujúcu majetkovú účasť v spoločnostiach, ani nadobúdať majetkovú účasť v iných spoločnostiach.

Podľa predkladateľa bude môcť diskvalifikácia nastať ex lege (v preukázateľných prípadoch porušovania povinností voči Obchodnému registru SR), inak na základe rozhodnutia súdu (rozhodnutie o diskvalifikácii) alebo schválením diskvalifikačného záväzku.

Diskvalifikačný záväzok bude schvaľovaný súdom, pričom tento záväzok bude z hľadiska svojich účinkov rovnocenný právoplatne vydanému diskvalifikačnému rozhodnutiu. Takáto situácia nastane pravdepodobne v prípade, ak si zodpovedná osoba bude vedomá svojho zlyhania a bude ochotná toto priznať, pričom bude uzrozumená s právnymi následkami schválenia záväzku diskvalifikácie, ktoré budú identické s diskvalifikáciou uloženou rozhodnutím súdu. Diskvalifikačným záväzkom sa tak bude môcť zodpovedná osoba vyhnúť súdnemu pojednávaniu o diskvalifikácii a v konečnom dôsledku urýchliť začiatok plynutia lehoty diskvalifikácie. V tejto súvislosti je nevyhnutné dodať, že v záujme odl'ahčenia súdov predkladateľ zvažuje v prípade diskvalifikačného záväzku skráteniu lehoty diskvalifikácie (v porovnaní s lehotou uloženou v prípade rozhodnutia súdu o diskvalifikácii).

1. HMOTNO-PRÁVNE PODMIENKY DISKVALIFIKÁCIE

Podľa návrhu legislatívneho zámeru bude vydanie diskvalifikačného rozhodnutia možné v nasledujúcich prípadoch:

- ak bola zodpovedná osoba odsúdená za trestný čin v súvislosti so zakladaním, vznikom, správou a likvidáciou spoločnosti, správou spoločnosti počas konkurzu, resp. reštrukturalizácie alebo výmazom spoločnosti,
- ak zodpovedná osoba neustále porušuje predpisy práva obchodných spoločností (napríklad viacnásobne porušuje povinnosť uložiť účtovné závierky a iné povinné dokumenty do zbierky listín, porušuje povinnosti vo vzťahu k obchodnému registru, atď.),
- ak sa počas konkurzného, reštrukturalizačného konania zistí porušenie povinnosti, ktoré malo za následok úpadok spoločnosti. Pôjde napríklad o porušenie povinností konaním (napr. uzatváranie odporovateľných úkonov) ako aj nekonaním, v prípadoch kedy sa konať malo nepodanie návrhu na vyhlásenie konkurzu, keď boli splnené podmienky na jeho podanie, alebo porušenie povinností člena dozorného orgánu pri dohľade a ďalšie. Nemusí ísť iba o úmyselné porušovanie povinností, ale aj o preukázateľnú neschopnosť vykonávať funkciu, pri ktorej sa vyžaduje zvýšená náležitá starostlivosť. Samozrejme diskvalifikácii by nemali podliehať len zodpovedné osoby vykonávajúce svoju funkciu v čase rozhodovania o diskvalifikácii, ale aj zodpovedné osoby, ktoré spôsobili úpadok spoločnosti, a to aj napriek tomu, že so spoločnosťou v čase rozhodovania o diskvalifikácii nemajú „nič spoločné“,
- ak počas zrušovacieho konania (v zásade zrušenie spoločnosti s likvidáciou alebo bez likvidácie v zmysle §68 Obchodného zákonníka) zistí, že zodpovedná osoba je vinná z podvodného obchodovania, alebo je vinná z iného podvodu vo vzťahu k spoločnosti, alebo

z porušenia svojich povinností (napr. konateľ, člena predstavenstva, likvidátora, správcu, atď.),

- ak sa dodatočne ukáže čestné vyhlásenie nadobúdateľa obchodného podielu spoločnosti o tom, že nespôsobil úpadok inej spoločnosti, ktorého zavedenie sa navrhuje, ako nepravdivé.⁴

Rovnako tak je potrebné pripomenúť, že následne bude nutné vyriešiť aj otázku, kedy súd bude môcť vydať diskvalifikačné rozhodnutie, a v ktorých prípadoch bude musieť diskvalifikovať, t.j. teda mať povinnosť vydať diskvalifikačné rozhodnutie (tzv. automatická diskvalifikácia). Podľa predkladaného návrhu sa pravdepodobne bude povinnosť diskvalifikácie vzťahovať najmä na spáchanie niektorých trestných činov.

Na tomto mieste by som rada poukázala práve na hmotno-právne účinky vydania diskvalifikačného rozhodnutia a záväzku. V podstate diskvalifikačné rozhodnutie (resp. záväzok) by malo byť rozhodnutím súdu, v ktorom sa na určitú dobu zodpovednej osobe uloží najmä zákaz vykonávať činnosť zodpovedných osôb alebo byť iným spôsobom priamo alebo nepriamo zainteresovaná na založení, vzniku alebo riadení spoločnosti. Návrh predloženého legislatívneho zámeru pamätá aj na situácie, kedy diskvalifikovaná osoba podliehajúca diskvalifikačnému rozhodnutiu alebo záväzku bude môcť podať návrh na povolenie výnimky na súd, prípadne návrh na skrátenie účinkov diskvalifikácie, kedy účinnosťou rozhodnutia o skrátení diskvalifikácie by sa k určitému dátumu mal vykonať výmaz diskvalifikácie z registra.

V súlade s úmyslom predkladateľa pôsobiť na zodpovedné osoby tak, aby si tieto riadne a včas plnili svoje povinnosti, je spojená aj skutočnosť, že po uhradení všetkých záväzkov by malo dôjsť k zastaveniu konania o diskvalifikácii.

2. PROCESNÁ STRÁNKA DISKVALIFIKÁCIE

V súvislosti s procesnou stránkou diskvalifikácie je potrebné uviesť, že diskvalifikačné rozhodnutie bude prebiehať buď priamo pred registrovaným súdom, alebo na druhej strane bude môcť byť spojené s iným „vecným konaním“ prebiehajúcim pred iným ako registrovaným súdom (napr. konkurzný, trestný súd). V prípade rozhodnutia o diskvalifikácii pred iným ako registrovaným súdom bude diskvalifikácia na základe oznámenia zapísaná do registra diskvalifikácií vedenom pri obchodnom registri. Vo všeobecnosti bude možné diskvalifikačné konanie začať na návrh, ale aj bez návrhu- ex offa (na podnet akejkoľvek osoby). Predkladateľ má záujem na tom, aby správca mal zakotvenú obligatórnu povinnosť podať návrh na začatie konania o diskvalifikácii (resp. dať súdu podnet na začatie konania ex offa), pričom nesplnenie tejto povinnosti by sa malo považovať za závažné porušenie jeho povinnosti za podmienky, že je dostatočne zjavné, že došlo zo strany zodpovednej osoby k porušeniu povinností, ktoré viedli k úpadku spoločnosti.

Register diskvalifikácií bude vedený popri Obchodnom registri SR registrovanými súdmi, pričom by mal byť prístupný prostredníctvom internetovej stránky Obchodného registra SR, na ktorej bude inkorporovaný odkaz na register. Obsahová časť registra prístupná širokej verejnosti bude pozostávať z nasledujúcich údajov: meno a priezvisko diskvalifikovanej

⁴ Návrh legislatívneho zámeru zákona o registri diskvalifikácií a o zmene a doplnení niektorých zákonov, Bratislava, 5. septembra 2008.

osoby, adresa bydliska, dátum narodenia a rodné číslo (nebude sa zverejňovať), dôvod diskvalifikácie (s presným uvedením zákonného ustanovenia, na základe ktorého bola osoba diskvalifikovaná), dátum začatia a skončenia diskvalifikácie.

3. PREPOJENIE A VZÁJOMNÁ SÚVISLOSŤ S TRESTNO-PRÁVNOU ÚPRAVOU

Veľmi dôležitým momentom je upozornenie na dôsledky nerešpektovania uloženej diskvalifikácie. Predkladateľ počíta s tým, že pre nerešpektovanie diskvalifikácie bude vytvorená skutková podstata trestného činu. Za spáchanie trestného činu nerešpektovanie diskvalifikácie sa bude ukladať trest odňatia slobody, v odôvodnených prípadoch aj v kombinácii napr. s peňažným trestnom, trestnom prepadnutia veci alebo trestom prepadnutia majetku. Trest odňatia slobody sa bude navrhovať v maximálnom trvaní 2 rokov s povinnosťou uloženia novej diskvalifikácie s maximálnym trvaním 15 rokov.

Predkladateľ uvažuje aj o zavedení ďalšieho trestného činu, ktorého skutková podstata by spočívala v postihu prevodov obchodných podielov spoločností na tzv. biele kone. Daného trestného činu by sa dopustil ten, kto by zjavne zneužil tieseň a zníženú rozumovú vyspelosť na strane nadobúdateľa obchodného podielu/podielov za súčasného splnenia kumulatívnej podmienky úpadku prevádzanej spoločnosti.

Samotný Register diskvalifikácií by mal zabezpečiť lepšie prepojenie systémov. Diskvalifikácia by nemala byť chápaná iba ako zákaz činnosti v trestnoprávnom kontexte. Diskvalifikácia by mala byť v zmysle predmetného legislatívneho zámeru chápaná ako zákaz činnosti uložený súdom okrem trestného konania aj v iných druhoch konania v prípade porušenia povinností vyplývajúcich najmä z obchodného a konkurzného práva.

Trest zákazu činnosti bude naďalej zachovaný. Svojou podstatou je tento trest de facto už v súčasnosti diskvalifikáciou, avšak v rámci trestného konania si jeho uloženie vyžaduje vyššiu mieru dokazovania, predovšetkým v preukázaní úmyslu. Pri diskvalifikácii ukladaných inými ako trestnými súdmi však bude možné postihnúť zodpovedné osoby, aj keď svoje povinnosti porušili neúmyselne. Toto vyplýva zo skutočnosti, že náležitá starostlivosť je neoddeliteľnou súčasťou výkonu funkcie zodpovednej osoby, a ten kto prijme funkciu sa zaväzuje vykonávať svoju funkciu s odbornou starostlivosťou a loajálne voči spoločnosti a všetkým jej spoločníkom. Nedodržanie náležitej starostlivosti je teda samo o sebe porušením zákona, pričom z uvedeného vyplýva, že na rozdiel od trestného konania tu platí prezumpcia zavinenia.

Ukladanie trestu zákazu činnosti sa bude aj naďalej riadiť pravidlami trestného procesu. V budúcnosti by sa však uložený trest zákazu podnikateľskej (resp. živnostenskej) činnosti mal zapisovať navyše aj do registra diskvalifikácií. Navyše neuloženie trestu zákazu činnosti v trestnom konaní by nemalo vylúčiť uloženie diskvalifikácie iným súdom na základe rovnakej právnej skutočnosti, ktorá bola posudzovaná v trestnom konaní, v ktorom však nebolo možné preukázať úmysel, pričom však porušenie náležitej starostlivosti bolo zrejmé.

Literatura:

- Návrh legislatívneho zámeru zákona o registri diskvalifikácií a o zmene a doplnení niektorých zákonov.

Kontaktní údaje na autora – email:

Vrabl.M@seznam.cz

Sekce IX.

Ústavní právo a politologie

*Ústavněprávní aspekty vlastnictví a jeho
ochrany*

Section IX.

Constitutional Law and Politics

*Constitutional Aspects of Proprietorship and
Its Protection*

THE SOCIAL RIGHTS IN THE LIGHT OF CONSTITUTIONS OF EUROPEAN COUNTRIES

JOLANTA BUCIŃSKA

Instytut Administracji, Samorządu i Prawa, Akademia Podlaska w Siedlcach, Polska

Abstract in original language

Artykuł dotyczy sposobu ujmowania społecznych praw człowieka w nowych konstytucjach europejskich. Obejmuje konstytucje takich państw jak Bułgaria, Czechy, Estonia, Finlandia, Litwa, Łotwa, Słowacja, Słowenia, Rumunia, Węgry i Ukraina. Analiza praw wskazanych konstytucji pokazuje dwa sposoby regulacji praw społecznych w konstytucji: jako zadań publicznych lub jako praw podmiotowych.

Key words in original language

Konstytucja, prawa człowieka, prawa społeczne.

Abstract

The paper seeks to show the questions of regulation the social human rights in new European constitutions. It covers constitutions of countries such as Bulgaria, Czech Republic, Estonia, Finland, Hungary, Latvia, Lithuania, Slovakia, Slovenia, Romaine and Ukraine. Analysis of rights of these constitutions shows two different ways of approaching social rights in constitution: as public tasks or as subjective rights.

Key words

Constitution, human rights, social rights.

A uniform standard referring to the protection of rights and civic liberties has been maintained on the basis of legal acts issued by institutions and organizations of international and local character. The fact that more and more countries are prescribing to the aforementioned standard adjusting their state law to international requirements ensures its success. The influence of the international order on a domestic order also results from an objective character of international law order. The obligations in the scope of human rights do not assume an interstate character but aim at forming a legal position of the individual in the state order.¹ However, the accepted commitments refer to decisions which by their nature do not raise detailed points but possess a general, directional character. Realization of both the content and particular solutions to the manner of protecting human rights is consigned to the state, namely its legislative body. However, the role of a state in the scope of human rights are defined not only in the case of its entering into international treaties, when it actually becomes a subject committed to protect rights and liberties included therein. The state also possesses powers to impose requirements from individuals and social groups to make their contribution to commonwealth. Hence, the state should not remain passive in its attitude towards developing social relations. The state should include a broadly comprehended social problem in the sphere of its interests and influence and provide an appropriate expression of this in the inner state order issued in the constitution. The exclusion of basic human rights in the constitution gives evidence to a marginal significance which is attached by a state to the issue

¹ See A. Drzemczewski, *European Human Rights Convention in Domestic Law. A comparative Study*, Oxford 1983, p. 22.

of recognition and realization of these rights.² Such proceedings are at variance with the approach of aiming at encompassing and forming modern social problems in the constitution.

Defining the character and the role of a country and its bodies as well as rights conferred on the individual the constitution as the top rank act moulds the status of the individual. Placing social rights in the constitution describes and specifies its content and provides durability. It reflects a philosophical or ideological system accepted by the legislator. It also points at the assumed aims and values in the scope of the state's social policy. Placing these resolutions in the top normative act, which is the constitution, exerts an impact on the legal and political situation of the country since it establishes the limit on state's permissible action and the territory in which the state is committed to respect social rights granted to the individual. The confirmation of social rights in the constitution reinforces their protection owing to the fact that an individual subject may lay claims to the state if infringement of social rights should take place.

Such a result is solely associated with civic and political rights by certain constitutions in force. Social issues are being regulated more frequently in an increasingly broad scope of economic, social and cultural laws. However, they are provided a policy character and not a subjective rights character. Nevertheless, a view of non-binding character of these laws is at variance with the normative character of the constitution as a whole and its rule of direct force. Social and economic regulations defined in the constitution as the aims of the state impose realization of pursuits and tasks included there in a direct or implied manner. Their discretionary character do not hinder the comprehension of its crucial content. If a public body's action does not match the content of the aim without any justification, one may consider them in a certain course to be unconstitutional.³

As long as personal and political rights need to be determined and protected from interference into an agreed appointed territory, the realization of social rights do require from the country to take certain positive actions. Performing these actions often depends on the social and economic situation of a particular country. Therefore one is afraid of defining social rights (e.g. right to work) as subjective rights. It is beyond doubt that forming a constitutional catalogue of social rights exerts a profound impact on taking directions of social policy described in legislation of a lower order. Paying attention to these acts is justified with a special meaning of the constitution as a pattern for ordinary legislation. Thus, further interest will concern the scope and the degree of details of the social rights constitutional catalogue.

Constitutional acts presented hereafter constitute examples of their kind due to the presence of social rights problems, their scope and assumed manner of protection and defining states' tasks in the territory. The aim of the present article does not concern the presentation of social rights catalogues encompassed in all constitutions of European countries but the presentation of certain characteristic manners of their formulation. Employing such a criterion justifies the choice of the present constitutional acts.

² Z. Salwa points at this, *Praca oraz prawa socjalne w przyszłej konstytucji* [Labour and social rights in the future constitution], "Państwo i Prawo" 1990, no 9, p.14.

³ Such a view has been developed in German constitution law science. See K. Complak for more about normative way of approaching constitution, *Konstytucyjne postanowienia programowe czy normy o celach państwa?*, [Constitutional program resolutions or norms of state's aims?], *Sześć lat Konstytucji Rzeczypospolitej Polskiej. Doświadczenia i inspiracje*. [Six years of the constitution of Republic of Poland. Experience and inspiration.] L. Garlicki, A. Szmyt (red.) Warsaw 2003, p. 46-61.

In the constitutions adopted in the last decade one can notice a tendency to a “realistic” way of approaching social rights in constitutions, namely as public tasks assuming of which is a constitutional obligation of authorities. However, claims for benefits from the state may not be directly lodged. Such a solution is to avoid a situation that a citizen will be entitled to enforce rights guaranteed in the constitution. However, there will be no such material premises for this procedure. Such a possibility can exist on the basis of other constitutional regulations defined as basic rights and described as directly usable. An excellent example presents the constitution of Switzerland adopted in 1998. This state has deeply influenced development of the constitutional law. The “fundamental laws” are mentioned, in which the right to help in difficult situations is included, as well as the right to elementary education and the right to free legal aid. Other issues were defined as “social aims of the state” and they are not provided a legal status constituting a ground for individual claims. These are the following: the social security guarantee, health protection, family protection, chance to enjoy decent living conditions due to work performed in proper conditions, opportunity to own and provide for a suitable flat, and education. The problems encompassed in this scope have been approached in other constitutional regulations concerning the division of tasks between federation and cantons which have guarantee of realization. The constitution of one of German Lands namely Saxon-Anhalt touches the social issue in a similar manner namely “an institutional guarantee” and “aims of the state” with no the term of social rights use.

Nevertheless, one of the latest constitutions, namely the constitution of Finland issued in 1999 does not include such terms as “tasks”, “aims” or “program norms”.⁴ The basic rights and liberties are approached directly in the constitution without distinguishing a separate group of social rights. The legal regulation of citizens’ social needs is included in the guaranteed rights to form trade unions and organizations whose aim is to care about their interests. It also provides the proprietorship including the possibility of expropriation for public aims and full compensation, the right to free elementary education and opportunity for other educational offers depending on individual abilities and needs as well as conditions to develop, irrespective of financial problems. What is also guaranteed are the following: science, arts and gaining higher education. In terms of the right to work the Constitution mentions solely the right to launch a business or any other activity as a financial source as well as the prohibition to dismiss a worker without a legally justified cause. This is how formulating subjective right to work is avoided. There is no resolution referring to prohibition of forced labour. It also establishes the duties of public authorities in this area pointing at their responsibility for worker protection, promoting employment and labour, aiming at the guarantee of the right to work for every individual. It also refers to the issue of social welfare by means of formulating the right to receive indispensable benefits and social welfare, for citizens unable to obtain means necessary for decent living, in case of unemployment, a disease, an inability to work, an advanced age, a period of child’s birth or in case of the loss of the guardian. It is guaranteed that one is provided with social welfare, health care and medical care as well as health promotion.

The body of public authorities “support families and other institutions responsible for taking care of children” and “ help everybody to exercise their right of a place of residence as well as the possibility to own a place of residence. In the field of environment protection it is emphasized to “be responsible for nature, [...] environment and national heritage”, and after that public authorities commit themselves to “put effort into providing the guarantee of the

⁴ S. Sagan, V. Sarzhanova, *Konstytucja Finlandii*, [The constitution of Finland], Rzeszów 2003.

right for everybody to healthy environment and the possibility of influencing the decisions concerning the environment one lives in.

Another thing worth mentioning is the way constitutions of the post-socialistic countries deal with social issues. During the socialist period the constitutional catalogues of social rights were broadly expanded, the civic and political rights and liberties (liberty rights) being, however, neglected. It stemmed from the juxtaposition of the two groups of rights, caused by an ideologically-political conflict between capitalist and socialist countries. Constitutional regulations of the Eastern Block countries underwent alterations along with socio-political changes in that either amendments or new laws – usually liberty laws - were introduced. However, due to the nature of the ideological manifesto that the sections relating to the social sphere had had until that time a new approach to this group of rights was required. The task was facilitated by the existence of international documents which provided a model of regulation of social issues, for instance Economic, Social and Cultural Rights Pacts, or The European Social Charter functioning on a regional basis. Interestingly, however, the regulations of new or amended constitutions of the post-socialistic countries frequently do not copy all of the solutions included in international acts.

Analysis of the sections of these constitutions that are devoted to social rights shows two different trends underlying the process of implementation of changes in this sphere. New rights were granted, mainly ones concerning association, forming and joining trade unions as well as union rights, together with the right to strike. At the same time, however, the purposefulness of including social rights in the constitution was occasionally questioned. It was argued that the mere registering of social rights does not guarantee that they will be respected. What is more, the realization of social rights depends upon the economic condition of a particular country. Therefore, the only rights that should be included are those that the state can guarantee and that can be demanded through legal action.⁵ In the abovementioned approach the issue of social rights belongs to the sphere of the duties of the state. Such a formula determines the scope of duties of the state towards the individual, however, it does not create civic rights. Thus there is a tendency to define in the constitution only those duties of the state that can be guaranteed, the economic and organizational efficiency of the country being taken into consideration. However, placing social rights in the constitutions of democratic countries, which are endowed with constitutional jurisdiction, affects at least the process of proclaiming and interpretation of the law. What is more, including the social rights in the constitution influences the shaping and development of the social policy of the country.

The new constitutions of post-socialistic countries can be divided into three groups; acts with particular emphasis on social rights (the constitutions of Belorussia⁶, Bulgaria⁷, Romania⁸, Slovakia⁹, the Ukraine¹⁰), acts that provide only minor regulation of this issue (the

⁵ cf. J. Ciemniewski, *Konstytucja państwa socjalnego czy konstytucja państwa liberalnego?* [The Constitution of a Welfare State or the Constitution of a Liberal State?], (w:) *Prawo w okresie przemian ustrojowych w Polsce. Z badań Instytutu Nauk Prawnych PAN* [The law in the period of political transformation in Poland. From the research of the Institute of Legal Studies of the Polish Academy of Sciences], Warsaw 1995, p. 68.

⁶ The Constitution of Belorussia adopted 15th March 1994, <http://confinder.richmond.edu>.

⁷ The Constitution of Bulgaria introduced 12th July 1991, <http://confinder.richmond.edu>.

⁸ The Constitution of Romania adopted 8th December 1992, <http://confinder.richmond.edu>.

⁹ The Constitution of Slovakia adopted 1st September 1992, (in:) *The Constitution of the Republic of Slovakia*, Warsaw 1993.

constitutions of the Czech Republic¹¹, Slovenia¹² and Hungary¹³) and ones that hardly touch upon it (the constitutions of Estonia¹⁴, Lithuania¹⁵ and Latvia¹⁶).

Constitutions belonging to the third group only laconically mention social rights which are not accompanied by any means of protection. There are no tools that would ensure the realization of already granted rights. The acts guarantee property and inheritance rights, freedom of economic activity, the right to education, health protection and care, social security as well as the right to environmental protection.

The right to work appears far more rarely and usually concerns freedom of choice of occupation, employment and workplace. The documents also introduce union rights and liberties, mainly the right to strike and collective negotiations.

A shared characteristic of most of the acts from the three groups is including the right to environmental protection¹⁷, thereby acknowledging the human right to live in a clean environment. An expanded version of this right entails the duty of every individual to protect the environment and improve its condition. The duties of the state as regards environmental protection, such as economical use of natural resources, maintaining ecological balance and effective conservation of environment, are also specified (Romania, Bulgaria, Slovakia). Some constitutions add the right to information about environmental condition (Slovakia). It is the individual, exceptionally citizen (Bulgaria), that becomes the subject of the right to environmental protection.

A universally acknowledged right is the property right (sometimes called the right of property) along with the right to inheritance, generally perceived as one of the basic human rights and liberties. The institution of expropriation is permitted for the common good, on condition that suitable damages are awarded. Compensation conditions are specified in detail in the Constitution of Romania. There is often a distinction made between private property and state property, for instance in the constitutions of Bulgaria, Lithuania, Latvia, Romania and Hungary. A special type of property is intellectual property, protected by the state, which is mentioned in the Constitution of Estonia. In some acts it is stated that property obliges, which means that it cannot be used in inappropriate way, infringing upon the rights of others, causing harm to human health, nature, environment, cultural monuments. It cannot break the law (Slovakia). Some constitutions impose restrictions upon the property right that refer to certain circles or types of property. For instance, foreigners may have a limited right or be forbidden to purchase land (Estonia, Lithuania, Latvia, Romania). This restriction is accompanied by a ban on purchasing land and its interior, mountains, forests, the seaside,

¹⁰ The Constitution of Ukraine adopted 28th June 1996, <http://confinder.richmond.edu>.

¹¹ The Constitution of the Czech Republic adopted 16th December 1992, <http://confinder.richmond.edu>.

¹² The Constitution of Slovenia adopted 25th July 2000, (in:) Official Gazette of the Republic of Slovenia, No 66/2000.

¹³ The Constitution of Hungary adopted 20th August 1949, amended, (in:) The Constitution of the Republic of Hungary, Warsaw 1992.

¹⁴ The Constitution of Estonia adopted 28th June 1992, <http://confinder.richmond.edu>.

¹⁵ The Constitution of Lithuania adopted 25th October 1992, <http://confinder.richmond.edu>.

¹⁶ The Constitution of Latvia adopted 15th February 1922, amended, <http://confinder.richmond.edu>.

¹⁷ Not mentioned in the Constitution of Estonia.

archeological excavations and cultural monuments which can constitute only state property (Bulgaria, Slovakia, Lithuania). Sometimes the state holds monopoly on railway transport, national post and telecommunication, the use of nuclear energy, the production of ammunition and radioactive or highly toxic substances (Bulgaria). Property right is frequently accompanied by freedom of economic activity.

One of the vital issues concerning social rights is the right to work, mentioned in constitutions of Belorussia, Bulgaria, Slovakia, the Ukraine and Hungary. In most cases, however, this issue is approached in terms of the freedom to work, which refers mainly to the choice of occupation and workplace. What is also frequently added is the right to safe and hygienic working conditions and salary ensuring satisfactory standard of life as well as protection from restrictions and discrimination, safety and health care in the workplace. Some constitutions guarantee the minimum national wage (Bulgaria) and determine the maximum weekly working time (Romania). The right to rest and paid holidays is rarely mentioned (Bulgaria, Slovakia, Romania). All of the discussed constitutions introduce the ban on forced labour. Equally popular is the right to associate in trade unions and to strike, for the protection of occupational, economic and social interests of workers. More expanded acts include also the union right to negotiations and collective agreements.

The right to social security is present in almost all of the constitutions. It is formulated in various ways, usually referring to instances of unemployment, disease and old age. Sometimes the right to social care, pension, paid maternity leave is added (Romania).

One of the duties of the state as regards social security is providing publicly-funded medical care (Bulgaria, Lithuania, Latvia, Slovakia, Slovenia). However, the right to health protection is usually treated as a separate issue.

What appears equally frequently in constitutions is the right to education, which usually refers to acquiring knowledge, however in certain instances also to teaching, for instance in the Constitution of Lithuania. Primary education is usually obligatory and free of charge; the constitutions of Bulgaria, Slovakia, Romania guarantee free education also at the secondary level. What post-socialistic constitutions repeatedly fail to mention is the payment of university fees, with the exception of the Constitution of Lithuania which stipulates that education at public universities is free of charge. What is usually highlighted is the autonomy of these institutions. Several constitutions specify the language of instruction and stipulate that minority groups are entitled to receive instruction in their mother tongue (Estonia, Romania). Not all of the abovementioned constitutions take into consideration the right of citizens to establish schools (Bulgaria) and to participate in culture. They also rarely refer to the freedom of artistic activity and scientific research.

Literature:

- Cierniewski J., Konstytucja państwa socjalnego czy konstytucja państwa liberalnego? [The Constitution of a Welfare State or the Constitution of a Liberal State?], (w:) Prawo w okresie przemian ustrojowych w polsce. Z badań Instytutu Nauk Prawnych PAN [The law in the period of political transformation in Poland. From the research of the Institute of Legal Studies of the Polish Academy of Sciences], Warsaw 1995 r.
- Complak K., Konstytucyjne postanowienia programowe czy normy o celach państwa? [Constitutional program resolutions or norms of state's aims?] (w:) Sześć lat Konstytucji

Rzeczypospolitej Polskiej. Doświadczenia i inspiracje [Six years of the constitution of Republic of Poland. Experience and inspiration], L. Garlicki, A. Szmyt (red.) Warsaw 2003, ISBN 83-7059-637-1.

- Drzemczewski A., European Human Rights Convention in Domestic Law. A Comparative Study. Oxford 1983, ISBN 019825525X.
- Sagan S., Sarzhanova V., Konstytucja Finlandii [The Constitution of Finland], Rzeszów 2003, ISBN 8373381422.
- Salwa Z., Praca oraz prawa socjalne w przyszłej konstytucji [Labour and social rights in the future constitution], "Państwo i Prawo" 1990, no 9.

Contact – email
jbucinska@op.pl

AKTUÁLNÍ PROBLÉMY ÚSTAVNÍ REGULACE VLASTNICTVÍ – ÚVOD A NÁMĚTY DO DISKUSE

JAN FILIP

Právnická fakulta Masarykovy univerzity, Česká republika

Abstrakt v rodném jazyce

Vlastnictví je klíčovou kategorií všech teorií vzniku státu a jeho funkcí. Představuje rovněž vedle svobody myšlení, svědomí a vyznání jedno z nejstarších lidských práv. Dokazuje to vývoj ústavní úpravy na území ČR. Z hlediska placení daní stálo u počátků historie parlamentního práva. Jeho jednotlivé funkce jako jsou funkce pozitivní, negativní, sociální, ochranná a odškodňovací tvoří východiska jednotlivých odvětví systému práva v České republice počínaje právem občanským, přes právo trestní až po právo finanční. Dosud není problematika vlastnického práva dostatečně analyzována, takže je na místě, aby se jí zabývalo jednání sekce ústavního práva.

Klíčová slova v rodném jazyce

Vlastnictví, vlastnické právo, jeho složky, dědické právo, vyvlastnění, daně a poplatky, ústavní zakotvení, historický vývoj, aktuální problémy.

Abstract

Ownership and property are pivotal categories of all theories concerning rise of the state and its functions. Together with freedoms of thought, conscience and religious conviction the property right represents also one of the oldest human rights. Rules for levying taxes were at the birth of today's parliamentary law. Property has a few significant functions as positive, negative, social, protective and compensative ones. Those functions create starting points for particular branches of the Czech legal system as from civil law over criminal law and finishing with financial law. Questions of property law hitherto are not satisfactory analyzed, so that their enlistment as subject of the proceedings of the section of constitutional law is well founded.

Key words

Ownership, property law, the rights to acquire, use and dispose of one's possessions, inheritance, expropriation, taxation and fees, constitutional enshrinement, historical development, topical problems.

Je potěšující, že se v rámci celofakultní konference nazvané „Dny práva“ setkáváme v sekci ústavního práva již podruhé. Rád bych při této příležitosti poznamenal, že tradice, kterou v roce 1991 započala Katedra ústavního a politologie pořádáním akcí, které postupně získaly neformální označení „brněnské podzimní dny ústavního práva“, si získala popularitu nejen na domácí půdě, ale i v zahraničí. Toto označení si následně osvojili i kolegové z Právnické fakulty UP v Olomouci. Jde jen o to, aby si každá akce našla své místo nejen dobou svého konání (červen v Olomouci, listopad v Brně), ale i tématem. Pro druhý ročník brněnských celofakultních dnů jsme zvolili téma „Ústavněprávní aspekty vlastnictví a jeho ochrany“, které se nám jevilo jako velmi aktuální nejen z hlediska přípravy nového občanského

zákoníku,¹ nýbrž i z hlediska vývojových tendencí ústavního práva jako základního právního odvětví systému práva v ČR.

Volba na toto téma padla i proto, že se podle našeho názoru jedná z hlediska vědy ústavního práva v ČR o jeho jednu z nejméně sledovaných oblastí. Stačí zde odkázat prakticky na všechny učebnice, učební pomůcky nebo komentáře k Listině základních práv a svobod, abychom viděli, co vše zatím chybí. Srovnání s jinými státy pro nás nedopadá vůbec dobře. Jedná se proto o dluh našeho vědního oboru, který je třeba dohánět ať již na poli monografického zpracování, dílčích studií k jednotlivým aspektům ústavní problematiky vlastnictví a jeho ochrany, komentování ústavních ustanovení, stejně jako judikatury zejména Ústavního soudu. Lze vyslovit naději, že jednání naší sekce se může stát impulsem pro to, aby se této problematice věnovala větší pozornost než dosud.

Vlastnické právo (přesněji jde o svobodu a institucionální záruku) patří mezi spolu se svobodou myšlení, svědomí a vyznání k tzv. praprávům. Se zárukami ochrany vlastnického práva se setkáváme již v prvních ústavněprávních historických dokumentech jako je např. Magna charta libertatum z roku 1215, Bill of Rights z roku 1689, z Prohlášení práv člověka a občana z roku 1789. Jiná složka této problematiky, tj. výběr daní, berní, poplatků, veřejných dávek atd., leží zase u počátků parlamentního práva. Na jeho zakotvení v právních předpisech na našem území narážíme z hlediska moderního státu teprve v roce 1811 v Obecném občanském zákoníku.² První ústava z dubna 1848 se ještě ochranou vlastnictví³ neupravila. Stalo se tak až v následující Stadionově ústavě z března 1849, což byl ovšem ústavní text,⁴ který se prakticky neaplikoval. Každá další ústavní regulace ochrany a záruk vlastnického práva je svým způsobem zajímavá a její analýzou dospíváme k závěru, že čl. 11 Listiny základních práv a svobod je v podstatě zobecněním předchozího vývoje. Prosinčová ústava ve svém základním zákoně č. 142/1867 Ř.z. v čl. 5 (na rozdíl od § 364 ABGB, který hovoří o omezení vlastnických práv též „obecným blahem“) staví na klasické individualistické koncepci vlastnictví (v tehdejší překladi „jmění“). Jednalo se současně o právo, které bez ohledu na dobovou kritiku ze strany právní vědy nebylo pod ochranou cestou institutu stížnosti k Říšskému soudu (na rozdíl od jiných základních tzv. politických ústavněprávně zaručených práv).⁵ Zvláštností § 109 Ústavní listiny z roku 1920 již bylo spojení úpravy vlastnictví s možností ukládat daně a veřejné dávky jen na základě zákona (§ 111). Připomenout třeba i tolik diskutovanou možnost vyvlastnění i bez náhrady, avšak již nikoli na základě zákona, nýbrž přímo zákonem. Autor předlohy ústavy J. Hoetzel tím ovšem nesledoval možnost vyvlastnění šlechtických a církevních majetků tímto způsobem, nýbrž přihlédl k faktu, že vyvlastněním určitého majetku může dojít naopak k výraznému

¹ Viz též Filip, J.: *Aktualne problemy konstytucyjnej regulacji własności a projektów nowych ustawowych regulacji w Republice Czeskiej*. In: *Własność-Zagadnienia ustrojowo-prawne. Porównanie rozwiązań w państwach Europy środkowo-wschodniej*. Red. K. Skotnicki. Łódź 2006. ISBN 83-87749-97-4, s. 83-93.

² Základy kodifikace již shrnuje Codex Theresianus, jak to dosvědčuje zpracování návrhů Hortena a Martiniho ve vydání Ph. H. von Harrasowského: *Der Codex Theresianus und seine Umarbeitungen*. Druck und Verlag Carl Gerold's Sohn. II. díl, Wien 1884 a IV. díl, Wien 1886.

³ Čeština tehdy toto slovo neznala. Používal se (i v české verzi ABGB) výraz „vlastnota“.

⁴ Vlastnota (majetek) jest pod ochranou říše; i může jen pro veřejné dobré, za náhradu podle zákona, obmezena neb odňata býti.

⁵ Blíže Meissel, F.-S., Oberhammer, P.: *Historische Grundlagen des österreichischen Enteignungsrechts*. *Österreichische Juristen-Zeitung*, roč. 1996, č. 24, s. 929.

zhodnocení zbývajících majetku.⁶ Nicméně toto ustanovení bylo právě v tomto směru využito v rámci pozemkové reformy.

Zčásti již ústavní úprava z roku 1948,⁷ a zejména ústavní úprava v čl. 7 až 14 Ústavy z roku 1960, byla budována na diametrálně odlišných východiscích.⁸ Nicméně pro pochopení dnešní ústavní úpravy má význam věnovat se i úpravě vlastnických poměr, forem vlastnictví a socialistické ekonomiky. To již proto, že reakcí a pokusem o nápravu byla dosud nejkomplexnější úprava v ústavním zákoně č. 100/1990 Sb., který z Ústavy z roku 1960 doslova vymetl dosavadní úpravu vlastnictví. Současná úprava je v podstatě jejím zobecněním.

Výčet otázek, které obsahuje platná ústavní úprava v čl. 11 Listiny základních práv a svobod, a které dále navozují naše závazky z mezinárodního práva podle čl. 1 odst. 2 Ústavy ČR, je skutečně obsáhlý. Je potěšující, že ohlášené referáty reagují alespoň na část z nich, zejména pokud se týká povinnosti platit daně a poplatky ve vazbě na princip ochrany podstaty a smyslu vlastnictví, jak to požaduje čl. 4 odst. 4 Listiny základních práv a svobod. Je to rovněž z anglosaského práva pod vlivem judikatury Evropského soudu pro lidská práva prosazovaný koncept legitimního očekávání (*legitimate expectation*), který stále více nachází místo v judikatuře veřejnoprávního soudnictví u nás.

Ústavní úprava otázek vlastnictví a jeho ochrany však zahrnuje množství dalších námětů. Stačí poukázat na zcela opomíjenou otázku ústavních aspektů dědického práva, která může sloužit jako názorný příklad problematického přístupu k výkladu ústavního textu. Zpravidla se totiž toto ustanovení chápe zcela nepochopitelně jako záruka práv dědiců,⁹ ačkoli z hlediska ústavního jde jen o speciální složku vlastnického práva vlastníka naložit se svým majetkem pro případ své smrti. Místo toho, aby se proto věnovala pozornost takovým ústavním problémům jako je možnost a přípustnost omezení této složky vlastnického práva (např. způsoby dědění, možnost omezení testamentární svobody ve prospěch potomků, vazba na hodnoty v Listině jako jsou např. ochrana rodiny a rodičovství, možnost vydědění), je zpravidla pouze poukázáno na text příslušných ustanovení občanského zákoníku, což však není problém ústavního práva. Je podceňován význam této institucionální záruky, ačkoli odstraněním dědění by došlo ke kvalitativní změně společenského řádu, rozpadu hodnot (rodina, podnikání, iniciativa).¹⁰

Ještě více taková výtka platí klasické otázce ústavního vymezení možnosti vyvlastnění, kde např. zákon č. 184/2006 Sb. o odnětí nebo omezení vlastnického práva k pozemku nebo ke stavbě (zákon o vyvlastnění) ještě čeká na případné posouzení Ústavním soudem. Jen v této souvislosti poukazují na fakt, že celá dogmatika vlastnického práva je budována na

⁶ Známy je příklad toho, jak vzrostla hodnota Rockfelerových pozemků poté, co část z nich věnoval na stavbu budov OSN.

⁷ Tato úprava také oddělila tehdy již omezenou ochranu vlastnictví od povinnosti platit daně a poplatky.

⁸ Nutno zdůraznit, že ani jednotlivé socialistické státy nevybudovaly jednotnou koncepci vlastnictví. Zcela jiná byla konstrukce vlastnictví v Jugoslávii, kde se zásadně odlišovalo státní vlastnictví a společenské vlastnictví (državnosocijalistička svojina i družtvena svojina). Blíže viz např. Finžgar, A.. Družbena lastnina v jugoslovanskem pravu. Ljubljana 1977, Djordjević, J.: Ustavno pravo. 3. izd., Beograd 1978, s. 210-272

⁹ Jejich pozice je věcí především obyčejného práva, neboť tam kde není co dědit (a to je věcí vlastníka), nelze žádná práva ani vůči státu, ani vůči zůstaviteli dovozovat.

¹⁰ Ne náhodou si R. Dworkin vybral problém vraždy zůstavitele testamentárním dědicem jako exemplární případ tzv. hard case. Blíže Dworkin, R.: Když se práva berou vážně. Praha 2001, s. 43-70.

konceptech starých několik staletí založených na vlastnictví nemovitosti,¹¹ takže v případě vlastnictví např. akcií se již dostáváme do problémů, na které klasická dogmatika nestačí.¹² Koncepce vyvlastnění zákonem (Listina ji výslovně neuvádí) a rozdíl od vyvlastnění na základě zákona, vyvlastnění ne ve prospěch státu, ale blíže nedefinovaného vyvlastnítele, bezprostřední aplikovatelnosti čl. 11 odst. 4 Listiny z hlediska zaručení práva na náhradu atd., to jsou otázky, které jsou téměř mimo zájem vědy ústavního práva u nás.

Vlastnictví však představuje nejen problém v podobě ústavně zaručeného veřejného subjektivního práva. Jde rovněž o zásadu konstitucionalismu, o institucionální záruku atd. Stačí připomenout, že vlastnické právo může být základem k přiznání a dovozování základních práv právnických osob nebo to, jakou roli sehrála otázka rozdělení majetku federace při jejím pokojném rozdělení. Zcela zásadní význam poté mělo pojetí obsahu a významu čl. 11 odst. 1 a 2 Listiny základních práv a svobod v případě restituční judikatury ústavního soudu, když subjektivní právo na takové opatření ze strany státu nelze z Listiny základních práv a svobod dovodit. Tato judikatura rovněž otevřela tradiční otázky definice vlastnictví a jeho ústavněprávního pojetí.¹³

Jinými ne zcela dostatečnými sledovanými otázkami jsou např. funkce ústavní úpravy vlastnictví jako např. funkce pozitivní (podmínky pro uskutečňování vlastnických práv v souladu s vůlí vlastníka), negativní (ochrana vlastníka před zásahy jiných, což znázorňuje roli ústavního zakotvení pro řadu dalších odvětví počínaje trestním právem přes občanské práva a konče právem finančním),¹⁴ sociální (známý obrat „vlastnictví zavazuje“), ochranná (institucionální záruka, objektivní právo vyšší právní síly) a akcesorická (spravedlivé odškodnění v případě vyvlastnění nebo omezení vlastnického práva).

Teorie rovněž dluží praxi analýzu podmínek omezení vlastnického práva ve všech jejich projevech, ať již z hlediska speciálních ustanovení čl. 11, tak obecných ustanovení čl. 4 Listiny základních práv a svobod.

Vlastnictví je klíčovou kategorií všech teorií vzniku a funkcí státu. Budují na něm všechny možné ideologie, ať již jej vyzdvihují nebo považují za krádež. Vše se v tomto směru mění. Mění se i názory na vlastnictví, což konečně názorně ukazuje vývoj názorů na vlastnictví, daně, úroky atd. v rámci nejdéle existující instituce na našem území, tj. katolické církve, a nekonečného sporu vedeného o katedrálu sv. Víta, což je rovněž tématem jednoho z ohlášených referátů. Potřebu zásadního hodnocení vyžadují otázky možnosti omezení vlastnického práva nebo vyvlastnění oproti sociální funkci vlastnictví. Ze zřetele nelze pouštět ani ústavní problematiku různých forem vlastnictví, stejně jako nenaplněný požadavek zákonné úpravy výlučného vlastnictví státu.

¹¹ U movitých věcí se zpravidla hovořilo o rekvírování.

¹² Srov. výklady Ústavního soudu v nálezu k tzv. squeeze-out minoritních akcionářů v nálezu č. 257/1008 Sb. Matení pojmů vyvlastnění a placení dávek ve veřejném zájmu není konečně vlastní jen diskusím v ČR. Zde jsou dána jiná pravidla (viz k tomu ohlášený referát L. Vyhnánka). Je pochopitelné, že daňové a poplatkové zákony nejsou vyvlastňovacím zásahem do vlastnického práva, může jím však být nezákonně vydaný daňový výměr.

¹³ Přehled vývoje názorů a pokus o syntetické řešení obsáhle podává např. Mossoff, A. : **What Is Property?** Putting The Pieces Back Together. *Arizona Law Review*, vol. 45, Summer, 2003, s. 371-443.

¹⁴ Protože se jedná o tradiční úpravu daleko předcházející ústavní ochranu vlastnictví, otázka tzv. horizontálního působení čl. 11 Listiny základních práv a svobod se prakticky vůbec nestaví.

Domnívám se proto, že téma naší sekce bylo vybráno vhodně a přeji všem přihlášeným, aby jim účast na jejím jednání přinesla hodně podnětů pro jejich další práci.

Literatura:

- Djordjević, J.: Ustavno pravo. 3. vyd., Beograd 1978.
- Dworkin, R.: Když se práva berou vážně. OIKOYMENH: Praha 2001. ISBN 80-7298-022-X.
- Filip, J.: Aktualne problemy konstytucyjnej regulacji własności a projektów nowych ustawowych regulacji v Republice Czeskiej. In: Własność-Zagadnienia ustrojowo-prawne. Porównanie rozwiązań w państwach Europy środkowo-wschodniej. Red. K. Skotnicki. Łódź 2006. ISBN 83-87749-97-4, s. 83-93.
- Meissel, F.-S., Oberhammer, P.: Historische Grundlagen des österreichischen Enteignungsrechts. Österreichische Juristen-Zeitung, roč. 1996, č. 24.
- Mossoff, A. : What Is Property? Putting The Pieces Back Together. Arizona Law Review, vol. 45, Summer, 2003, s. 371-443.

Kontaktní údaje na autora – email:

filip@law.muni.cz

MALÉ ZAMYŠLENÍ NAD VELKÝM PROBLÉMEM

JAROSLAV GRINC

Fakulta Sociálně ekonomická Univerzity Jana Evangelisty Purkyně v Ústí nad Labem, Česká republika

Abstrakt v rodném jazyce

Příspěvek se zabývá integračním a státotvorným procesem a institucionálními reformami v Evropě. Jeho ambicí je velmi stručný popis jen některých zásadních vývojových zlomů a nastínění možných východisek z tohoto neblahého stavu. Akcent je kladen na rétoriku představitelů Evropské unie a na její vnímání nejen občany členských států Evropské unie.

Klíčová slova v rodném jazyce

Integrační a státotvorný proces, institucionální reformy, Evropské společenství, Evropská unie, Smlouva o Ústavě pro Evropu, Lisabonská smlouva, symbolika, rétorika.

Abstract

The paper deals with the process of integration and state building and the institutional reforms in Europe. It aims for a concise description of some of the fundamental landmarks in the development of these phenomena and for an outline of possible foundations of a change of this unfortunate condition. The paper focuses on the rhetorics of representatives of the European Union and how is it perceived not just by the citizens of the European Union member states.

Key words

the process of integration and state building, institutional reforms, European Community, European Union, Union Treaty establishing a Constitution for Europe, Treaty of Lisbon, symbolism, rhetorics

Integrační a státotvorné snahy představitelů Evropské unie (EU) jsou nepřehlédnutelné, stejně jako způsoby jimi používané a neustále pozměňované a matoucí rétoriky nejen v této otázce. Bezkonceptní a chaotické snahy v tak závažné otázce dotýkající se mnoha milionů občanů členských států EU jsou způsobilé k negativnímu pohledu na toto uskupení vzbuzující dojem výrazného chaosu a z něj vyplývající nedůvěry.

Lze konstatovat, že už samotný vznik státotvorného procesu byl provázen mnoha pochybnostmi a z původního zadání, kterým mělo být jakési shrnutí stávajícího primárního práva EU, jeho zjednodušení a zpřehlednění Konventem se stal zcela jiný dokument negativně přesahující demokratická pravidla a zásady.

Tehdejší předseda Konventu, Valéry Giscard d'Estaing měl dominantní postavení v tomto orgánu o sobě prohlásil, že je Georgem Washingtonem Evropy. Obklopil se svými spolupracovníky a tak došlo k tomu, že moc v Konventu byla soustředěna do malého okruhu lidí. Giscard d'Estaing se svými blízkými namísto shrnutí primárního práva a jeho zpřehlednění vytvořil dokument, který v překladu do češtiny obsahoval 856 stran textu a vytvořil tak jakousi nesourodou, megalomanskou a těžko uchopitelnou ústavu. Zcela odmítl jakékoliv hlasování o pozměňovacích návrzích, kterých bylo přes jeden tisíc. Pro ilustraci nutno konstatovat, že například ústava USA včetně dodatků má 17 stran textu.

Z tohoto dokumentu však není patrné, zda jde o návrh mezinárodní smlouvy či o klasickou ústavu, nicméně tímto dokumentem později zredukovaným na 482 stran textu vzniká zcela nová Evropská unie od dosavadní rozdílná ústavně, politicky i právně a v podstatě měl vzniknout nový evropský stát.

Název tohoto nepochybně významného a výrazně zredukovaného dokumentu (Smlouva o Ústavě pro Evropu) je do určité míry zavádějící a nejednoznačný a odtud je způsobilý k mnoha výkladům i k pochybnostem, což u dokumentu podobného významu lze považovat přinejmenším za nešťastné a přikláním se k závěru, že nejde o náhodu či o omyl. Jde o Smlouvu o Ústavě pro Evropu. Evropu pak každý občan chápe především jako zeměpisnou a demografickou část světa. Používanými a oficiálními názvy jsou však Evropské společenství a Evropská unie..

Základní a současně i zásadní otázkou je, zda šlo o klasickou ústavu tak, jak ji běžně každý obyčejný člověk vnímá ve své zemi, nebo jde o mezinárodní smlouvu? Tato nejednoznačnost u občanů vyvolávala přinejmenším rozpaky, u odborníků mnohdy protichůdné názory. Tyto názory pak odvádějí pozornost od samé podstaty obsahu tohoto dokumentu a od faktu, že po jeho přijetí by vzniknul zcela nový evropský stát se všemi atributy státu jako takového.

Poznamenávám, že i na toto téma bylo mnoho diskuzí nejen odborných, což dokumentuje složitost samotného názvu i obsahu tohoto dokumentu. Osobně jsem přesvědčen, že jde o ústavu, což lze částečně dovodit z názvu a zejména pak z obsahu tohoto dokumentu. Jasně a přesně označení a vlastní obsah má nepochybně zásadní význam ve schvalovacím procesu z pohledu souladu či nesouladu s vnitrostátním ústavním pořádkem členského státu, s možnostmi přezkoumání jeho souladu například Ústavním soudem České republiky.

Pokud jde o rozsah a obsah tohoto dokumentu, pak lze konstatovat, že původně neobyčejně rozsáhlý text byl jednoznačně nezpůsobilý k pochopení odborníkům, natož prostým občanům, kteří se k jeho obsahu měli vyjadřovat v referendu. Přepřacovaný text tohoto dokumentu byl také zbytečně obsáhlý, opět nejednoznačný, obtížně uchopitelný a téměř nestravitelný, což tento dokument do značné míry jako ústavu degraduje.

Přičteme-li k tomu skutečnost, že česká mutace tohoto dokumentu, kterou vydal Úřad pro úřední tisky Evropských společenství na straně druhé upozorňuje, že : „*Toto znění slouží pro dokumentační účely a orgány neodpovídají za jeho obsah*“, pak zřejmě není co dodat, neboť z již uvedeného lze mít i pochybnosti o autenticitě překladu a odtud i o vlastním obsahu tohoto dokumentu. Logicky se nabízí nejrůznější lingvistické možnosti překladu, které jsou způsobilé měnit smysl a význam některých významných ustanovení tohoto dokumentu, což lze pokládat za nepřijatelné. Ani s tímto faktem se dosud nikdo a tím méně seriózně a uspokojivě nevyřadil.

Skutečnost, že tento dokument nebyl v referendech ve dvou zakládajících státech přijat je pozoruhodná a rozhodně není nutné pouštět se do politické, sociální ani ekonomické oblasti těchto dvou států. Pouze pro ilustraci lze poznamenat, že např. ve Francii (a nejen ve Francii) vládne strach z cizinců a odtud i strach z nezaměstnanosti. Důvody odmítnutí Smlouvy o Ústavě pro Evropu byly sociální a nacionální, xenofobie Němců a Francouzů z Turků a dalších. Tyto skutečnosti nepochybně ovlivňují i další nejen členské státy a předznamenávají i další vývoj v Evropské unii.

Na téma jak dál s tímto dokumentem se odehrálo již mnoho diskuzí. Výsledky těchto odborných diskuzí jsou pro prosté občany obtížně dostupné, jsou mnohdy velmi teoretické a

vyžadující další nemalé odborné znalosti, přinejmenším velmi dobrou znalost ústavy příslušného státu a textu samotné Smlouvy o Ústavě pro Evropu.

Zvláštní na věci je další fakt, že těchto diskuzí se účastnili převážně odborníci a poněkud se zapomíná na prosté občany, na jejich vtažení do tohoto děje, na jejich názory.

Rizikem pro prosté občany, ale také pro samotný schvalovací proces nepochybně byla skutečnost, že převážná část prostých obyvatel Evropské unie od nichž EU požaduje jejich souhlas v referendech obsah tohoto dokumentu buď vůbec neznala a nikdy jej nečetla. Ta část obyvatel, která si tento dokument přečetla mu neporozuměla a za daného stavu tohoto dokumentu by jistě bylo nesprávné, po těchto občanech požadovat, aby se k tomuto dokumentu vůbec vyjádřili. Bylo by nepoctivé, aby vláda žádala občany o souhlas s něčím, co v podstatě neznají, s čím je nikdo objektivně a dostatečně neseznámil. Stejně tak by bylo nesprávné, aby za občany o takto významném dokumentu rozhodovaly parlamenty. Ostatně i průzkumy mezi našimi politiky odhalily jejich neznalost tohoto dokumentu.

Od tzv. přístupové smlouvy, přes neutěšenou dotační, agrární a další politiku Bruselu občané poněkud procitli, jejich počáteční euforie byla samotnou Bruselskou byrokracií výrazně rozptýlena, začínají být více pragmatičtí, o věci více přemýšlejí, dávají věci do souvislostí i se svojí budoucností. Je třeba říci, že Evropská unie nepředpokládala, že právě v kolébce EU nastane situace neschválení Smlouvy o Ústavě pro Evropu a proto nebyly připraveny žádné „krizové“ scénáře.

Po neschválení Smlouvy o Ústavě pro Evropu ve Francii a v Nizozemí vyvstala základní otázka, totiž jak dál v této souvislosti a po těchto událostech.

Vyskytla se celá řada nejrůznějších variant možných řešení dané situace a celého schvalovacího procesu od možnosti další smlouvy navazující na smlouvu z Nice pracovně nazvanou „Nice plus“ až po spekulace s vyloučením referend, tedy s vyloučením občanů z tohoto schvalovacího procesu a schválení tohoto dokumentu parlamenty jednotlivých členských států přes účelové výklady niceské smlouvy a dalších, přes jakési obsáhlé výkladové komentáře samotné Smlouvy o Ústavě pro Evropu, což lze považovat za velmi nebezpečné s nedozírnými následky.

Logicky je jasné, že prosazování Smlouvy o Ústavě pro Evropu proti velmi zřetelnému odmítnutí tohoto dokumentu ve Francii a v Nizozemí bylo a je velmi obtížné. V médiích se pracuje s pojmy „ústava je mrtvá“ atd., čímž je negativně ovlivňováno veřejné mínění i podmínky pro další rozšiřování. V nejednoduché situaci se nacházejí zejména malé státy, které tento dokument již schválili.

Pokud jde o Českou republiku, pak tyto teoretické úvahy byly podle mého názoru dovedeny do zcela absurdních závěrů mnohdy na můj vkus přece jen poněkud účelových na základě výkladů Ústavy ČR, ústavního zákona č. 515/2002 Sb., o referendu o přistoupení České republiky k Evropské unii, úvahy na téma možnosti přezkoumání jednotlivých částí Smlouvy o Ústavě pro Evropu Ústavním soudem České republiky prostřednictvím právního institutu souladu s ústavním pořádkem ČR a další souvislosti a úvahy, jejichž presentace jde nad rámec tohoto příspěvku a pečlivý právní rozbor by vyžadoval mnohem více prostoru. Téměř všechny tyto úvahy se zabývají sice významnými okolnostmi, nikoliv však samou podstatou tohoto dokumentu a odtud se pro prosté občany stávají i matoucími.

Lze konstatovat, že v České republice absentovala veřejná kampaň vysvětlující především občanům význam Smlouvy o Ústavě pro Evropu jako celku a tím méně její jednotlivé články. Nebylo jednoznačně rozhodnuto jakým způsobem bude tento dokument schvalován. Zda tento významný dokument nesporně omezující suverenitu ČR bude schvalován cestou parlamentní nebo všelidovým hlasováním. Důvod jakési politické neochoty seznámit občany s tímto dokumentem se může zdát například účelovým s cílem vyloučit všelidové hlasování.

Jsem toho názoru, že od politiků nejen v České republice by bylo poctivé, aby svým občanům a voličům zcela otevřeně vysvětlili pozitiva i negativa tohoto dokumentu a po veřejných diskuzích na toto téma rozhodnutí ponechali na občanech všelidovým hlasováním. Dále bych považoval za správné, aby byla provedena seriózní analýza nejen samotného dokumentu, ale i seriózní analýza důvodů odmítnutí tohoto dokumentu Francií a Nizozemím. Obávám, že k tomuto procesu u nás nedojde, což nepochybně zvýší ostražitost našich občanů, která by ve svých důsledcích vedla k odmítnutí tohoto dokumentu v referendu.

Jak jsem již uvedl, jde o ústavu nového evropského státu, který by jejím přijetím vznikl se všemi důsledky nejen mezinárodněpolitickými.

Vzhledem k tomu, že tento dokument ve známé formulaci je téměř neuchopitelný pro svoji zřejmou složitost a nejednoznačnost a také proto, že se svým rozsahem i obsahem poněkud vymyká obsahu klasických ústav a je pro občany nesrozumitelný, jsem přesvědčen o tom, že po jejím odmítnutí Francií a Nizozemskem bude velmi obtížně možné, aby schvalovací proces probíhal dále. Pokud by politické elity EU rozhodly o pokračování schvalovacího procesu tohoto dokumentu, pak jsem přesvědčen o tom, že tento proces by nedošel k pozitivnímu výsledku a naopak by došlo k výraznému oslabení pozice Evropské unie nejen uvnitř, ale i navenek. Napravit toto pochybení by nepochybně trvalo velmi dlouhou dobu, pokud by se to vůbec podařilo. Tato varianta by posílila tzv. euroskeptiky, nacionální zájmy jednotlivých zemí a další a v podstatě by došlo k rozvrácení Evropské unie ze všech stran.

Mnohé nastíněné a známé varianty řešení jsou po mém soudu nepřijatelné, neboť se zdají být pro občany nekorektní. Počáteční nechuť Bruselské byrokracie k přepracování tohoto dokumentu nepochybně vedl ke stagnaci Evropské unie, která se zcela jistě bude vyvíjet dále nejen na základě smlouvy z Nice. Evropská unie bude i nadále ovlivňovat členské státy na základě všech stávajících smluv, prostřednictvím svých Směrnic, Nařízení, Doporučení, Stanovisek a Rozhodnutí, prostřednictvím rozhodování evropských soudních struktur vždy s odvoláním se nejen na obsah přístupových smluv a dost možná, že ve svém rozhodování bude poněkud více opatrnější a k ožehavým otázkám i citlivější.

Téměř dvouleté „tápání“ představitelů EU nazvané „pauza na rozmyšlenou“ vyústilo v tzv. Lisabonskou smlouvu, která svým obsahem uniká Smlouvě o Ústavě pro Evropu toliko v tom, že se nikde nezmiňuje pojem ústava ani původní státní symbolika.. Svým obsahem však institucionálně kopíruje Smlouvu o Ústavě pro Evropu a v podstatě jen poněkud přitvrzuje vytvářením stejných orgánů za použití nového názvosloví a jejich prostřednictvím vytváří nový Evropský stát se všemi atributy. Povyšuje původní smlouvy, všechny směrnice a nařízení na zákon, čímž všechny členské státy nutí k určité a nepřiměřené retroaktivitě, to vše pod zcela novou rétorikou s původním obsahem a v podstatě se dovolává Smlouvy o Ústavě pro Evropu nepřímou či jinými prostředky a rétorikou. Státotvorné cíle jsou však stejné a nepřehlédnutelné. Odvolání na „změny pocházející z mezivládní konference z roku 2004“ nikoho nenechají na pochybách o snaze o legalizaci Smlouvy o Ústavě pro Evropu, kterou takto zahrnují do pramenů práva EU se všemi jejími důsledky z ní vyplývajícími a jejím zapracováním do stávajících smluv a to vzdor schválenému způsobu jejího přijetí všemi

členskými státy a vzdor jejího odmítnutí Nizozemskem a Francií. Nabízí se otázka, zda tato Smlouva vůbec může být pramenem práva za daného schvalovacího stavu a zda odmítnutím dvěma státy nebyla postavena mimo zákon.

Je otázkou, zda podobná hra s občany členských států EU je či není vůči občanům členských států korektní, do jaké míry je transparentní a důvěryhodná. Další otázkou je, zda tento postup představitelů EU je způsobilý vzbudit u občanů zájem či nezájem o společnou Evropu a v neposlední řadě je zde i otázka důvěry občanů v EU.

V Lisabonské smlouvě není zachován čtvrtý cíl Smlouvy o Ústavě pro Evropu, totiž, zjednodušení a transparence norem, kterých jen v letech 1998 až 2004 bylo vydáno 18 167 nařízení a 750 směrnic a nelze pominout značné množství rozsudků Evropských soudních struktur vytvářejících a dotvářejících právo EU, které v souhrnu dokonale zpřehledňují právo EU, které se tak stává téměř neuchopitelným a orientace v něm je víc než složitá. V této souvislosti je nutno položit otázku, proč tento čtvrtý cíl stanovený Smlouvou o Ústavě pro Evropu byl Lisabonskou smlouvou opuštěn? V této souvislosti nutno poznamenat rozdíl mezi směrnicemi, které jsou pro všechny členské státy závazné a přímo použitelné a nařízeními, která vyžadují transformaci ve všech členských státech EU, přičemž rozsudky Evropských soudních struktur jsou pro všechny členské státy závazné dnem jejich vyhlášení.

Snaha o přednost práva EU nad národními právy včetně práva ústavního je víc než patrná, stejně jako určité potlačení základních lidských práv, neboť katalog lidských práv EU je v některých členských státech s hlubokou právní kulturou a tradicí upraven transparentněji a více ve prospěch občanů. Ne nepodobně platí i v oblasti tzv. posílení subsidiarity či systému včasného varování. Také zde je výhoda ponechána Evropským zákonodárným orgánům, neboť např. možnost podání námítky v podobě odůvodněného stanoviska je jednak vázáno na nepřiměřeně krátkou lhůtu a ve finále se hovoří o tom, že Evropské zákonodárné orgány takto podanou námítku či stanovisko zohlednit, ale nejsou jím vázány, přičemž tzv. přezkum je možný jen v případě, že námítku vznesou třetina národních parlamentů, resp. čtvrtina pokud jde o otázku justiční spolupráce a vnitřní bezpečnosti. Takovéto pojetí těchto právních institutů je nepřijatelné, protože prakticky nerealizovatelné a podobná rétorika je velmi nebezpečná.

Závěr je takový, že za současné situace jediným a také jediným korektním, demokratickým a právním řešením je zcela jednoznačná artikulace smyslu a cílů Evropské unie na základě konsensu všech členských zemí. Jednoznačná artikulace faktu, že Evropská unie má ambice na mezinárodní politické scéně pouze jako stát a přesně artikulovat zda půjde o federaci či o konfederaci. Teprve na základě jednoznačného vysvětlení a po shodě všech členských států je možné vypracovat přehlednou a zcela jednoznačnou ústavu, které porozumí každý občan tak, aby se v referendu mohl sám svobodně vyjádřit. V opačném případě by nepochybně došlo k jakési evropské diktatuře z historie dostatečně známé a k důsledkům, které jsou dostatečně popsány v historických dokumentech týkajících se podobných diktatur.

Kontaktní údaje na autora – email:

grinc@fse.ujep.cz

INSTITUT PROHLÁŠENÍ O MAJETKU VERSUS OCHRANA TŘETÍCH OSOB

PAVEL KANDALEC

Právnická fakulta Masarykovy univerzity, Česká republika

Abstrakt v rodném jazyce

Příspěvek se vrací k nedávno proběhlé diskusi o účincích odstoupení od smlouvy na vlastnictví třetí osoby, která věc mezitím v dobré víře nabyła. Je poukázáno na to, že podobné otázky mohou vyvstávat i ve vztahu k jiným právním institutům než je odstoupení od smlouvy. Kritice je podroben zejména institut prohlášení o majetku. Za hlavní příčinu současné situace je pak označena nedokonalá formální publicita skutečností omezujících povinného v nakládání s jeho majetkem.

Klíčová slova v rodném jazyce

Prohlášení o majetku, dobrá víra, oprávněný, povinný, exekuce, katastr nemovitostí.

Abstract

This paper comes back to the recent discussion about the effects of withdrawal from the contract on the ownership of third party who acquired the transferred thing in the mean time before the withdrawal from the contract. It is pointed out that similar problems can occur even by other institute, i.e. not only by withdrawal from the contract. Especially the institute of statement of property is scarified in this paper. As the basic reason of that situation is mentioned the incomplete formal publicity of those facts that restrict the right of the liable party in disposal with his/her property.

Key words

Statement of property, good faith, the entitled party, the liable party, execution of decision, Real Estate Cadastre.

PŮVODNÍ DISKUSE TÝKAJÍCÍ SE Odstoupení od smlouvy

Ochrana vlastnického práva třetí osoby, která toto právo nabyła v dobré víře a od skutečného vlastníka, se stala v posledních letech předmětem bouřlivých debat v souvislosti s otázkou, zda může třetí tato osoba pozbýt své vlastnické právo, pokud dojde následně k odstoupení od smlouvy, kterou převáděnou věc nabył její právní předchůdce. Předmětem diskuse se stal názor vyjádřený Nejvyšším soudem ČR ve stanovisku občanskoprávního a obchodního kolegia ze dne 28. 6. 2000, sp.zn. Cjpn 38/1998 a dále ve stanovisku velkého senátu občanskoprávního kolegia Nejvyššího soudu ČR ze dne 14. 6. 2006, sp.zn. 31 Cdo 2808/2004, podle kterého: „Odstoupením od smlouvy o převodu nemovitostí zaniká právní titul, na jehož základě nabył účastník smlouvy vlastnické právo, a obnovuje se původní stav i v případě, že nabyvatel, dříve než došlo k odstoupení od smlouvy, nemovitost převedl na další osobu.“ Ve skutečnosti se ani o žádnou opravdovou debatu nejednalo. Odborná veřejnost, a to i z řad samotného Nejvyššího soudu ČR, zkrátka podrobila výše uvedený právní názor vcelku

jednomyslné kritice.¹ Na podporu zmíněného právního názoru jsem naproti tomu nezaznamenal odborný článek ani jediný.

Tato otázka byla (doufejme) již definitivně vyřešena nálezem pléna Ústavního soudu ČR ze dne 16. 10. 2007, sp.zn. Pl. ÚS 78/06 (č. 307/2007 Sb.).² Ústavní soud v uvedeném rozhodnutí trefně vážil dva protichůdné zájmy. Na jednu miskou vah položil zájem původního vlastníka, který odstoupil od smlouvy (v praxi se tak nejčastěji děje proto, že mu kupující nezaplatil kupní cenu) a legitimně očekává, že nastanou účinky předvídané v § 48 odst. 2 občanského zákoníku – tedy že se tato smlouva, poté, co od ní bude odstoupeno, od počátku zruší a nastane takový stav, jaký tu byl před jejím uzavřením. Na druhou miskou vah pak Ústavní soud položil vlastnické právo třetí osoby, která věc nabyla od vlastníka v dobré víře. Právě vlastnické právo této třetí osoby pak považoval Ústavní soud za požívající ochrany v souladu s čl. 11 Listiny základních práv a svobod a v souladu s ústavními principy právní jistoty a ochrany nabytých práv vyvěrajících z pojmu demokratického právního státu ve smyslu čl. 1 odst. 1 Ústavy za nedotknutelné. Naproti tomu k legitimnímu očekávání původního vlastníka Ústavní soud naznačil, že tento původní vlastník nedbal dostatečně svých práv a mohl pro něho nepříznivým důsledkům předejít využitím dalších právních nástrojů, které mu právní řád České republiky poskytuje, a nespoléhat se jen pasivně na možnost odstoupit od smlouvy.

DALŠÍ MOŽNÁ NEBEZPEČÍ

Věc se zdá být jasná a doufejme, že i uzavřená. Otázka však zní: Nejsou v našem právním řádu další situace, při kterých hrozí, že by mohlo dojít k újmě na vlastnickém právu bezelstné třetí osoby a přitom by byla zvýhodněna ta strana, která nepostupovala právě nejracionalněji? Domnívám se, že bohužel takové situace existují. Předně nelze přehlédnout, že výše uvedená diskuse ohledně odstoupení od smlouvy se týkala jen případů, kdy vlastnické právo bylo na třetí osobu převedeno ještě před odstoupením od smlouvy. Šlo tedy o případy nabytí vlastnického práva od vlastníka. Naproti tomu v případě, že třetí osoba koupila věc až poté, co bylo účinně odstoupeno od smlouvy, kterou tuto věc nabyl její právní předchůdce, kupovala již od nevlastníka. Tato situace je sice z právního hlediska zásadně odlišná od prvně zmíněné situace, v praktickém životě však zde veliký rozdíl není. Jde o to, že prodávající nemusí subjektivně vědět, že již objektivně vlastníkem není. Např. mu bylo odstoupení od smlouvy řádně doručeno na adresu, kde se zdržuje, ale on si tuto poštu nepřečetl či nevyzvedl. Další okruh otázek vyvolává (v praxi rozšířená) smluvní fikce doručení. Problémem je též to, že strana, která od smlouvy odstoupí, nemusí nutně vyvinout žádnou aktivitu pro opětovnou publikaci svého vlastnického práva v podobě např. podání žaloby na určení vlastnického práva k nemovitostem. V katastru nemovitostí je pak uveden (již) nevlastník a dobrá víra třetí

¹ Z dlouhé řady diskusních příspěvků bych za všechny uvedl: Spáčil, J. Odstoupení od smlouvy a vlastnické právo třetí osoby. Právní rozhledy č. 18/2006.

² Byť další krok k diskusím učinil Nejvyšší soud ČR v rozsudku velkého senátu občanskoprávního kolegia ze dne 30. 1. 2008, sp.zn. 31 Cdo 3177/2005, ve kterém interpretuje uvedený náleží Ústavního soudu tak, že třetí osoba musí svoji dobrou víru prokázat (cit. „stíhá ji povinnost důkazní a posléze i břemeno důkazní“). Jak lze pozitivně takovou vlastní dobrou víru prokazovat, si umím jen stěží představit. Domnívám se, že dobrá víra je v daném kontextu jednoduše absence skutečností, které by tuto dobrou víru vyvracely. Nenamítá-li protistrana takové skutečnosti anebo nevyjdou-li takové skutečnosti v řízení najevo, není ani s čím polemizovat a dobrou víru třetí osoby je třeba mít za prokázanou. Bude jistě zajímavé sledovat, jak tuto otázku vycizeluje judikatura. (Až po napsání výše uvedené úvahy jsem zaznamenal, že podobná a mnohem hlubší a podrobnější kritika posledně uvedeného rozsudku Nejvyššího soudu ČR byla již publikována – Spáčil, J. Odstoupení od smlouvy a vlastnické právo třetí osoby: opět polojasno? Právní rozhledy č. 9/2008.)

osoby je vydána všanc úplně stejně jako ve výše uvedeném případě, který posuzoval Ústavní soud. Tato otázka by jistě zasluhovala samostatné pojednání.

V tomto příspěvku se však zaměřím na situaci, kdy je přeci jenom nabýváno od vlastníka, nicméně jeho právní úkony, byť platné, jsou pro třetí osobu plny nebezpečí. Jako příklad si dovoluji podrobit kritice institut prohlášení o majetku dle § 260a a násl. o.s.ř.

PROHLÁŠENÍ O MAJETKU

Uvedený institut se dostal do našeho právního řádu novelou č. 30/2000 Sb. s účinností od 1. 1. 2001. Navazuje na institut tzv. „vyjeovací přísahy“, která byla opuštěna v padesátých letech minulého století. Institut prohlášení o majetku se měl stát prostředkem, který umožňuje věřiteli peněžité pohledávky zjistit majetek dlužníka, aby mohl posléze vést k vymožení své peněžité pohledávky efektivně a úspěšně výkon rozhodnutí.³

V praxi jde o to, že věřitel (oprávněný), který má vykonatelnou peněžitou pohledávku, může za splnění dalších požadavků zákona požádat soud, aby předvolal povinného k prohlášení o majetku – tedy k výslechu, u kterého bude povinný dotázán na svůj majetek (tato činnost soudu v praxi ani není zpoplatněna). Soud pak doručí povinnému nejméně deset dnů před konáním výslechu do vlastních rukou předvolání, ve kterém jej mimo jiné poučí, že jestliže by prohlášení odmítl nebo jestliže v něm budou uvedeny nepravdivé nebo hrubě zkreslené údaje, mohlo by takové jednání být kvalifikováno jako trestný čin poškozování věřitele dle § 256 odst. 1 písm. d) trestního zákona. Okamžik, kdy bylo povinnému doručeno předvolání k prohlášení o majetku, má pak zcela zásadní následky na případnou dispozici povinného s jeho majetkem. Dle § 260h o.s.ř. jsou právní úkony povinného týkající se jeho majetku, které učinil poté, co mu bylo doručeno předvolání k prohlášení o majetku, vůči oprávněnému neúčinné.

Zmíněnou neúčinnost pak právní nauka vykládá vcelku jednoznačně: „Neúčinnost právních úkonů povinného podle § 260h o.s.ř. má za následek, že se oprávněný může na základě exekučního titulu ukládajícího povinnému zaplacení peněžité částky domáhat uspokojení své pohledávky také z majetku, který byl neúčinnými právními úkony převeden na jiného, a to bez dalšího rozhodnutí přímo vůči tomu, kdo nabyl majetek na základě vůči oprávněnému neúčinných právních úkonů povinného. Na nabyvatele tímto způsobem přešla povinnost uspokojit oprávněného z majetku, který na něj byl převeden vůči oprávněnému neúčinným právním úkonem.“⁴

Je s podivem, jak ve všeobecném nadšení, že věřitel nebude zkrácen, není ani náznak úvah o tom, jak k tomu celému přijde ona třetí bezelstná osoba. Její dobrá víra totiž není relevantní (na rozdíl od institutu odprovatelnosti podle § 42a občanského zákoníku).

Podobných pastí obsahuje náš právní řád více. Nejčastější situace je spojena s § 44 odst. 7 zákona č. 120/2001 Sb. (exekuční řád), podle kterého: „Po doručení usnesení o nařízení exekuce nesmí povinný nakládat se svým majetkem včetně nemovitostí a majetku patřícího do společného jmění manželů, vyjma běžné obchodní činnosti, uspokojování životních potřeb

³ Tripes, A. Exekuce v soudní praxi. 3. vydání. Praha: C. H. Beck, 2006, s. 97.

⁴ Bureš, J., Drápal, L., Krčmář, Z. a kol. Občanský soudní řád. Komentář. II. díl. 7. vydání. Praha: C. H. Beck, 2006, s. 1407. Shodně: Tripes, A. Exekuce v soudní praxi. 3. vydání. Praha: C. H. Beck, 2006, s. 108. a dále též Kasíková, M., Jirmanová, M., Vokřinková, M. ASPI – o.s.ř. s komentářem (ASPI ID): LIT29112CZ.

a udržování a správy majetku. Právní úkon, kterým porušil povinný tuto povinnost je neplatný.“ Bezvýjimečný zákaz dispozic s exekvovanou věcí (zde např. nemovitostí) pak platí po doručení exekučního příkazu dle exekučního řádu povinnému či po doručení usnesení o nařízení výkonu rozhodnutí prodejem nemovitosti povinnému dle § 335b odst. 1 písm. a) o.s.ř. Institut prohlášení o majetku má však oproti uvedeným ustanovením jedno nezanedbatelné specifikum – o tom, že byl někdo předvolán k prohlášení o majetku, se třetí osoby naprosto nemají jak dozvědět!

Problém s formální publicitou skutečností zakládajících omezení dispozičního práva povinného s jeho majetkem je širší. Zatímco u insolvenčních řízení lze informace o nich snadno zjistit na internetovém portálu veřejné správy (portal.justice.cz), u nařízených exekucí podle exekučního řádu stále chybí již dlouho očekávaná centrální evidence exekucí.⁵ V případě exekucí (a též u výkonu rozhodnutí prodejem nemovitostí podle o.s.ř.) však přeci jenom existuje alespoň částečná náplast na tuto neutěšenou situaci. Po nařízení exekuce soudní exekutor, který byl provedením exekuce pověřen, zašle institucím uvedeným v § 44 odst. 3 exekučního řádu oznámení o nařízení exekuce. Mimo jiné pak toto oznámení zasílá i katastrálnímu úřadu, v obvodu jehož územní působnosti se nachází sídlo soudu, který exekuci nařídil. Tento katastrální úřad následně zajistí vyznačení poznámky ve smyslu § 9 odst. 1 písm. c) zákona č. 265/1992 Sb. u všech nemovitostí ve vlastnictví povinného v celé České republice. Podobně je příslušnému katastrálnímu úřadu zasíláno oznámení o podaném návrhu na zřízení soudcovského zástavního práva či návrhu na výkon rozhodnutí prodejem nemovitostí a katastrální úřad vyznačí v katastru nemovitostí o těchto skutečnostech některou z poznámek uvedených v § 9 odst. 1 písm. a) až f) zákona č. 265/1992 Sb. Poznámka o tom, že byl někdo předvolán k prohlášení o majetku, naproti tomu zákonnou oporu nemá a katastrální úřad ji nevyznačuje.⁶

Nehaním samotný institut prohlášení o majetku. Naopak. Je nepochybně žádoucí, aby věřitel (oprávněný) měl k dispozici právní nástroj, kterým by povinného přiměl k aktivnímu vyjádření stran majetku tohoto povinného. Institut prohlášení o majetku je v tomto ohledu velmi vhodný a nutno poznamenat, že vůči povinnému i (zcela správně) přísný.⁷ Je třeba mít též na paměti, že v době, kdy byl tento institut do našeho právního řádu začleněn, nebyl ještě účinný exekuční řád, a věřiteli nezbývalo, než dopátrat se nejdříve konkrétního majetku povinného, ohledně něhož mohl následně navrhnout výkon rozhodnutí.

Tvrdím však, že smysl institutu prohlášení o majetku byl záhy zásadně modifikován s účinností exekučního řádu (od 1. 5. 2001). Věřitel (oprávněný) má totiž počínaje tímto datem možnost navrhnout exekuci vůči povinnému, aniž by musel přesně určit jeho majetek.

⁵ Centrální evidenci exekucí předpokládá § 44 odst. 3 exekučního řádu.

⁶ § 9 odst. 1 písm. a) zákona č. 265/1992 Sb. sice připouští i vyznačení poznámky na základě „jiného rozhodnutí, kterým se omezuje oprávnění vlastníka nemovitosti nakládat se svým majetkem“, to však na institut prohlášení o majetku zjevně nedopadá, neboť vlastníků zde omezen v dispozici se svým majetkem není a navíc zde chybí jakékoliv rozhodnutí.

⁷ Srov. trestněprávní následky uvedené v § 260d odst. 1) o.s.ř. a dále též zcela nebyvalou formulaci § 260d odst. 3) o.s.ř., podle kterého nedostaví-li se ten, kdo byl řádně předvolán k prohlášení o majetku bez včasné a důležité omluvy, bude k soudu předveden (nikoliv tedy „může být předveden“, jak je to obvyklé na jiných místech – srov. § 52 odst. 1 o.s.ř., § 90 odst. 1, 2 tr.ř. či 158 odst. 6 tr.ř.). Tento neobvyklý slovní obrat je vykládán tak, že případné opětovné pokusy o předvolání předvolaného k prohlášení o majetku by byly v rozporu se zákonem a soud již musí, v případě absence náležité omluvy předvolané osoby, bez dalšího kontaktovat příslušné orgány za účelem jejího předvedení.

Poté, co bude povinnému doručeno usnesení o nařízení exekuce, jsou již veškeré jeho právní úkony až na výjimky absolutně neplatné (§ 44 odst. 7 exekučního řádu). Soudní exekutor pak může institutu prohlášení o majetku využít také.⁸ V této fázi však již předvolání povinného k prohlášení o majetku účinky předvídané § 260h o.s.ř. nejsou v zásadě potřeba, neboť povinného v té době už stíhá mnohem silnější omezení – totiž generální inhibitorium dle již zmíněného § 44 odst. 7 exekučního řádu.

OPODSTATNĚNOST INSTITUTU PROHLÁŠENÍ O MAJETKU

Zbývá učinit podobnou úvahu, jakou předestřel Ústavní soud ve výše uvedeném nálezu sp.zn. Pl. ÚS 78/06 a kterou výstižně již dříve naznačili doc. Mikeš a prof. Švestka v jednom ze svých článků kritizujícím postoj občanskoprávního kolegia Nejvyššího soudu ve věci odstoupení od smlouvy.⁹ Pro účely tohoto příspěvku bych uvedenou úvahu parafrázoval následovně: Je relativní neúčinnost právních úkonů povinného předvídaná § 260h o.s.ř. opravdu nezbytným prostředkem ochrany věřitele před případnými zálužnými dispozicemi povinného? Je opravdu nezbytné vydat všanc takové hodnoty, jakými jsou ochrana dobré víry třetí bezelstné osoby a ochrana právní jistoty a bezpečnosti soukromoprávního styku? Je nutné věřiteli poskytovat pohodlí v podobě možnosti podat soudu návrh na prohlášení o majetku a možnost se pak už jen pasivně (a po jakkoliv dlouhou dobu) spoléhat na to, že cokoliv povinný se svým majetkem učiní, bude vůči věřiteli neúčinné? Nelze za tohoto stavu věci po věřiteli přeci jenom vyžadovat něco víc?

Ukažme si to na modelovém případě, ve kterém bude pro ilustraci ve hře i nemovitost evidovaná v katastru nemovitostí. Věřitel má za svým dlužníkem vykonatelnou peněžitou pohledávku a dlužník se nemá k tomu mu cokoliv zaplatit. Pouhým nahlédnutím do katastru nemovitostí může věřitel zjistit, že jeho dlužník je tam veden jako vlastník určité nemovitosti. Lze po věřiteli legitimně požadovat, aby vyvinul iniciativu a do katastru nemovitostí nahlédl? Nepochybně ano. Věřitel (později označovaný jako oprávněný) může za tohoto stavu podat návrh na výkon rozhodnutí prodejem oné nemovitosti. Takový návrh však vyžaduje od věřitele (oprávněného) další investici ve výši 2 % z vymáhaného peněžitého plnění, max. 50.000,- Kč.¹⁰ Chce-li věřitel dát svému dlužníku ještě šanci dluh splatit, může využít elegantní možnosti podat návrh na zřízení soudcovského zástavního práva (uvedená elegantnost má však vadu na kráse v tom, že návrh je zpoplatněn stejně jako v předchozím případě). Věřitel může též podat návrh na nařízení exekuce na majetek dlužníka. Tento návrh sice zpoplatněn není, přeci jenom z něj ale mohou v praxi pro věřitele (oprávněného) vyplynout nepříznivé důsledky v případě, že by exekuce nakonec byla neúspěšná.¹¹ V případě, že věřitel nahlédnutím do katastru nemovitostí zjistí, že jeho dlužník svoji nemovitost právě prodává (že byl už podán návrh na provedení vkladu vlastnického práva pro

⁸ Srov. stanovisko Nejvyššího soudu ČR Cpj 200/2005, bod. V.

⁹ Mikeš, J., Švestka, J. Význam odstoupení od smlouvy o převodu nemovitosti pro vlastnictví třetí osoby. Právní rozhledy č. 9/2007, s. 317.

¹⁰ Položka 16 Přílohy k zákonu č. 549/1991 Sb., o soudních poplatcích.

¹¹ Praxe soudních exekutorů byla donedávna taková, že v případě bezvyslednosti exekuce požadují úhradu nákladů exekuce po oprávněném. K uvedené otázce se již vyjádřil Ústavní soud ve stanovisku pléna Pl. ÚS-st. 23/06 ze dne 12. 9. 2006, dle kterého: „Není porušením čl. 11 a čl. 36 odst. 1 Listiny základních práv a svobod, jestliže obecný soud při rozhodování o nákladech exekuce v případě, že je exekuce zastavena pro nedostatek majetku na straně povinného a na straně oprávněného nelze shledat procesní zavinění za zastavení exekuce (při respektování požadavku náležitě opatrnosti a uvážlivosti), přizná exekutorovi náhradu nákladů řízení vůči povinnému.“

kupujícího), může využít institutu předběžného opatření dle § 76 odst. 1 písm. e) o.s.ř. (pro tento případ však musí návrhatel snížit své cash-flow o 50.000,- Kč, které budou u soudu uloženy jako jistota dle § 75b odst. 1 o.s.ř.). V takovém případě návrh na provedení vkladu vlastnického práva do katastru nemovitostí pozbude své účinky (§ 76f odst. 2 o.s.ř.) a katastrální úřad návrh na provedení vkladu vlastnického práva zamítne (§ 5 odst. 2 zákona č. 265/1992 Sb.).¹²

Jak vidno, v případě nemovitosti evidované v katastru nemovitostí nemá institut prohlášení o majetku své opodstatnění. Pokud už je tu nějaký důvod, proč by měl věřitel v takovém případě zvolit možnost nechat svého dlužníka (povinného) předvolat soudem k prohlášení o majetku, pak tímto důvodem může být to, že mu bude velmi jednoduše a v podstatě bezplatně ona v katastru nemovitostí evidovaná nemovitost „rezervována“ v důsledku účinků předvídaných v § 260h o.s.ř. Tento zájem věřitele na co nejpohodlnějším postupu při vymáhání jeho pohledávky je však zcela nesouměřitelný se zájmy zmíněnými výše (ochrana dobré víry třetí bezelstné osoby a ochrana právní jistoty a bezpečnosti soukromoprávního styku).

Jádro problému však zřejmě neleží v taktice věřitelů. Využívat všech právních prostředků daných naším právním řádem jim nelze mít za zlé (za předpokladu, že svá práva nevyužívají v rozporu s dobrými mravy). Problém leží v krátkozrakosti tvůrců našich zákonů. V touze po zkvalitnění jedné otázky (zde možnosti věřitele domoci se své pohledávky) přehlížejí, že každý institut, který dlužníka omezuje v nakládání s jeho majetkem, může způsobovat nenapravitelné škody a křivdy třetím nezúčastněným osobám. Dokud nebudou údaje o nařízených exekucích, prohlášeních o majetku a jiných skutečnostech omezujících dlužníka v dispozici s jeho majetkem veřejně dostupné, bude možno náš právní řád považovat za „minové pole nastražené k tíži těm, kteří jednají bezelstně“¹³.

SRŠNI VERSUS MOUCHY

K odpovědnosti státu za škody způsobené na onom minovém poli zbývá dodat ještě jednu poznámku. Zákon č. 82/1992 Sb., o odpovědnosti za škodu způsobenou při výkonu veřejné moci...atd., nedává zřejmě prostor pro to, aby snad stát nahradil třetí osobě škodu, která jí byla způsobena tím, že její smluvní partner (prodávající) byl omezen v dispozici se svým majetkem nebo jí věc převedl s právní vadou. Bezprostředním škůdcem je tu nepochybně onen prodávající. S jakým úspěchem se však poškozený od takového prodávajícího domůže zpět svých peněz, je ve hvězdách.¹⁴ Poněkud jiná situace by však mohla nastat, pokud by poškozeným byl zahraniční investor, na ochranu jehož investic by dopadala některá

¹² Tato norma je sice pro svoji zjevnou teoretickou neudržitelnost terčem oprávněné kritiky, na druhou stranu v praxi nemusí nezbytně způsobovat nenapravitelné škody omezitelným účastníkům právních vztahů. Po každém kupujícím nemovitosti je totiž za daného právního stavu v České republice možno legitimně požadovat, aby v rámci péče řádného hospodáře uložil kupní cenu do úschovy (např. u notáře, advokáta či banky) s tím, že tato kupní cena bude prodávajícímu vyplacena až po „zavkládání“ vlastnického práva kupujícího a dále aby si ve smlouvě sjednal možnost od ní odstoupit pro případ, že k provedení vkladu do určité lhůty z jakéhokoliv důvodu nedojde.

¹³ Tento příměr jsem si dovolil vypůjčit z článku doc. Mikeše a prof. Švestky Význam odstoupení od smlouvy o převodu nemovitosti pro vlastnictví třetí osoby. Právní rozhledy č. 9/2007, s. 317.

¹⁴ Stále přeci platí ona starověká moudrost: *Plus cautione in re est, quam in persona* – Více záruk je ve věci, než v osobách.

z bilaterálních smluv o vzájemné podpoře a ochraně investic.¹⁵ V zahraniční arbitráži vedené proti České republice by se totiž náš stát už nemusel ubránit licoměrným poukazem na to, že škůdcem je onen prodávající. Lze si zcela reálně představit, že zahraniční arbitráž by vyzněla pro Českou republiku nepříznivě, a to např. s použitím podobných argumentů, jaké zazněly výše. Zde se však dostáváme k další nespravedlnosti – škody způsobené nedokonalostí našeho právního řádu zahraničnímu investorovi mohou být případně zhojeny přímo státem. Ostatní se mají soudit mezi sebou. Trochu to připomíná ono staré přísloví: Justice je jako pavučina, sršeň proletí, ale moucha se chytne.

ZÁVĚREČNÉ NÁVRHY

Zbývá vyjádřit přesvědčení, že situace nemusí být v praxi tak žalostná, jak je popsáno v tomto příspěvku. Zde jsou pak některé podněty k zamýšlení nad možnou nápravou:

Účinky uvedené v § 260h o.s.ř. by měly být zcela vyloučeny ve vztahu k věcem podléhajícím veřejně přístupné evidenci (typicky v případě nemovitostí evidovaných v katastru nemovitostí). Věřitel (oprávněný) má celou řadu jiných instrumentů, jak postupovat, zjistí-li majetek povinného v takové evidenci. Tato úvaha může být relativizována případným zavedením změn uvedených níže ad 2) a ad 3).

Za zjevný legislativní lapsus je třeba považovat absenci možnosti (a povinnosti) katastrálních úřadů vyznačit v katastru nemovitostí poznámku o tom, že vůči vlastníkovi nemovitosti byl podán návrh na prohlášení o majetku, zatímco poznámky o mnoha dalších srovnatelných skutečnostech vyznačovány jsou (srov. § 9 odst. 1 písm. a) až f) zákona č. 265/1992 Sb.).

Zavedení institutů omezujících povinného v nakládání s jeho majetkem (např. generální inhibitorium podle exekučního řádu či relativní neúčinnost právních úkonů povinného dle § 260h o.s.ř.) je ze strany zákonodárců hrubě nezodpovědné, pokud současně nezavedli veřejně přístupnou evidenci o osobách, na které tato omezení dopadají.

Kontaktní údaje na autora – email:

pavel.kandalec@centrum.cz

¹⁵ Srov. např. Šturma, P. Mezinárodní dohody o ochraně investic a řešení sporů. 2. doplněné vydání. Praha : Linde Praha, a.s. 2008 a dále též: Kališ, R. Vývoj mezinárodního investování a právní úpravy mezinárodní ochrany investic. Právní fórum 6/2007, s. 200 an.

OMEZENÍ VLASTNICKÉHO PRÁVA DLE ZÁKONA O OCHRANĚ PŘÍRODY A KRAJINY ANEB PROPAST MEZI OBECNÝM A VEŘEJNÝM ZÁJMEM

TOMÁŠ KOCOUREK

Právnická fakulta Masarykovy univerzity, Česká republika

Abstrakt v rodném jazyce

Omezení vlastnického práva na základě zákona o ochraně přírody a krajiny představují často citelné zásahy do tohoto základního práva, přičemž cílem příspěvku je jejich analýza v ústaněprávních souvislostech. Analýzou zmíněného zákona dospějeme k vymezení veřejného zájmu ve smyslu čl. 11 odst. 4 Listiny základních práv a svobod jakožto subkategorie obecného zájmu dle čl. 11 odst. 3 Listiny a jejich rozlišujícím znakem je intenzita zájmu na ochraně konkrétní části přírody a krajiny.

Klíčová slova v rodném jazyce

obecný zájem, veřejný zájem, ochrana přírody a krajiny, obecná ochrana, zvláštní ochrana, náhrada za omezení vlastnického práva.

Abstract

The restrictions of property right upon Bill of protection of nature and landscape present substantial limitations of this fundamental right and are analysed with respect to Charter of fundamental rights and liberties. By analyzing the aboved mentioned bill we define the public interest (art. 11, section 4 of the Charter) as a subcategory of general interest (art. 11, section 3 of the Charter) and their distinction is based on intensity of protection of protected areas.

Key words

general interest, public interest, protection of nature and landscape, general protection, special protection, compensation for limitation of property right.

1. ÚVOD

Listina základních práv a svobod, přijatá jako ústavní zákon č. 23/1991 Sb. (dále jen Listina), přinesla s účinností od 8. 2. 1991 ucelenou ústavní úpravu vlastnického práva, plně odpovídající demokratickému zřízení a pojetí České republiky jakožto právního státu. Tato úprava je postavena na principu stejného obsahu a ochrany vlastnického práva a reflektuje sociální funkci vlastnictví, což je vyjádřeno v odstavci třetím článku 11 Listiny.

Vlastnické právo bývá definováno jako právo absolutní, působící erga omnes, tj. že třetí osoby musí respektovat vlastnické právo jedince, nesmí do něho jakkoliv zasahovat a musí strpět výkon jednotlivých oprávnění tvořících vlastnické právo ze strany vlastníka. Těmito oprávněními je právo věc držet, užívat, požívat, zničit, opustit, s věcí nakládat. Vlastnické právo však není právem neomezeným ani neomezitelným. Tak především vlastnictví zavazuje k odpovědnému jednání vlastníka, jeho výkon nesmí vést k omezení druhých a nesmí ohrozit chráněné obecné zájmy. Článek 11 odst. 3 Listiny explicitě uvádí, že nesmí poškozovat lidské zdraví, přírodu a životní prostředí nad míru stanovenou zákonem. Tomu odpovídá též znění čl. 35 odst. 3 Listiny, dle něhož nesmí vést výkon práv jedince k ohrožení či poškození životního prostředí, přírodních zdrojů, druhového bohatství přírody a kulturních památek nad míru stanovenou zákonem.

Ochrana životního prostředí zcela jednoznačně patří mezi takové obecné zájmy, o kterých hovoří čl. 11 odst. 3 Listiny, přičemž je realizována prostřednictvím příkazů a zákazů ukládaných mj. vlastníkům nemovitostí. Jakékoliv povinnosti lze ukládat jedincům tolika na základě zákona a v jeho mezích a jen při zachování základních práv a svobod (čl. 4 odst. 1 Listiny). Tímto jsou stanoveny ústavní meze výkonu vlastnického práva a povinnosti stanovené v obecném zájmu nelze považovat za zásah do ústavně zaručeného práva vlastnit majetek. To má za následek podstatnou skutečnost, totiž že za stanovení povinností v obecném zájmu ochrany životního prostředí nelze žádat kompenzaci. Povinnosti stanovené zákonem, resp. na základě zákona, provádějící odstavec třetí čl. 11 Listiny se mohou upínat pouze k následujícím složkám vlastnického práva – právu věc užívat, požívat a zničit, mohou mít podobu povinnosti *facere, omittere*, *pati*.

Vedle stanovení mezí výkonu vlastnického práva definuje Listina ve čtvrtém odstavci čl. 11 podmínky, při jejichž dodržení lze zasáhnout do vlastnického práva plně v souladu s ústavním pořádkem. Aprobovaný zásah může mít dvě formy, jednak vyvlastnění, jednak omezení vlastnického práva. K omezení vlastnického práva, jakož i vyvlastnění může dojít pouze na základě zákona, ve veřejném zájmu a za náhradu. Vyvlastnění postihuje veškeré složky vlastnického práva a působí odnětí vlastnického práva jako celku. Naproti tomu omezení vlastnického práva se vztahuje pouze k některým jeho složkám, avšak postihuje je nad rámec stanovených mezí výkonu vlastnického práva (čl. 11 odst. 3 Listiny).

Veřejný zájem je doktrínou definován jako obecný zájem, veřejně, resp. obecně prospěšný, jeho nositelem je neurčitý, avšak rámcově určitelný okruh osob (P. Průcha)¹, či jako ztotožnění s kategorií veřejného nebo obecného blaha (K. Eliáš)². K. Eliáš k tomu dodává, že veřejný zájem je dán tehdy, pokud se naplněním určitého účelu sleduje vyhovění životním potřebám širšího celku (např. státního, územního, sociálního).³ Obdobně definuje veřejný zájem taktéž judikatura českých soudů⁴. Tyto definice jsou zcela jistě použitelné ve vztahu k vyvlastnění, neboť jsou založeny na vymezení veřejného zájmu vůči zájmu soukromému. Toto relační pojetí zásadně limituje použitelnost výše uvedených definic, které tak selhávají v případě rozhranění mezi omezením vlastnického práva dle čl. 11 odst. 4 Listiny a mezemi vlastnického práva dle čl. 11 odst. 3 Listiny, kde je potřeba vymezit veřejný zájem vůči zájmu obecnému.

Jaký je vztah mezi odstavcem třetím a odstavcem čtvrtým čl. 11 Listiny? Jak vymezit přechod od obecného zájmu k veřejnému? Touto otázkou se zabývá právní věda již od přijetí Listiny, přičemž nejpálčivěji se tento problém promítá do práva životního prostředí, které objímá jak ochranu životního prostředí, přírody, tak i lidského zdraví, tedy všechny tři prvky výslovně uvedené v odstavci třetím čl. 11 Listiny. Co mají tyto dva režimy společného a co je rozděluje? Tak především oba sledují ochranu stejných hodnot – zdravého životního prostředí jako přirozeného prostředí života jedince. Prostředkem výkonu této ochrany je v obou případech zákon. Zásadním rozdílem je však nárok na poskytnutí náhrady, který mezi těmito režimy činí propastný rozdíl. I. Průchová a J. Chyba dospívají ve své monografii k závěru, že veřejný zájem je subkategorií zájmu obecného, přičemž uvádějí, že není možné jednoznačně

¹ Průcha, P. Základní pojmy a instituty správního práva. Brno : Masarykova univerzita, 1998, str. 355.

² Eliáš, K. Veřejný zájem (Malá glosa k velkému tématu). Ad Notam, 1998, č. 5, str. 104-105.

³ op. cit. sub. 2, str. 105.

⁴ např. nález ÚS ze dne 28. 3. 1996, sp. zn. I. ÚS 198/95, Sb. n. u., sv. 5, č. 23, str. 193 a násl., rozsudek NSS ze dne 23. 10. 2003, č. j. 2 As 11/2003 – 164, www.nssoud.cz (citováno dne 1. 10. 2008)

formulovat odlišující kritéria.⁵ Tento závěr lze plně akceptovat. Domnívám se však, že lze odlišit obecný zájem od veřejného, pokud se předmětem našeho studia stane pouze úzce profilovaná oblast, jako např. v případě tohoto příspěvku ochrana přírody a krajiny.

Zákon o ochraně přírody a krajiny (dále jen ZOPK) v sobě kombinuje režim stanovení mezi vlastnického práva s režimem stanovení jeho omezení. Níže tak budu identifikovat jednotlivé příklady obou režimů a na tomto základě se na závěr pokusím poskytnout odpověď na otázku kladenou výše. Ustanovení § 58 odst. 1 ZOPK prohlašuje ochranu přírody a krajiny za veřejný zájem a dále uvádí, že každý je povinen při užívání přírody a krajiny strpět omezení plynoucí ze zákona. K první části tohoto ustanovení je potřeba zdůraznit, že veřejný zájem nemůže být deklarován obecně zákonem, jak to činí zákon o ochraně přírody a krajiny, jakož i jiné zákony, nýbrž musí být hledán (nalézán) v každém jednotlivém případě.⁶ K druhé části je nezbytné poznamenat, že omezení, která je potřeba respektovat, musí být ústavní a pokud by se jednalo o omezení spadající pod čl. 11 odst. 4 Listiny, pak i za náhradu. Ochrana přírody a krajiny je neurčitým pojmem, o jehož definici se pokouší § 2 odst. 1 ZOPK, doplněný o demonstrativní výčet uvedený v odstavci druhém. Zákon o ochraně přírody a krajiny dále stanoví, že veřejným zájmem je též tvorba územních systému ekologické stability (§ 4 odst. 1).

2. OBECNÁ OCHRANA PŘÍRODY A KRAJINY

Zákon o ochraně přírody a krajiny obsahuje dva okruhy povinností, jednak v rámci tzv. obecné ochrany, jednak v rámci tzv. zvláštní ochrany. Obecnou ochranou je třeba rozumět taková opatření, která se z hlediska územního i druhového nijak nevymezují, aplikují se obecně na celé území ČR a na všechny druhy. Základním instrumentem obecné ochrany přírody a krajiny je ochrana krajinného rázu a zvláště významných krajinných prvků.

Krajinný ráz je definován v § 12 ZOPK, který zároveň váže provádění činností, které by mohly snížit nebo změnit krajinný ráz (např. umíst'ování staveb), na souhlas orgánu ochrany přírody. Vyšší formu ochrany, která s sebou přináší další omezení vlastnického práv, pak představuje ochrana krajinné rázu ve zvláště chráněných územích a dále v přírodním parku, jehož smyslem je ochrana krajinného rázu s významnými estetickými a přírodními hodnotami. Právě přírodní park, ačkoliv je obsažen v části druhé zákona, upravující obecnou ochranu, představuje institut zvláštní ochrany krajiny. V závazných stanoviscích týkajících se zásahu do krajinného rázu musí být v první řadě krajinný ráz identifikován a nezaměnitelně popsán, jinak by byla nepřezkoumatelná.⁷

Dalším stěžejním institutem obecné ochrany je ochrana významných krajinných prvků, do nichž lze zasahovat způsobem, který by mohl vést k jejich poškození nebo zničení, jen na základě závazného stanoviska orgánu ochrany přírody. Jedná se zejména o umíst'ování staveb, změny kultur pozemků a jejich odvodňování atd. Zákon stanoví, že určité prvky v krajině se považují za významné krajinné prvky bez dalšího, ostatní prvky mohou být prohlášeny významnými krajinnými prvky rozhodnutím správního orgánu. První skupina je definována zcela obecně, typově (např. rašeliniště, lesy), druhá skupina je však přísně individualizována,

⁵ Průchová, I. – Chyba, J. Omezení vlastnického práva k pozemku z důvodu obecného zájmu. Brno : Masarykova univerzita, 1998, str. 30-31

⁶ shodně viz Eliáš, K. Veřejný zájem (Malá glosa k velkému tématu). Ad Notam, 1998, č. 5, str. 105.

⁷ Dle právního názoru vysloveného v usnesení rozšířeného senátu NSS ze dne 12. 10. 2004, č. j. 6 A 97/2001-39, přístupné na www.nssoud.cz, jsou závazná stanoviska rozhodnutími vydávanými ve správním řízení.

což vyplývá zejména z toho, že vzniká na základě individuálních správních aktů, jejichž výrok musí být dostatečně určitý. Tímto je zcela obecně určený okruh významných krajinných prvků doplňován o konkrétní prvky, které nebylo možno zahrnout do výčtu, avšak přesto naplňují obecnou definici. Je sporné, zda prohlášení významného krajinného prvku individuálním správním aktem nepředstavuje omezení dle čl. 11 odst. 4 Listiny a nemělo by být tudíž kompenzováno. Z jedné strany lze na věc nahlížet tak, že jde o rozšiřování omezení i na prvky krajiny, na které primárně nedopadají (konkrétní individualizované případy). Na věc se však lze podívat i z druhého úhlu, tj. že se jedná toliko o různé způsoby, kterými dochází k naplňování obecné definice tohoto pojmu obsažené v zákoně (obecná definice je naplňována jednak významnými krajinnými prvky ex lege, jednak prvky prohlášenými individuálním správním aktem za významné krajinné prvky). Z tohoto pohledu se již nezdá být požadavek náhrady opodstatněným.

Dalším z obecných omezení je otázka volného přístupu do krajiny upravená v § 63 ZOPK, který ukládá vlastníkům a nájemcům pozemků povinnost strpět průchod osob přes tyto pozemky, samozřejmě za předpokladu, že tím dané osoby nezpůsobí škodu na majetku či zdraví. Je nutno přitom respektovat oprávněné zájmy vlastníků a nájemců. Ústavní problém však vyvolává skutečnost, že tato povinnost tíží toliko pozemky ve vlastnictví či nájmu státu, obcí a jiných právnických osob, nikoliv tedy pozemky ve vlastnictví fyzických osob. Vlastnické právo všech vlastníků má totiž stejný obsah a ochranu (čl. 11 odst. 1 Listiny). Zákonná omezení základních práv musí platit stejně pro všechny případy, které splňují stanovené podmínky (čl. 4 odst. 3 Listiny). Rozlišování, zda je pozemek ve vlastnictví fyzické osoby, či ve vlastnictví státu nebo právnické osoby, není z hlediska volného přístupu do krajiny jakkoliv racionálně odůvodnitelné. K tomu se váže problém ryze praktický – osoba, která se vyskytuje v krajině a hodlá využít práva volného přístupu do krajiny, nemá informace o vlastnických a nájemních vztazích, čili není schopna učinit si úsudek o této otázce. Sociální realita pak je nutně taková, že se volný přístup do krajiny rozšiřuje i na pozemky ve vlastnictví fyzických osob.

Meze vlastnického práva k pozemkům představuje též úprava ochrany dřevin rostoucích mimo les. Dle § 2 odst. 2 zákona č. 229/1991 Sb., o úpravě vlastnických vztahů k půdě a jinému zemědělskému majetku, jsou trvalé porosty součástí pozemku, z čehož by bylo možno dovodit, že je může vlastník pozemku vysazovat i kácet zcela dle libosti. Pokud jde o vysazování dřevin, zde má vlastník opravdu široké pole působnosti, tedy za předpokladu, že tak bude činit v respektu k účelové kategorizaci půdy a nebude do přírody vysazovat geograficky nepůvodní druhy rostlin (což vyžaduje souhlas dle § 5 odst. 4 ZOPK). Po vysazení dřevin však ztrácí vlastník absolutní volnost a další zásahy včetně pokácení podléhá regulaci dle §§ 7 – 10 ZOPK. Jelikož dřeviny představují přirozené životní prostředí různých druhů živočichů a tvoří krajinu (v úvahu přichází i krajinný ráz), lze tuto zvláštní úpravu hospodaření akceptovat s ohledem na výše uvedený obecný zájem. Problematický se však jeví § 8 odst. 3 ZOPK, který stanovuje nejmírnější režim pro kácení dřevin toliko ve prospěch fyzických osob. Jeho cílem nepochybně je bránit mýcení porostů pro nejrůznější rozsáhlé investiční akce, jejichž investory jsou zejména právnické osoby. Lze však pochybovat o tom, jestli tato nerovnost je ospravedlnitelná, neboť mnoho právnických osob se vyskytuje ve stejné faktické situaci jako osoby fyzické (např. zemědělské družstvo obhospodařující pozemky s ojedinělými dřevinami musí oproti samostatně hospodařícímu zemědělci žádat o vydání povolení ke kácení dřevin).

Významná omezení vlastnického práva, která mohou být aplikována v případě obecné i zvláštní ochrany přírody a krajiny, přináší část šestá ZOPK. Opatření ke zlepšování přírodního prostředí (§ 68) činí vlastníci a nájemci pozemků za účelem zachování druhového

bohatství a udržení systému ekologické stability, přičemž k jejich provedení lze uzavírat písemné dohody s orgány ochrany přírody. Jelikož tato opatření mnohdy obsahují citelné zákazy nebo ba naopak ukládají finančně nákladné povinnosti, může být vlastníkům či nájemcům poskytnut finanční příspěvek. V této fázi lze ještě hovořit o dobrovolnosti počínání vlastníků či nájemců, avšak pokud neplní tuto svoji zákonnou povinnost, může učinit patřičná opatření orgán ochrany přírody sám a vlastní i nájemce jsou povinni zásah strpět. V tomto případě se však již neposkytuje finanční příspěvek, pouze může vzniknout právo na náhradu škody, k níž došlo v souvislosti s prováděním opatření. Ještě významnější je § 66 ZOPK, dle něhož jsou orgány ochrany přírody oprávněny stanovit podmínky pro provádění činností ze strany fyzických a právnických osob, jestliže v jejich důsledku hrozí nedovolená změna obecně i zvláště chráněných částí přírody. V krajním případě lze i tuto jinak povolenou činnost zakázat. Jedná se o mocný instrument preventivního charakteru, kterým se nejen stanoví meze vlastnického práva, ale též omezuje jeho výkon, jeho povaha je tedy ambivalentní. Proto se musí v každém případě důkladně zvážit, zda omezení či zákaz činnosti podléhá odst. 3 nebo 4 čl. 11 Listiny.

Součástí obecné ochrany přírody i krajiny je i ochrana jeskyň, kterou se však budu zabývat jen okrajově v další části, neboť jeskynní prostory nejsou předmětem vlastnictví, a přechodně chráněná plocha, která však svým charakterem představuje institut zvláštní ochrany podobný zvláště chráněným územím, a proto o ni pojednám v další kapitole.

3. ZVLÁŠTNÍ OCHRANA PŘÍRODY A KRAJINY

Základním institutem zvláštní ochrany jsou zvláště chráněná území. Jedná se o oblasti, jejichž obecná charakteristika je poskytnuta přímo zákonem, avšak jelikož jsou vyhlášována normativním právním aktem, nesetkáme se s konkrétními důvody pro vyhlášení té které oblasti za zvláště chráněnou v normativním právním aktu samotném. Snad jen v případě národního parku nám tyto skutečnosti může osvětlit důvodová zpráva předkládaná spolu s návrhem zákona, ostatní zvláště chráněná území jsou vyhlášována toliko podzákonnými právními akty. Není však vyloučeno, aby naplnění zákonem dané definice bylo v konkrétním případě předmětem soudního přezkumu. Základním smyslem a posláním právní úpravy zvláště chráněných území je zpřísnění ochranných podmínek, tj. stanovení dalších povinností a citelnějších zákazů, jejichž intenzita je však odstupňována podle kategorizace zvláště chráněných území a v rámci národních parků a chráněných krajinných oblastí i dle jednotlivých vnitřních zón ochrany.

Bližší podmínky ochrany těchto území a jejich ochranných pásem jsou stanoveny jednak zákonem, jednak právním předpisem, jímž byly vyhlášeny. První okruh zákonných zákazů upravuje způsob hospodaření na pozemcích – např. zákaz intenzivního hospodaření, změny kultur, používání biocidů, zavádění intenzivních chovů a určitých způsobů hnojení. Druhý velký okruh zákazů se týká stavební činnosti, tj. umísťování nových staveb, stavby pozemních komunikací, plavebních kanálů atd. Třetí okruh představují všeobecné zákazy související s pobytem v těchto územích jako je zákaz rozdělávání ohně a táboření mimo vyhrazená místa, vjíždění mimo silnice, sběr rostlin a odchyt živočichů. Případné výjimky povoluje vláda, pokud veřejný zájem převažuje nad zájmem ochrany přírody a krajiny. Je nepochybné, že se jedná o podstatná omezení vlastnického práva, resp. práv nájemce, která jsou nesrovnatelná s povinnostmi, jež ukládá obecná ochrana přírody.

V souvislosti s implementací směrnic EU ohledně projektu NATURA 2000 byla do našeho právního řádu včleněna i smluvní ochrana území zařazených do sítě evropsky významných lokalit. Právní podstatou smluvní ochrany je uzavření smlouvy o zřízení věcného břemene

s vlastníky pozemků. Obsahem smlouvy musí být všechny ochranné podmínky, neboť zde není žádná subsidiární zákonná úprava, kterou by bylo lze aplikovat. Pokud jde o ptačí oblasti, ty jsou vyhlášovány nařízením vlády, které zároveň může vyjmenovat činnosti, které lze provádět jen se souhlasem orgánu ochrany přírody. To je potřeba zejména u těch ptačích oblastí, které se nenalézají na území zvláště chráněného území. O způsobu hospodaření v ptačích oblastech lze uzavřít smlouvu. Tyto smluvní instrumenty předpokládají souhlas vlastníka pozemku a především jejich psychologické aspekty mohou vést k lepšímu zaručení ochrany přírody a krajiny oproti případům, kdy je ochrana stanovena normativním právním aktem.

Režim ochrany památných stromů přináší dvojí ochranu, jednak dřeviny jako takové, a to přísnější oproti základní ochraně dřevin rostoucích mimo les, jednak navíc i ochranu okolí památného stromu (ochranné pásmo). Činnosti, vymezené aktem o vyhlášení stromu za památný, které by mohly ohrožovat jeho přirozený vývoj, lze provádět jen se souhlasem orgánu ochrany přírody.

Za instituty zvláštní ochrany přírody a krajiny je nutno považovat i přírodní park a přechodně chráněnou plochu, byť jsou nedůsledností zákonodárce zařazeny do obecné ochrany přírody a krajiny. Přechodně chráněná plocha slouží k ochraně významných rostlinných nebo živočišných druhů, nerostů a paleontologických nálezů, a to po časově limitované období, popř. opakované období, přičemž rozhodnutí o vyhlášení plochy obsahuje zakázané způsoby užití tohoto území. O přírodním parku bylo pojednáno v souvislosti s ochranou krajinného rázu, je vyhlášen nařízením kraje.

4. OMEZENÍ PRÁVA S VĚCÍ NAKLÁDAT

Výše popsané instituty obecné i zvláštní ochrany přírody a krajiny představují především limitaci složky *ius utendi* a *ius abutendi* vlastnického práva. Zákon o ochraně přírody a krajiny však obsahuje také částečnou regulaci *ius disponendi*. Je tomu tak v případě § 61, který stanoví, že vlastníci nezastavených pozemků ležících mimo sídelní útvary v národních parcích, národních přírodních rezervacích a národních přírodních památkách, stejně jako vlastníci pozemků souvisejících s jeskyněmi jsou povinni nabídnout pozemky v případě jejich zamýšleného prodeje přednostně státu. Jedná se tak o případy úplatného převodu vlastnického práva, nikoliv o bezúplatný převod či přechod. Toto ustanovení vychází z premisy, že ochrana těch nejvzácnějších částí přírody je věcí státu, který je nejlépe schopen zabezpečit dodržování ochranných podmínek. Domnívám se však, že tato hypotéza je chybná a v rozporu s výchovnou funkcí práva. Těžiště ochrany životního prostředí totiž nemůže tkvět na bedrech státu, o jehož schopnostech jakožto hospodáře lze mnohdy s úspěchem pochybovat. Ochrana životního prostředí je především obecným zájmem, k jehož uplatňování by měl stát vytvářet právněregulační a ekonomické předpoklady. Odpovědnost za jeho realizaci však leží na bedrech fyzických a právnických osob.

Navíc dle § 61 má sice stát předkupní právo, avšak nemusí jej využít, realizace předkupního práva je v absolutní libovůli státu. Takováto konstelace práv a povinností, kdy práva jsou výlučně na straně státu, kdežto omezení vlastnického práva výlučně na straně vlastníků, navíc bez existence rozumně ospravedlnitelného důvodu, se jeví jako neústavní. Předkupní právo státu by bylo akceptovatelné toliko za existence veřejného zájmu, neboť se nejedná o opatření, kterým se pouze stanovují meze vlastnického práva, tedy jeho složky práva věc užívat. Takový veřejný zájem zde však není, neboť nelze přijmout předpoklad, že klíčem k efektivnější ochraně přírody a krajiny spočívá ve vlastnictví pozemků státem. Zejména však zákon nepočítá s žádnou kompenzací za toto omezení.

Neméně otázek vyvolává předkupní právo státu k pozemkům souvisejícími s jeskyněmi. Jejich ochrana je dostatečně zabezpečena § 10 ZOPK a jeskyně samy nejsou předmětem vlastnického práva. Za této situace není vůbec zřejmé, co je cílem zakotvení předkupního práva státu. Stát se sice na jeho základě může stát vlastníkem pozemků v krasových oblastech, avšak samotné jeskyně, na jejichž ochraně je zájem, nejsou součástí pozemku a jsou res nullius.

5. OKAMŽIK VZNIKU OMEZENÍ

Od jakého okamžiku lze hovořit o omezení vlastnického práva, co jej působí? Je to samotný zákon nebo až negativní rozhodnutí orgánu ochrany přírody vydané na základě zákona? Zákonná konstrukce je taková, že omezení (resp. meze) vlastnického práva jsou uložena přímo zákonem (např. § 8, § 63 odst. 2 ZOPK). Vznik některých omezení je však spojen s přijetím speciálního normativního právního aktu (např. vyhlášení národní přírodní památky – teprve pak se aktivují na tomto území omezení předpokládaná zákonem o ochraně přírody a krajiny pro takovýto typ zvláště chráněného území), jiná s vydáním individuálního správního aktu (registrace významného krajinného prvku, velké dopady mají omezení činnosti ukládaná dle § 66 ZOPK).

Ochrana krajinného rázu a významných krajinných prvků představuje interpretační problém. Zákon totiž přímo nestanoví, že jisté činnosti jsou zakázány, nýbrž že krajinný ráz a významné krajinné prvky jsou před těmito zásahy chráněny. Dle první interpretace představuje § 4 odst. 2 věta první a § 12 odst. 1 věta první ZOPK zákonný zákaz. Smyslem závazných stanovisek vydávaných orgány ochrany přírody je nejprve posoudit, zda zamýšlená činnost je schopna poškodit chráněné prvky. Pokud je odpověď kladná, pak je třeba rozhodnout, zda je nezbytné na ochraně bezvýjimečně trvat. V takovém případě vydá orgán ochrany přírody negativní závazné stanovisko (individuální správní akt jen deklaruje existenci omezení ex lege). Jestliže by bylo možno učinit výjimku z obecného zákazu, vydá orgán ochrany přírody pozitivní závazné stanovisko, přičemž provedení zásahu může podřídit různým podmínkám. Dle druhé interpretace nevyjadřují výše uvedené právní normy obecný zákonný zákaz, nýbrž jsou vodítkem pro hodnotovou interpretaci těch ustanovení, která na tato úvodní slova navazují. Zákaz provést určité činnosti by byl založen až negativním závazným stanoviskem (tedy individuálním správním aktem). Jsem toho názoru, že správným je prvně uvedený výklad, který lze podpořit i zněním sankčního ustanovení § 87 odst. 2 písm. f) ZOPK, z něhož lze a contrario dovodit, že škodlivý zásah do významného krajinného prvku je se souhlasem orgánu ochrany přírody v souladu se zákonem. To potvrzuje hypotézu, že kladné závazné stanovisko představuje výjimku ze zákonného zákazu. Obdobně v případě krajinného rázu § 87 odst. 2 písm. h) ZOPK. Závazná stanoviska orgánů ochrany přírody jsou dle usnesení rozšířeného senátu NSS správními rozhodnutími samostatně přezkoumatelnými ve správním soudnictví.⁸

Smluvní ochrana dle § 39 ZOPK nabývá účinnosti dnem vkladu práva odpovídajícího věcnému břemeni do katastru nemovitostí.

Omezení autonomie vůle vlastníka působí již samotná existence zákonného předkupního práva (např. při financování hospodaření na pozemcích z externích zdrojů, nelze-li zaručit následný převod vlastnického práva na třetí osoby). Jedná se o věcné právo k věci cizí, což hovoří již samo za sebe. Jeho právní režim je upraven v občanském zákoníku a má

⁸ usnesení ze dne 21. 10. 2008, č. j. 6 As 7/2005 – 97, www.nssoud.cz (citováno dne 28. 10. 2008)

věcněprávní účinky. Pokud dojde k samotné realizaci předkupního práva, pak již nedochází ke krácení převodce ve výnosu z prodeje, protože byl-li by zde kupující, který by byl ochoten zaplatit více než stát, dojde k převodu vlastnického práva na tuto třetí osobu. Třetí osoba však musí zohlednit, že zákonné předkupní právo státu převodem nezanikne a bude působit i vůči němu.

6. NÁHRADY ZA OMEZENÍ VLASTNICKÉHO PRÁVA

Nosným ustanovením o náhradě za omezení vlastnického práva je § 58 odst. 2 ZOPK, který upravuje náhradu za ztížení zemědělského nebo lesního hospodaření. Oprávněnou osobou je pouze vlastník či nájemce zemědělské půdy, lesního pozemku nebo rybníka. Druhým předpokladem je vznik újmy, která musí být přímým důsledkem omezení dle části třetí až páté zákona o ochraně přírody a krajiny (tedy zvláštních podmínek ochrany s výjimkou přechodně chráněné plochy a krajinného parku). Poslední věta tohoto odstavce připouští, že nárok na náhradu vzniká i v důsledku omezení vyplývajícího z rozhodnutí, závazného stanoviska nebo souhlasu vydaného dle zákona o ochraně přírody a krajiny, tedy na základě kteréhokoliv ustanovení tohoto právního předpisu. L. Miko k tomu uvádí, že se však nejedná o omezení, která stanoví přímo zákon a individuální správní akty orgánů ochrany přírody činnost povolí, přičemž její výkon podřídí dodržení stanovených podmínek.⁹ Důležitým znakem náhrady je, že není paušalizována, nýbrž je vyplácena opakovaně v závislosti na postupně vznikajících újmách (např. dle hospodářského roku). Zásadním nedostatkem je skutečnost, že se upíná toliko k hospodářskému využití půdy, nikoliv k dalším skupinám omezení práva věc užívat (zákaz umísťovat stavby atd.).

Speciální úpravu k § 58 ZOPK představuje § 13 odst. 2, dle něhož se poskytuje náhrada za újmu vzniklou v důsledku omezení v přechodně chráněné ploše. Zatímco v případě § 58 se poskytuje náhrada za újmu v jakékoliv výši, v případě § 13 odst. 2 vzniká nárok na náhradu jenom tehdy, pokud je škoda vyšší než nepatrná. Zákon nespecifikuje, jakou škodu lze považovat za nepatrnou, ale v zásadě nelze proti této limitaci nic namítat. Nahrazovat by se neměla jakákoliv významem i hodnotou nepatrná újma, nýbrž až újma signifikantní (mj. i s ohledem na administrativní náročnost projednání žádosti o poskytnutí náhrady škody).

Smluvní ochrana dle § 39 ZOPK implicitně předpokládá, že věcné břemeno bude zřizováno za úplatu, kterou bude působené omezení vlastnického práva kompenzováno. V opačném případě by zde nebyl žádný stimul, který by podporoval rozšiřování smluvní ochrany na úkor autoritativnímu vyhlášení zvláště chráněných oblastí.¹⁰ Taktéž obsahem dohody o hospodaření v ptačí oblasti může být závazek poskytnout kompenzaci.

Nenárokovou dávkou je finanční příspěvek na opatření ke zlepšení přírodního prostředí. Nepeněžitou podobu kompenzace při budování systému ekologické stability je výměna pozemku, jehož užití má být změněno, za jiné pozemky ve vlastnictví státu (§ 59 odst. 2 ZOPK).

⁹ Miko, L. – Borovičková, H. a kol. Zákon o ochraně přírody a krajiny. Komentář. 2. vydání. Praha : C.H. Beck, 2007, str. 256.

¹⁰ Knotek, J. K využití smluvní ochrany podle zákona o ochraně přírody a krajiny. Právní rozhledy, 2005, č. 24, str. 909.

7. ZÁVĚR

Kde tedy leží hranice mezi obecným a veřejným zájmem v případě ochrany přírody a krajiny? Co je stanovením mezí vlastnického práva a co již jeho omezením? Předně je potřeba říci, že nelze k této otázce přistupovat dle toho, zda zákon předvídá poskytnutí náhrady za konkrétní omezení či nikoliv. Zákonodárce může ve své libovůli přiznat náhradu i za opatření, která by byla v obecném zájmu (tedy jaksi nad rámec Listinou předvídané náhrady). Na druhou stranu koncept přímé aplikovatelnosti ústavního pořádku vyžaduje, aby orgány aplikující právo přiznaly náhradu i v těch případech, kdy její poskytnutí není upraveno zákonem nebo podzákonými právními předpisy. Ze stavu pozitivněprávní zákonné úpravy poskytování náhrad nelze zpětně usuzovat na to, zda jistý zásah je prováděn v obecném zájmu či veřejném. Ba naopak, z hlediska logického je potřeba postupovat v opačném sledu.

Jak vyplynulo ze shora podaného výkladu o obecné a zvláštní ochraně přírody a krajiny, existují dvě velké skupiny opatření. Obecná ochrana má široký záběr a dopadá na velké množství případů (subjektů). Jejím předpokladem není naplnění nějakých kvalifikovaných předpokladů, nýbrž postačuje splnění základní definice. Z hlediska teritoriálního se jedná o instituty univerzální, které nejsou vázány na vydání prováděcích právních předpisů ani individuálních právních aktů (s výjimkou významných krajinných prvků dle § 6 ZOPK).

Vedle toho zvláštní ochrana se vyznačuje svojí specifičností, neboť se jednak upíná pouze k úzce vymezenému teritoriu (tedy postihuje jen nepoměrně užší okruh vlastníků a uživatelů), jednak toto teritorium musí vykazovat takovou charakteristiku (ojedinečnost, výjimečnost, zvláštnost), která odůvodňuje zvýšenou ochranu území. Pro zvláštní ochranu přírody a krajiny je typické, že zakládá nerovnost mezi vlastníky a uživateli pozemků na území ČR. Ochrana přírody a krajiny je veřejným statkem, veřejným břemenem, s níž spojená opatření se v zásadě vlastníků nekompensují. Zvláštní ochrana však dopadá jen na některé osoby, které jsou povinny nést vyšší část veřejného břemene. Veřejného statku příznivého životního prostředí však požívají všichni, nejenom vlastníci zatíženi tímto zvláštním břemenem. Jelikož se jedná o veřejný statek, jehož podstatou je jeho nedistribuatelnost, nelze nikoho vyloučit z požívání tímto statkem.¹¹ Specifická ochrana vyžaduje od vlastníků buď vyšší výdaje oproti ostatním vlastníků nebo jim tato specifická opatření snižují výnosy. Dopad do hospodářské sféry je jednoznačný, může působit až likvidaci konkurence, ve spojení s principy fungování trhu vylučovat realizaci hospodářské svobody.¹² Nelze hovořit o škodě, neboť jejím pojmovým znakem je protiprávnost, která zde však není. Ba naopak, veškerá ukládaná omezení musí být bez výjimky ústavní a zákonná, jinak by mohla být zrušena příslušným soudem. Poskytovaná kompenzace směřuje k restauraci rovnosti obsahu vlastnického práva, která je v souladu s ústavním pořádkem narušena. Konkrétní výše kompenzace pak pravda spočívá na kalkulaci obdobné výpočtu ušlého zisku; v tomto bodě se újma spočívající v nerovnosti přibližuje náhradě škody. Domnívám se, že přesto je nezbytné oba instituty pečlivě odlišovat (už jenom proto, že náhrada újmy má veřejnoprávní charakter, kdežto náhrada škody soukromoprávní).

Jistou míru inspirace a paralely lze hledat ve francouzském správním právu, které zahrnuje i část správněprávní odpovědnosti, jež je založena na narušení rovnosti před veřejnými břemeny (*responsabilité administrative pour rupture de l'égalité devant les charges*

¹¹ náleží ÚS ze dne 9. října 1996, sp. zn. Pl. ÚS 15/96, publikován též jako č. 280/1996 Sb.

¹² Pekárek, M. Kompenzace výkonu vlastnického práva při ochraně životního prostředí. In Průchová, I. (ed.) Aktuální otázky práva životního prostředí. Brno : Masarykova univerzita, 2005, str. 67.

publiques). Předpokladem náhrady škody vzniklé na tomto odpovědnostním základě není protiprávnost, nýbrž narušení principu rovnosti. Kompenzují se jen ty škody, které jsou obzvláště vážné a způsobené úzkému okruhu osob (dommage particulièrement grave et anormal).¹³

Pokud jde o rozsah zákazů působených obecnou a zvláštní ochranou přírody a krajiny, nemusí zde existovat výrazný rozdíl. Z výše podaného výkladu vyplývá, že společným zákazem je umístování staveb a změna kultur. Rozdíl je však v tom, že výjimku z těchto zákazů lze v rámci obecné ochrany povolit individuálním správním aktem, pokud nedojde k poškození významného krajinného prvku, zásahu do krajinného rázu. Výjimku lze udělit i v případě zvláštní ochrany, ale pouze tehdy, pokud veřejný zájem na provedení povolovaného zásahu převažuje nad zájmem na zvláštní ochraně. Podmínky pro udělení výjimky jsou tedy významně přísnější, musí se prokázat existence veřejného zájmu na provedení zásahu a tento veřejný zájem musí převážet nad veřejným zájmem na ochraně přírody a krajiny. Vedle toho se zvláštní ochrana oproti ochraně základní vyznačuje též opatřeními upravujícími způsob jinak povoleného hospodaření na pozemcích (hnojení, intenzivní hospodaření atd.). V souhrnu lze tedy potvrdit hypotézu, že omezení související se zvláštní ochranou přírody a krajiny jsou závažnější, přísnější, mající zásadnější dopad na vlastnické právo k nemovitostem.

Lze proto shrnout, že instituty obecné ochrany představují základní povinnosti aplikovatelné na jakýkoliv pozemek, jakéhokoliv vlastníka. Tato jejich univerzálnost z nich činí meze vlastnického práva (obdobně jako např. sousedská práva). Zvláštní ochrana zahrnuje speciální povinnosti a jakýsi nadstavbový katalog omezení, neboť se aplikují jen na některé případy. Jejich existence musí spočívat na existenci zvláštního zájmu, který lze označit za zájem veřejný, kdežto ochrana přírody a krajiny je v obecné rovině „pouze“ zájem obecným. Veřejný zájem tedy představuje kvalifikovaný obecný zájem, je jeho podskupinou. Kvalifikovanost obecného zájmu spočívá v intenzitě zájmu na ochraně předmětných částí přírody a krajiny. Tyto části se vyznačují takovou charakteristikou, že náleží k nejcennějšímu dochovanému přírodnímu bohatství. Intenzita zájmu se tedy odvíjí od charakteristiky území (kvalitativní kritérium). V důsledku aplikace kvalitativního kritéria se setkáváme též s kritériem kvantitativním (tj. počet vlastníků zasažených zvláštní ochranou, nerovnoměrnost v rozdělení veřejného břemene), které však nemůže být kritériem určujícím.

Literatura:

- De Forges, J.-M. Droit administratif. 6e édition. Paris : Presses Universitaire de France, 2002, 391 s.
- Eliáš, K. Veřejný zájem (Malá glosa k velkému tématu). Ad Notam, 1998, č. 5, str. 103-106.
- Knotek, J. K využití smluvní ochrany podle zákona o ochraně přírody a krajiny. Právní rozhledy, 2005, č. 24, str. 906-911.
- Miko, L. – Borovičková, H. a kol. Zákon o ochraně přírody a krajiny. Komentář. 2. vydání. Praha : C.H. Beck, 2007, 590 s.

¹³ De Forges, J.-M. Droit administratif. 6e édition. Paris : Presses Universitaire de France, 2002, str. 311-312.

- Pekárek, M. Kompenzace výkonu vlastnického práva při ochraně životního prostředí In Průchová, I. (ed.) Aktuální otázky práva životního prostředí. Brno : Masarykova univerzita, 2005, str. 63-68.
- Průcha, P. Základní pojmy a instituty správního práva. Brno : Masarykova univerzita, 1998, 420 s.
- Průchová, I. – Chyba, J. Omezení vlastnického práva k pozemku z důvodu obecného zájmu. Brno : Masarykova univerzita, 1998, 185 s.

Kontaktní údaje na autora – email:

61242@mail.muni.cz

OCHRANA LEGITIMNÍHO OČEKÁVÁNÍ V JUDIKATUŘE ÚSTAVNÍHO SOUDU

TOMÁŠ LANGÁŠEK

Právnická fakulta Masarykovy univerzity; Ústavní soud, Česká republika

Abstrakt v rodném jazyce

Příspěvek pojednává o používání konceptu ochrany legitimního očekávání v judikatuře Ústavního soudu a poukazuje na odlišné druhy legitimního očekávání v kontextu ústavní garance ochrany vlastnictví, resp. majetku v širším slova smyslu, v kontextu správního práva, resp. principů dobré správy, příp. v jiných souvislostech. Všímá si též výkladových problémů spojených s tímto konceptem. Příspěvek si neklade za cíl vyčerpávajícím způsobem o problematice ochrany legitimního očekávání pojednat; jeho cílem je zaměřit pozornost na tento koncept a podnítit další diskusi o jeho použitelnosti.

Klíčová slova v rodném jazyce

Legitimní očekávání, ústavní garance vlastnictví, Dodatkový protokol k Úmluvě o ochraně lidských práv a základních svobod, principy dobré správy.

Abstract

This article focuses on the concept of protection of legitimate expectation as applied in the case law of the Constitutional Court of the Czech Republic and points out to the different contexts in which the concept has been used so far: primarily in the context of constitutional guaranty of property, then in the context of administrative law and principles of good administration. The article also registers some interpretative problems connected to the concept.

Key words

Legitimate expectation, constitutional protection of property, Additional Protocol to the Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms, principles of good administration.

1. ÚVOD

V dosavadní krátké historii Ústavního soudu se pojem legitimní očekávání explicitně traktuje v posledních pěti letech. Nejstarším rozhodnutím je usnesení sp. zn. II. ÚS 341/99 ze dne 31. 3. 2003 (U 7/29 SbNU 463), v němž bylo při odůvodnění odmítnutí ústavní stížnosti v restituční věci citováno rozhodnutí Evropského soudu pro lidská práva (dále též „ESLP“) ve věci Gratzinger a Gratzingerová proti České republice z 10. 7. 2002. Následoval nález sp. zn. Pl. ÚS 44/02 ze dne 24. 6. 2003 (N 98/30 SbNU 417; 210/2003 Sb.) ve věci práva konkurzního věřitele podat odvolání proti usnesení o zamítnutí konkurzu pro nedostatek majetku, kde byl tento pojem opět zmíněn v kontextu citace rozhodnutí ESLP ve věcech Gratzinger a Gratzingerová a Malhous proti České republice z 13. 12. 2000. V publikovaném

¹ Předtím se pojem legitimní očekávání v poněkud jiné souvislosti objevil v odlišném stanovisku soudců Vojena Güttlera, Miloše Holečka, Ivany Janů, Zdeňka Kesslera a Jiřího Malenovského k nálezu sp. zn. Pl. ÚS 14/01 ze dne 20. 6. 2001 (N 91/22 SbNU 267; 285/2001 Sb.) v kompetenčním sporu o kontrasignaci rozhodnutí prezidenta republiky o jmenování guvernéra a viceguvernéra ČNB.

usnesení sp. zn. I. ÚS 360/03 ze dne 22. 10. 2003 (U 22/31 SbNU 339) Ústavní soud hovořil o legitimním očekávání znalce na odměnu (znalečné), provedl-li podle pokynů orgánu, který jej přibral do řízení, řádně a včas posudek, s tím, že tento nárok má majetkovou povahu, a spadá proto pod ochranu čl. 1 odst. 1 Dodatkového protokolu k Úmluvě o ochraně lidských práv a svobod jako ochrana vlastnictví. Od té doby se pojem legitimní očekávání objevuje ve více než sedmdesáti nálezech a v téměř dvou stovkách usnesení.

Cílem tohoto příspěvku je zaměřit pozornost na koncept legitimního očekávání a podnítit širší diskusi o jeho opodstatněnosti či nadbytečnosti. Příspěvek si neklade ambice na vyčerpávající pojednání o tomto konceptu v judikatuře Ústavního soudu. Na úvod doktrinární diskuse se pokusí nastínit základní klasifikaci různých typů legitimního očekávání a v tomto ohledu poukázat na zmatení pojmů, které se v judikatuře Ústavního soudu v tomto ohledu objevují.

2. VÍTR VANE ZE ŠTRASBURKU

Již z úvodu je zřejmé, že ideovým zdrojem pojmu legitimního očekávání byla judikatura štrasburského soudu, resp. někdejší Komise pro lidská práva, týkající se čl. 1 Dodatkového protokolu k Úmluvě o ochraně lidských práv a základních svobod (dále jen „Dodatkový protokol“ a „Úmluva“). V anglické a francouzské verzi toto ustanovení v marginální rubrice hovoří o *protection of property / protection de la propriété*, ve vlastním ustanovení čl. 1 pak o *right to peaceful enjoyment of possessions / droit au respect de ses biens*. V obou jazykových verzích se tak objevují dva pojmy – *property / propriété* a *possessions / biens*. Do češtiny se však oba pojmy překládají termínem jedním – jako **majetek**: mezi nadpisem ustanovení a jeho dikcí panuje pojmová jednota, v obou jde o ochranu *majetku*, resp. o právo na pokojné užívání *majetku*. Český překlad Dodatkového protokolu tak lépe vystihuje, že je jím chráněno nejen vlastnictví jako věcné právo, právní panství nad věcí, ale i jiné majetkové hodnoty obligační povahy, typicky pohledávky (tj. vše, co tvoří majetek, nejrůznější aktiva). To však nebylo samozřejmé při počátcích výkladu a aplikace Dodatkového protokolu, vzhledem k odlišným pojmům použitým v obou původních jazykových verzích. Proto si orgány evropské Úmluvy vypomohly s konceptem legitimního očekávání k tomu, aby odůvodnily, že čl. 1 Dodatkového protokolu chrání i jiné majetkové hodnoty než vlastnictví. Ostatně tak jako u jiných pojmů použitých v Úmluvě, i u pojmů *property / propriété* a *possessions / biens* ESLP zdůrazňuje, že mají autonomní obsah, nezávislý na vnitrostátní klasifikaci.

Konkrétně ESLP opakovaně konstatuje, že předmětem ochrany čl. 1 Dodatkového protokolu není jen klasické vlastnictví věci, ale i jiné majetkové hodnoty, jako např. pohledávky (často se hovoří přímo o nárocích – *claims*), v širším slova smyslu aktiva, jejichž realizaci může majitel (nositel oprávnění) „legitimně očekávat“.

V tomto úzkém smyslu se pojem legitimní očekávání objevil i v judikatuře Ústavního soudu, zejména v kontextu restitučních sporů, kdy bylo, v souladu s rozhodnutími ESLP, případně Komise pro lidská práva, popíráno legitimní očekávání osob, které např. *prima facie* nebyly oprávněnými osobami podle restitučních zákonů, např. proto, že nebyly státními občany. Z tohoto důvodu bylo jejich legitimní očekávání, že se stanou vlastníky, vyloučeno. Jinak řečeno, pojem legitimní očekávání je štrasburskou judikaturou používán jako instrument pro extenzivní výklad pojmů *possessions*, resp. *biens*, překládaných do češtiny jako „majetek“, který však sám má již širší obsah než hmotné statky, nazírané úžeji jako *possessions*, resp. *biens*; proto také v českém jazykovém prostředí mohl skutečný důvod použití konceptu legitimního očekávání v kontextu čl. 1 Dodatkového protokolu unikat.

3. POČÁTKY KONCEPTU LEGITIMNÍHO OČEKÁVÁNÍ V JUDIKATUŘE ÚS

První senátní nález sp. zn. IV. ÚS 525/02 ze dne 11. 11. 2003 (N 131/31 SbNU 173), v němž šlo o reálnou vykonatelnost soudních rozhodnutí, konkrétně o otázku přezkumu usnesení o zrušení opravného usnesení, použil pojem legitimní očekávání nejprve ve smyslu používaném orgány Úmluvy. Ústavní soud konstatoval, že ústavněprávní ochrana dopadá i na hmotné zájmy, neomezované jen na hmotné statky (tj. vlastnictví), bez ohledu na formální klasifikaci nároku podle vnitrostátního práva. Na straně druhé však již tento nález založil jistý pojmový zmatek v používání pojmu legitimního očekávání, a to tím, že bez bližší kvalifikace používal pojem legitimního očekávání ve více významech.

Lze říci, že pro výsledek řízení před Ústavním soudem, který není zpochybňován, nebylo nezbytné opřít se o v judikatuře Ústavního soudu nový koncept legitimního očekávání ve smyslu ochrany jiného majetkového nároku než vlastnictví. Ústavní soud by si v tomto případě nepochybně vystačil i s „prostým“ poukazem na ochranu vlastnického práva stěžovatelky; to totiž bylo založeno soudním rozsudkem (stěžovatelka byla úspěšná se svou restituční žalobou, soudy pravomocně vyslovily povinnost na straně povinné osoby uzavřít se stěžovatelkou dohodu o vydání nemovitosti, což podle dobové judikatury bez dalšího stačilo k provedení záznamu vlastnictví v katastru nemovitostí). Pouze z důvodu uvedení v mezidobí zastaralých údajů katastru nemovitostí ve výrokové části rozsudku odmítal příslušný katastrální úřad zápis ve prospěch stěžovatelky provést; nalézací soud se tomu snažil čelit opravným usnesením, které však bylo odvolacím soudem k odvolání povinné osoby zrušeno z důvodu, že nešlo o opravu zřejmé chyby nebo nesprávnosti. To pak bylo stěžovatelkou napadeno v ústavní stížnosti.

Ústavní soud pak v tomto nálezu jedním dechem hovořil o legitimním očekávání i v kontextu obecných principů charakteristických pro správní právo, tj. ve smyslu ochrany očekávání určitého postupu orgánu (orgánů) veřejné moci, které tento orgán svými předchozími akty v adresátu veřejné moci vyvolal nebo v němž adresáta utvrzoval a podle něhož adresát veřejné moci jednal, resp. přizpůsobil mu své jednání. V dané věci Ústavní soud takto nahlížel na ochranu očekávání stěžovatelky, že soud jakožto orgán veřejné moci bude ve své funkci postupovat tak, že jeho rozhodnutí budou i reálně vykonatelná.²

K podpoře stížnostního žádání stěžovatelky Ústavní soud konečně sáhl i k argumentu ochrany legitimního očekávání ve správnost údajů, které jí orgány veřejné moci z katastru nemovitostí v určité fázi restitučního sporu poskytly.

4. RŮZNÉ DRUHY „LEGITIMNÍHO OČEKÁVÁNÍ“ A JEHO OCHRANY

Již ve zmiňovaném prvním senátním nálezu, v němž se vyhovující výrok opíral o koncept ochrany legitimního očekávání, se tedy promítají různé druhy legitimního očekávání, jak jsou známy právní vědě zahraniční. Jde jednak o ochranu legitimního očekávání v souvislosti s ochranou vlastnického práva, v širším smyslu majetku, jednak o ochranu legitimního očekávání jako jednoho z principů ovládajících správní právo, jindy považovaného za součást souboru principů dobré správy³. Ve druhém ze zmiňovaných případů jde typicky o vertikální

² Celá věc by mohla být postavena i ve smyslu ochrany legitimního očekávání stěžovatelky vůči katastrálním úřadům, že její vlastnické právo potvrzené rozsudkem, tj. pravomocným rozhodnutím soudního orgánu veřejné moci, zaznamenají v katastru nemovitostí, toto řešení by však muselo vést k odmítnutí ústavní stížnosti pro nepřipustnost (nevyčerpání správní žaloby proti katastrálnímu úřadu).

³ Hendrych D. a kol.: Správní právo – obecná část. 6. vydání, C. H. Beck Praha, 2006, str. 798.

vztah mezi orgánem veřejné moci a adresátem právní regulace a objevuje se tehdy, kdy orgán veřejné moci vytvoří určitou situaci, jíž adresát regulace s důvěrou v akty vrchnostenského orgánu přizpůsobil své jednání a spoléhal na to, že ve své důvěře nebude zklamán.

Příkladem této koncepce je např. ochrana legitimního očekávání v britském správním právu, založená „ujištěním“ (*representation*) správního orgánu, jeho deklarovanou politikou, směrnicí jeho činnosti či ustálenou aplikační praxí. Z hlediska právních následků ochrany legitimního očekávání může jít o ochranu legitimního očekávání určitého procesního postupu (např. požadavek slyšení stran v případě, že správní orgán hodlá postupovat jinak, než jak adresáti legitimně očekávali, nebo povinnost upozornit je předem na změnu, aby rozhodnutí nebylo překvapivé), anebo se může legitimní očekávání přetavit do hmotného nároku; to např. v případě, že odchýlení se od očekávaného postupu již není možné a subjektu vznikl právem chráněný nárok na určitý výsledek správní činnosti.⁴

Tento druh legitimního očekávání není předmětem tohoto příspěvku. Lze zmínit, že příkladem použití tohoto konceptu legitimního očekávání judikatuře Ústavního soudu je např. série nálezů ve věci účasti tzv. francouzských pojišťenců na sociálním pojištění (např. nález sp. zn. I. ÚS 605/06 ze dne 15. 1. 2008).⁵

Do této skupiny spadá též ochrana legitimního očekávání jako obecný princip komunitárního práva.⁶

V judikatuře Ústavního soudu se objevuje pojem legitimního očekávání též v kontextu určitosti, bezrozpornosti a předvídatelnosti právní úpravy; jde tedy o variaci abstraktních principů ovládajících tvorbu právních předpisů – srov. série nálezů ve věci zániku nároků ustanovených obhájců na odměnu v trestních věcech před novelou trestního řádu, která zánik nároku po uplynutí určité doby stanovila – např. nález sp. zn. I. ÚS 287/04 ze dne 22. 11. 2004 (N 174/35 SbNU 331) a další. V některých nálezech se objevuje legitimní očekávání též v kontextu principu rovnosti – subjekt očekává, že jeho případ bude posouzen obdobně, jako jemu obdobné případy, resp. jinak než v odlišných případech – jde tedy o očekávání rozhodování v linii dosavadní ustálené rozhodovací praxe – v tomto smyslu např. bylo hovořeno o ochraně legitimního očekávání v nálezu sp. zn. III. ÚS 252/04 ze dne 25. 1. 2005, N 16/36 SbNU 173 (šlo o jeden z nálezů týkajících se problematiky tzv. slovenských důchodů), nebo v nálezu sp. zn. II. ÚS 566/05 ze dne 20. 9. 2006, N 170/42 SbNU 455, pojednávajícím o otázkách spojených se změnou judikatury Nejvyššího soudu.

Ústavní soud příliš jednotlivé koncepty legitimního očekávání nerozlišuje a v jeho judikatuře se jednotlivé koncepty překrývají. Nepochybně je správným postřehem, že se překrývat mohou, např. legitimní očekávání vyvolané postupem orgánu veřejné moci při přidělování, resp. odnímání licencí k provozování určité hospodářské činnosti může vyvolat na straně

⁴ Srov. např. rozhodnutí Court of Appeal ve věci Coughlan (R. v. North and East Devon Health Authority, ex p. Coughlan) [1999] L. G. R. 703.

⁵ V těchto nálezech se sice sousloví „legitimní očekávání“ výslovně nepoužívá, implicitně je však i zde tento koncept přítomen – Ústavní soud ovšem ponechal dosud stranou zásadní námitku, zda může správní orgán založit legitimní očekávání jednáním *praeter* nebo dokonce *contra legem* a zda v důsledku ochrany takto založeného legitimního očekávání lze vůči správnímu orgánu napříště postup *praeter* či dokonce *contra legem* soudně vymoci, což jsou otázky, které např. britské soudy důkladně zvažují.

⁶ Srov. Lenaerts and Van Nuffel: Constitutional Law of the European Union, Sweet and Maxwell Ltd., 2005, str. 714, Wyatt and Dashwood's European Union Law, Sweet and Maxwell Ltd., 2006, str. 244 a n.

oprávněného subjektu též zhmotněné legitimní očekávání, že jednou udělená licence nebude svévolně odňata, Ústavní soud by si však jednotlivých koncepcí ochrany legitimního očekávání měl být vědom a měl by umět je rozlišit, a to zejména důsledky, které z nich vyplývají.⁷

5. LEGITIMNÍ OČEKÁVÁNÍ V KONTEXTU ÚSTAVNÍ GARANCE OCHRANY VLASTNICTVÍ, RESP. MAJETKU

Pokud jde o ochranu legitimního očekávání v souvislosti s ochranou majetku, lze konstatovat, že judikatura Ústavního soudu není ustálená a v možnostech jeho praktické uplatnitelnosti značně kolísá. Zásadní význam měl koncept ochrany legitimního očekávání v nálezu sp. zn. Pl. ÚS 2/02 ze dne 9. 3. 2004 (N 35/32 SbNU 331; 278/2004 Sb.). V tomto nálezu šlo o řešení problematiky tzv. trvalého užívání pozemku a přeměny tohoto institutu na vlastnické právo; novela občanského zákoníku provedená zákonem č. 103/2000 Sb. umožnila tzv. trvalým uživatelům pozemků, aby se na základě žádosti a poté uplynutím lhůty jednoho roku změnilo právo trvalého užívání pozemků na právo vlastnické (§ 879c občanského zákoníku). Den před uplynutím roční lhůty však byla tato ustanovení občanského zákoníku zrušena (zákonem č. 229/2001 Sb.)

Okresní soud v Příbrami napadl derogující novelu občanského zákoníku provedenou zákonem č. 229/2001 Sb. u Ústavního soudu. Ústavní soud ve zmíněném nálezu návrhu vyhověl. Konstatoval, že do vlastnického práva dotčených subjektů zákonodárce nezasáhl, neboť jejich vlastnické právo se nestihlo konstituovat (i když k tomu chyběl pouhý den), shledal však porušení ústavně chráněného nároku, že se uplynutím lhůty vlastníky stanou, jinými slovy porušení jejich zhmotněného legitimního očekávání založeného na zákonu. V dané věci šlo ovšem o incidenční, svou povahou však abstraktní přezkum zákonné normy, nikoli o řešení individuálního případu, v němž by Ústavní soud poskytoval ochranu majetkovému nároku konkrétního subjektu, čímž ovšem byly založeny do budoucna další výkladové problémy.

V rámci *obiter dicta* Ústavní soud poznamenal, že původní zákonná úprava obživne. Obecné soudy v následně vyvolaných sporech trvalých uživatelů o určení vlastnictví k pozemkům, jejichž vlastníky se měli stát, nebyť následného postupu zákonodárce, v tomto duchu i rozhodovaly a Ústavní soud ústavní stížnosti státu proti těmto rozhodnutím odmítl.⁸ Zatím však nebyl konfrontován se složitějšími případy, např. s tím, jaké důsledky mohl mít náleze Pl. ÚS 2/02 pro práva třetích osob, např. v situaci, kdy před jeho vyhlášením, příp. před jeho účinností⁹ stát dotčený pozemek ve prospěch třetí osoby převedl. Pokud Ústavní soud dospěl k závěru, že vlastnické právo dotčených trvalých uživatelů retroaktivně porušeno nebylo a došlo pouze k porušení jejich majetkového nároku v poloze legitimního očekávání, že se vlastníky stanou, neměl se tento závěr projevit např. v možnosti vzniku nároku na náhradu škody za porušené legitimní očekávání, spíše než v *ex tunc* konstituovaném vlastnickém

⁷ Srov. výše zmíněné rozlišování mezi procesními a hmotněprávními důsledky ochrany legitimního očekávání ve správním právu; přehledně shrnutí situace v britském správním právu viz např. Craig: Substantive Legitimate Expectations After Coughlan, P. L. 2000, Win, 684-701.

⁸ Srov. usnesení ze dne 3. prosince 2007 sp. zn. IV. ÚS 914/07, ze dne 20. března 2008 sp. zn. III. ÚS 2741/07, ze dne 25. března 2008 sp. zn. IV. ÚS 210/08, ze dne 3. dubna 2008 sp. zn. II. ÚS 1034/07, ze dne 3. dubna 2008 sp. zn. I. ÚS 3084/07, ze dne 24. dubna 2008 sp. zn. III. ÚS 3033/07, ze dne 24. dubna 2008 sp. zn. III. ÚS 2852/07 a ze dne 1. července 2008 sp. zn. IV. ÚS 3151/07, ze dne 11. září 2008 sp. zn. III. ÚS 1952/08, ze dne 16. září 2008 sp. zn. III. ÚS 1911/08, ze dne 19. září 2008 sp. zn. I. ÚS 1422/08.

⁹ Odklad vykonatelnosti nálezu Ústavní soud odložil do konce roku 2004.

právu, jak o tom začaly rozhodovat obecné soudy? Jaký smysl potom mělo rozlišování mezi vlastnickým právem a legitimním očekáváním, že se subjekt vlastníkem stane, když důsledkem nálezu Ústavního soudu je tak jako tak konstituování vlastnického práva?

Problémy spojené s ochranou legitimního očekávání v kontextu ochrany majetku se však tímto specifickým případem, komplikovaným procedurálními aspekty řízení o kontroly norem a spornou otázkou přezkumu derogační novely, nevyčerpávají. Z některých nálezů Ústavního soudu dokonce vyplývá, že z původního výkladového instrumentu pro zaujetí extenzivního výkladu pojmů *possessions / biens* v čl. 1 Dodatkového protokolu se vyvinulo samostatné základní právo na ochranu legitimního očekávání zmnožení majetku, které je způsobilé v některých situacích dokonce operovat proti samotnému vlastnickému právu. V některých nálezech se dokonce objevuje formulace základního práva na legitimní očekávání ochrany majetku, to lze ovšem považovat za stylistickou neobratnost, neboť sama ochrana majetku je ústavně garantována, nikoli jen její očekávání (viz např. nález sp. zn. II. ÚS 14/04 ze dne 25. 1. 2006).

Je-li ovšem dnes čl. 1 Dodatkového protokolu interpretován tak, že jeho ochrana dopadá nejen na majetek v podobě hmotných statků (tzn. na vlastnictví jako věcné právo), ale též na jiné majetkové hodnoty (nároky a pohledávky), a to s pomocí konceptu legitimního očekávání, že tyto majetkové hodnoty budou realizovány, pak nemá další opodstatnění (řečeno matematicky) „vytýkat legitimní očekávání před závorku“ a formulovat je v podobě samostatného základního práva vyplývajícího z těchto ustanovení. Jinými slovy, legitimní očekávání má uplatnění v případě prvotní úvahy o aplikabilitě čl. 1 Dodatkového protokolu (tedy při hledání odpovědi na otázku, jde-li v daném případě o „majetek“ ve smyslu čl. 1 Dodatkového protokolu), v dalších krocích testu pak už nemá místo, resp. test je stejný v případě ochrany vlastnictví k věci, i v případě „vlastnictví“ jiného majetku.

Velmi problematickým se jeví koncept ochrany legitimního očekávání zmnožení majetku v horizontálních vztazích, jinými slovy ve sporech o majetek, což jsou začasť spory o lepší právo, ať už vlastnické či jiné závazkové. V takových případech slouží odvolávka na ochranu legitimního očekávání jedné ze stran sporu jen jako ústavněprávní zástěrka pro intervenci Ústavního soudu do řešení sporu o právo před obecnými soudy, tedy přesně v poloze běžné přezkumné instance, přestože se této roli Ústavní soud opakovaně vyhýbá.¹⁰ Jinak řečeno, závěr o porušení legitimního očekávání jedné ze stran sporu obecným soudem, který při rozsuzování, je jen *ex post facto* ospravedlněním vstupu Ústavního soudu do řešení sporu, protože Ústavní soud dospěje k jinému názoru na to, které ze stran před obecnými soudy svědčilo lepší právo. V takových případech si Ústavní soud vypomáhá též extenzivním výkladem pojmu dobré mravy v tom smyslu, že dobré mravy porušuje takový výkon práva, který porušuje ústavně chráněné legitimní očekávání.

Příkladem může být nález sp. zn. I. ÚS 353/04 ze dne 16. 6. 2005 (N 124/37 SbNU 563). V tomto případě Ústavní soud posuzoval spor o vlastnictví nemovitosti a v nálezu dal pokyn obecným soudům ve sporu o určení vlastnictví ochránit obligační právo osoby, která se vlastníkem nestala, která však podle smlouvy „legitimně očekávala“, že se v budoucnu (na

¹⁰ Formální konstatování, že legitimní očekávání nepůsobí mezi stranami horizontálně, nýbrž jen vertikálně mezi jeho nositelem a soudem, který je povinen při rozhodování legitimnímu očekávání poskytnout ochranu, nic neřeší. Je to totéž, jakoby Ústavní soud konstatoval, že garance vlastnického práva nepůsobí horizontálně mezi vlastníkem a ostatními osobami, ale jen ve vztahu mezi vlastníkem a soudem, který má ochranu jeho vlastnickému právu poskytnout.

základě budoucí kupní smlouvy) vlastníkem stane, a to proti vlastnickému právu nynějšího vlastníka nemovitosti, o jehož vlastnictví ani Ústavní soud nepochyboval. Důsledkem takového řešení může být patová situace, kdy ten, kdo je zapsán v katastru nemovitostí jako skutečný vlastník, své vlastnictví neprosadí proti nevlastníku, který předmět jeho vlastnictví z titulu legitimního očekávání, že se vlastníkem někdy stane, drží, vlastnické právo však sám vydržet nikdy nemůže, neboť tomu brání stav zápisu v katastru nemovitostí a absence dobré víry na jeho straně. Dalším příkladem může být náleží sp. zn. I. ÚS 544/06 z 3. 12. 2007, v němž Ústavní soud přikázal ochránit domnělé vlastnictví peněžité částky, resp. legitimní očekávání na zachování jejího vlastnictví, založené rozhodnutím soudu o dědictví, do jehož aktiv byla tato částka nesprávně zahrnuta, proti jejímu skutečnému vlastníku a oprávněnému dědici, čímž vystavil pochybnostem celou civilistickou koncepci ochrany oprávněného dědice. Do této sporné kategorie použití konceptu legitimního očekávání spadá i náleží sp. zn. I. ÚS 185/04 ze dne 14. 7. 2004 (N 94/34 SbNU 19), jímž Ústavní soud vstoupil do řešení sporu o odměnu sjednanou v pracovní smlouvě. Ústavní soud nesouhlasil s řešením obecných soudů a přikázal respektovat legitimní očekávání stěžovatele, že mu nárok na odměnu vznikl, protože se domníval, že podmínky sjednané ve smlouvě splněny byly. Právě o to, zda smluvní podmínka byla či nebyla splněna, byl však veden celý soudní spor a odůvodnění intervence Ústavního soudu tím, že zaměstnanec měl v případě splnění smluvní podmínky legitimní očekávání, že se mu dostane sjednané odměny, je konstatací samozřejmého a zakrývá skutečný kasační důvod, jímž bylo nepochybně přesvědčení Ústavního soudu, že podmínky smlouvy splněny byly a že stěžovatel měl před obecnými soudy uspět. Je zřejmé, že zapojení „legitimního očekávání“ zde nepředstavovalo žádnou přidanou hodnotu k dosažení spravedlivého řešení soukromoprávního sporu, neboť obě spořicí se strany měly protichůdná očekávání a legitimitu prvního proti druhému konstatoval *ex post facto* až Ústavní soud, a to k jedinému důkazu, jímž byl soudní spis. Přitom ke stejnému, věcně spravedlivému výsledku by bylo lze dospět s využitím standardních metod přezkumu rozhodnutí obecných soudů, např. konstatováním extrémního nesouladu mezi vykonanými skutkovými zjištěními a z nich vyvozenými právními závěry, či poukazem na koncepci ochrany slabšího účastníka pracovněprávního vztahu.

Zapojení konceptu legitimního očekávání do řešení sporů o majetek se kromě toho dostává do kolize s původním kontextem, v němž orgány evropské Úmluvy tento pojem používaly a používají. Z judikatury Evropského soudu pro lidská práva totiž vyplývá, že o legitimním očekávání nerušeného užívání majetku lze hovořit jen tam, kde jde *prima facie* o nesporný hmotný zájem, opírající se o nezpochybňovaný titul.¹¹ Ostatně v kontextu ochrany vlastnictví hmotných statků Evropský soud pro lidská práva zdůrazňuje, že ochrana čl. 1 Dodatkového protokolu dopadá na existující majetek a negarantuje právo na nabytí majetku či úspěch ve sporu o majetek.¹² I Ústavní soud v řadě usnesení v restitučních věcech tyto závěry citoval a též z náleží judikatury vyplývá, že ústavně chráněny jsou nároky (pohledávky) *prima facie* nesporné, vymahatelné, rozumně podložené.¹³

O co se tedy podle judikatury Ústavního soudu může hmotný majetkový nárok, na jehož realizaci má jeho nositel legitimní očekávání, opírat?

¹¹ Srov. např. Pine Valley Developments proti Irsku ze dne 29. 11. 1991.

¹² Srov. např. Marckx proti Belgii ze dne 13. 6. 1979.

¹³ Viz např. náleží sp. zn. IV. ÚS 1133/07 z 20. prosince 2007. Z tohoto náleží, resp. ze zde citovaného usnesení Ústavního soudu též vyplývá, že legitimní očekávání nelze hledat ve sporu účastníků o určení vlastnického práva, resp. o odstranění duplicitního zápisu v katastru nemovitostí.

Nepochybně kvalitu nesporné, rozumně podložené a vymahatelné pohledávky má pohledávka (nárok) přiznaná individuálním právním aktem. Legitimní očekávání lze vedle toho opírat přímo o zákon (např. očekávání, že se trvalí uživatelé pozemků stanou po splnění podmínek a uplynutí lhůty vlastníky pozemků – viz citovaný náleží Pl. ÚS 2/02 – nebo očekávání, že se soudcům dostane tzv. dalšího platu soudců – viz např. odlišné stanovisko soudce Stanislava Balíka k nálezům Pl. ÚS 9/05 a Pl. ÚS 43/04 ze dne 14. 7. 2005). Legitimní očekávání lze dále podepřít sérií nálezů Ústavního soudu (např. očekávání, že se osobám splňujícím podmínky dostane vyrovnávacího příspěvku ke slovenskému důchodu – viz např. náleží sp. zn. II. ÚS 156/06 ze dne 6. března 2008), případně sérii nálezů Ústavního soudu ve spojení s ustanovením zákona (např. očekávání církví a náboženských společností, že jim bude restituován majetek, založené existencí blokačních paragrafů v tzv. restitučních předpisech a podpořené několika nálezů Ústavního soudu, které takové legitimní očekávání konstatovaly – viz např. náleží sp. zn. II. ÚS 528/02 z 2. února 2005, stanovisko pléna Pl. ÚS-st. 22/05 z 1. listopadu 2005). Legitimní očekávání se může opírat o zavedenou aplikační praxi (např. zmíněná série nálezů ve věci tzv. francouzských pojištěnců nebo série nálezů ve věci odměn ustanovených obhájců a jejich prekluze, při absenci jasných přechodných ustanovení). Tady už se ale dostáváme na pole jiných druhů legitimního očekávání, jak o tom bylo hovořeno výše.

V kontextu tvrzení, že legitimní očekávání je samostatné základní právo, se mohou objevit další výkladové problémy. Např., jde-li o majetkové právo, stíhají ho obecné atributy majetkového práva? Promlčuje se? Pokud ano, pak odkdy? Anebo se nepromlčuje stejně jako vlastnické právo, od něhož je odvozováno? Náleží Ústavního soudu dosud jednoznačnou odpověď nedávají. Např. stanovisko Pl. ÚS-st 21/05 z 1. listopadu 2005 hovoří o tom, že legitimní očekávání na obnovení vlastnického práva osoba pozbude „po uplynutí mnoha desetiletí“, tedy něco jako mimořádné vydržení vlastnictví proti nositeli legitimního očekávání, že se jeho někdejší vlastnictví obnoví. Sporné je nepochybně, zda, od kdy a za jak dlouho se začne promlčovat legitimní očekávání církví a náboženských společností na restituci jejich majetku, jestliže navíc Ústavní soud v jiném výše citovaném nálezů potvrzuje, že v případě ústavní garance ochrany majetku musí jít o pohledávku nespornou, a zde se předpokládá přijetí komplexní právní úpravy definující podmínky restituce. Nebo měl Ústavní soud v těchto rozhodnutích na mysli legitimní očekávání jiného typu?

6. ZÁVĚR

Lze v tuto chvíli pracovně uzavřít, že koncept legitimního očekávání v judikatuře Ústavního soudu si zasluhuje hlubší zkoumání, a vyslovit předpoklad, že zatímco v kontextu ochrany majetku by měl tento koncept ustupovat do pozadí (případně se omezit jen na otázku, zda je příslušná ústavněprávní garance ochrany majetku aplikovatelná, přičemž v dalších krocích by již měl být test ústavnosti shodný pro všechny druhy majetku), ve smyslu ochrany legitimního očekávání vyvolaného akty orgánů veřejné moci má před sebou tento koncept slibnější budoucnost, avšak za předpokladu pečlivého vážení právních následků, které prosazování tohoto konceptu pro legalitu výkonu veřejné správy může mít.

Literatura:

- Craig: Substantive Legitimate Expectations After Coughlan, P. L. 2000, Win, 684-701
- Hendrych D. a kol.: Správní právo – obecná část. 6. vydání, C. H. Beck Praha, 2006, str. 798.

Kontaktní údaje na autora – email:
langasek@usoud.cz

ROLE ÚSTAVNÍHO SOUDU PŘI OCHRANĚ VLASTNICKÉHO PRÁVA

ONDŘEJ MORAVEC

Advokátní kancelář Hartmann, Jelínek, Fráňa a partneři, Česká republika

Abstrakt v rodném jazyce

Příspěvek je případovou studií analyzující věnovanou nálezu Ústavního soudu Pl. ÚS 78/06 ze dne 16. 10. 2007 a souvisejícím rozhodnutím Nejvyššího soudu. Jejich předmětem je otázka následků odstoupení od kupní smlouvy v případech, kdy kupující v mezidobí převedl vlastnické právo na další osobu. Pozornost je věnovaná především dělbě kompetencí mezi Ústavní soud a soudy obecné. Z tohoto úhlu pohledu je posuzována též otázka závaznosti nosných důvodů rozhodnutí Ústavního soudu.

Klíčová slova v rodném jazyce

Kontrola ústavnosti, ústavní stížnost, ústavní soud.

Abstract

The contribution is the case study focused on the judgement of the Constitutional Court Pl. ÚS 78/06 from 16th October 2007 and related decisions of the Supreme Court. Consequences of withdrawal of contract when buyer has transferred right of ownership to the third party are subject of above mentioned judgements. Attention is paid particularly to division of powers between the Constitutional court and ordinary courts. The theme of bindingness of rationes decidendi of Constitutional courts' decisions is examined from this point of view as well.

Key words

Judicial review, constitutional complaint, constitutional court.

1. ÚVOD

Ve svém příspěvku bych se rád zaměřil na procesní stránku ochrany vlastnického práva, konkrétněji pak na dělbu kompetencí mezi Ústavním soudem a obecnou justicí. Hledání hranice mezi specifickým ústavním právem a právem tzv. obyčejným představuje dlouhodobý problém nejen ústavního soudnictví, ale též soukromého práva. Jakýkoli majetkový spor je totiž možné vnímat v ústavní rovině pohledem základního práva vlastnit majetek, každý majetkový spor tak teoreticky může skončit před Ústavním soudem. Ústavní soud je vystaven snahám účastníků řízení před obecnými soudy domoci se změny nepříznivého (často objektivně vadného) rozhodnutí pokusit případná pochybení napravovat a suplovat úlohu Nejvyššího soudu, jehož úkolem je rozhodovat většinu soukromoprávních sporů v poslední instanci a sjednocovat tak judikaturu obecných soudů. Je zřejmé, že ne každý případ nesprávné aplikace obyčejného práva musí vést k porušení čl. 11 Listiny, stejně jako by bylo nepřipadné tvrdit, že majetkové spory se mohou před Ústavní soud dostat pouze prostřednictvím ochrany procesních práv a že k ústavní konformitě závěru obecných soudů postačí, existuje-li zákonný podklad v obecné rovině, přičemž hodnocení, zda zákonné předpoklady byly v konkrétním případě splněny, náleží obecným soudům. E. Wagnerová v této souvislosti trefně poznamenává, že hodnotové pojetí základních práv a jejich prozařování do práva obyčejného v mnohém změnila dogmatiku všech právních odvětví,

zejména odvětví civilistických. Neshody mezi obecnými a ústavními soudy jsou průvodními jevy této změny.¹ Velkým úkolem Ústavního soudu je udržet odůvodnění svých nálezů v ústavněprávní rovině a v souladu s neustále opakovanou větou, že jeho úkolem není hodnotit věcnou správnost rozhodnutí obecných soudů.

Nutno předeslat, že tento úkol se ne vždy daří plnit. Ze soukromoprávních exkurzí z posledních led uveďme namátkou alespoň tři případy:

Ve stanovisku Pl. ÚS st 21/05 ze dne 1.11.2005² Ústavní soud obsáhle analyzuje institut určovací žaloby a následně formuluje závěr,³ že „*tvrzením vlastnického práva... v případě absence legitimního očekávání není naplněna preventivní funkce žaloby dle § 80 písm. c) občanského soudního řádu, a tedy není dána naléhavost právního zájmu na jejím podání.*“⁴ V nálezu I. ÚS 383/05 z 10.10.2007 se setkáme s polemikou senátní většiny a disentující soudkyně na téma věcné legitimace ve sporech z bezdůvodného obohacení.⁵ Zřejmě nejsledovanějším (a nejilustrativnějším) případem je plenární nález Pl. ÚS 78/06 ze dne 16.10.2007, němž se Ústavní soud⁶ zabýval následky odstoupení prodávajícího od kupní smlouvy v případě, kdy kupující v mezidobí převedl vlastnické právo na třetí osobu. Návrh na zrušení ust. § 48 odst. 2 občanského zákoníku Ústavní soud zamítl, přistoupil však vydání interpretativního výroku v tomto znění:

„Odstoupení od smlouvy podle § 48 odst. 2 občanského zákoníku se – není-li právním předpisem nebo účastníky dohodnuto jinak – smlouva od počátku ruší, avšak pouze s účinky mezi jejími účastníky. Vlastnické právo dalších nabyvatelů, pokud své vlastnické právo nabyli, v dobré víře, než došlo k odstoupení od smlouvy, požívá ochrany v souladu s čl. 11 Listiny základních práv a svobod a s ústavními principy právní jistoty a ochrany nabytých práv vyvěrajícími z pojmu demokratického právního státu ve smyslu čl. 1 odst. 1 Ústavy, a nezaniká.“

Není samozřejmě možné vést mezi právem ústavním (které jediné je doménou Ústavního soudu) a právem tzv. obyčejným ostrou dělicí linií, stejně zřejmé se však zdá být, že Ústavní soud nemá natolik volné ruce, aby dle vlastní ad hoc úvahy hodnotil, zda tu kterou otázku je možné považovat za otázku ústavního rozměru. Současná situace se však bohužel takto jeví. Obligátní odmítací formulka vytykající neúspěšnému stěžovateli, že pominul zvláštní charakter institutu ústavní stížnosti, která není obyčejným opravným prostředkem, a nepozvedl svou argumentaci na ústavní úroveň vyznívá dosti nevěrohodně, když v dalších víceméně obdobných případech (např. výše uvedených) přistoupí k meritornímu přezkumu, aniž uvede, v čem konkrétně je ústavní dimenze spatřována. Doktríny, které pro takové

¹ Wagnerová, E.: Přetrvávající tendence z minulosti v činnosti soudů a obtížnost jejich odstraňování, in: Šimíček, V. (ed.): Role Nejvyšších soudů v evropských ústavních systémech – čas pro změnu?, Masarykova univerzita, Brno, 2007, s. 63.

² Publikováno pod č. 477/2005 Sb.

³ V tomto případě šlo o stanovisko pléna iniciované postupem podle ust. § 23 zákona o Ústavním soudu.

⁴ Již v tuto chvíli je třeba uvést, že ke stanovisku je připojen disent soudkyně Wagnerové, která většinou mimo jiné vytýká, že úvahy k povaze určovací žaloby jsou výkladem jednoduchého práva a jako takové náležejí obecným soudům.

⁵ K tomuto problému podrobně srov. Malenovský, R: K jednomu aspektu bezdůvodného obohacení v případě neplatné či zrušené smlouvy dle § 457 ObčZ, Právní rozhledy, roč. 2007, č. 21, s. 780 an.

⁶ V tomto případě šlo o řízení vyvolané Nejvyšším soudem podle čl. 95 odst. Ústavy.

případy vyvinul Spolkový Ústavní soud si jeho český protějšek neosvojil⁷ a nevypracoval ani žádný vlastní algoritmus, který by účastníkům řízení před obecnými soudy napověděl, nakolik jsou vyhlídky na úspěch jejich ústavní stížnosti nadějně. Druhý problém, který nejasněné kompetence Ústavního soudu ve vztahu k obecné justici vyvolávají, souvisí s precedentní závazností judikatury Ústavního soudu. Ústavní soud totiž dal přibližně před rokem obecným soudům dvakrát najevo, že napříště hodlá respektování své judikatury (a to nejen vzešlé z obecné kontroly norem, nýbrž i z řízení o ústavních stížnostech) obecnými soudy vynucovat a opačná rozhodnutí obecných soudů rušit s odkazem na čl. 89 Ústavy.⁸ Tuto snahu lze jednoznačně uvítat,⁹ jedním dechem je však třeba dodat ono příslovečné B, totiž, že nezbytnou podmínkou akceptace naznačeného postupu Ústavního soudu, je to, že sám Ústavní soud se bude pohybovat v rámci svých kompetencí. Existuje tedy dost dobrých důvodů pro to, abychom se dělbu kompetencí mezi Ústavním soudem a obecnou justicí podrobněji zabývali.

2. ÚSTAVNÍ SOUD V ÚSTAVNÍM SYSTÉMU

Základní východisko pro všechny další úvahy nalezneme v čl. 83 Ústavy, dle něhož je Ústavní soud soudním orgánem ochrany ústavnosti. Za prvotní kompetenci ústavních soudů bývá považována kontrola norem, ať už se jedná o kontrolu preventivní či následnou, konkrétní či abstraktní.¹⁰ Pouze některé z ústavních soudů jsou vedle této kompetence vybaveny též pravomocí chránit subjektivní základní práva v řízení o ústavních stížnostech.¹¹ Tyto systémy v sobě mají podle všeho již zakódovanou naznačenou dvoukolejnost obecného a ústavního soudnictví. Oproti ostatním modelům kontroly ústavnosti musejí vymezit kompetence Ústavního soudu nejen ve vztahu k moci zákonodárné, ale též ve vztahu k obecným soudům,¹² a musejí vytvořit vhodné komunikační kanál mezi Ústavním soudem a vrcholnými soudy obecné justice.

V Ústavním systému České republiky je tímto kanálem především čl. 95 Ústavy,¹³ který obecné soudy zavazuje zákony a brání jim, aby samy posoudily ústavnost obyčejného zákona a případně jej vyloučily z aplikace, jak je běžné v modelech difuzní kontroly ústavnosti. Čl. 95 odst. 2 Ústavy tedy nelze redukovat toliko na založení aktivní legitimity obecných soudů v řízení o kontrole norem, nýbrž sehrává svou roli i při ochraně základních práv, neboť obecné soudy zapojuje do jejich ochrany a jednotlivec tak není nucen (alespoň teoreticky) projít všemi instancemi obecné justice, než bude Ústavní soud konečně moci vyslovit

⁷ Jedná se především o tzv. Heckovu a Schumanovu formuli. Zatímco s Heckovou formulí Ústavní soud v modifikované podobě někdy (nikoli však pravidelně), Schumanova formule se v judikatuře Ústavního soudu prakticky nevyskytuje. Filip, J., Holländer, P., Šimíček, V.: Zákon o Ústavním soudu – komentář, 2. vydání, C.H. Beck, Praha, 2007, s. 242.

⁸ Nález Ústavního soudu IV. ÚS 301/05 známý pod označení *Slovenské důchody*.

⁹ Srov. diskuse na serveru Jiné právo, zejm. Šimíček, V.: Cesta k větší závaznosti rozhodnutí Ústavního soudu: jednotná judikatura namísto algoritmu a diskusní příspěvek T. Langáška, srov. <http://jinepravo.blogspot.com/2007/12/cesta-k-vt-zvaznosti-rozhodnut-stavnho.html>, návštěva 29.10.2008

¹⁰ Srov. Wagnerová, E.: Ústavní soudnictví, Linde, Praha, 1996, s. 18 an.

¹¹ Takové systémy (vedle ČR, též SRN či Španělsko) označuje E. Wagnerová jako plně rozvinuté, tamtéž, s. 54.

¹² K této otázce srov. zejména Blahož, J.: Soudní kontrola ústavnosti, ASPI, Praha, 2001, s. 426 an.

¹³ K analýze tohoto ustanovení Ústavy srov. Šimíček, V.: Článek 95 Ústavy ČR jako prostor pro přímou aplikaci ústavních norem, In: Šimíček, V., Hloušek, V.: Dělbá soudní moci v České republice, Masarykova univerzita, Brno, 2004, s. 166 an.

protiústavnost aplikovaného zákona.¹⁴ Tento rozměr čl. 95 Ústavy (oproti prostému založení aktivní legitimace pro podání návrhu na zrušení protiústavního právního předpisu) akcentují případy, kdy obecné soudy podávají návrh na vyslovení protiústavnosti normy, která byla v mezidobí zákonodárcem zrušena. Obdobnou funkci jako čl. 95 Ústavy plní též § 78 zákona o Ústavním soudu, podle něhož senát Ústavního soudu přeruší řízení o ústavní stížnosti a podá plénu návrh na zrušení právního předpisu, dospěje-li k závěru, že příčinou porušení základního práva byl protiústavní zákon. Komunikační most mezi ústavní a obecnou justicí doplňuje usnesení pléna Ústavního soudu, jímž si plénum atahovalo rozhodování o ústavních stížnostech podaných proti rozhodnutím velkých, resp. rozšířených senátů.¹⁵

Tou nejširší branou, jíž Ústavní soud vchází na pole obecné justice, však zůstává institut ústavní stížnosti. Ústavní soud sice vytrvale opakuje, že ústavní stížnost nelze považovat za řádný opravný prostředek a běžnou součást instančního postupu, doposud však nevytvořil algoritmus, podle něhož by důsledně postupoval a hodnotil, zda ten který majetkový spor dosáhl ústavní roviny. Nezbyvá proto, než pro začátek vyjít z poznatků právní teorie. Ústavní stížnost bývá někdy považována za žalobu určovacího typu.¹⁶ Jiní autoři upozorňují na odlišný předmět řízení o ústavní stížnosti, jímž je (na rozdíl od předcházejícího řízení před obecnými soudy) základní právo, které mělo být porušeno.¹⁷

Projevem výše uvedeného je skutečnost, že Ústavní soud v první řadě konstatuje, že v řízení před obecnými soudy došlo k porušení ústavně zaručeného základního práva. Kasace napadeného rozhodnutí je nevyhnutelným následkem této vady. V některých případech Ústavní soud porušení základního práva konstatuje přímo ve výroku, jindy se výrok omezuje toliko na zrušení napadeného rozhodnutí, zatímco porušení základního práva je vysloveno v odůvodnění. Praktický dopad různého postupu jednotlivých senátů je nepatrný.

Ústavní soud totiž razí názor, že jeho nálezy mají precedenční význam pro obecné soudy, ať už jde o plenární nálezy ve věcech kontroly norem, tak senátní (ale pochopitelně i plenární) nálezy vydané v řízeních o ústavních stížnostech. Debata na téma závaznost odůvodnění nálezů Ústavního soudu se zdá být stále živá, stejně jako usilovné hledání oněch nosných důvodů, které *nepochybně závazné jsou*. Jako příspěvek do této diskuse lze chápat i stále častější praxi Ústavního soudu ve vydávání tzv. aditivních a zejména interpretativních výroků. Takový postup není zdaleka nesporný. Ústava ani zákon o Ústavním soudu totiž takovou pravomoc Ústavnímu soudu výslovně nesměřuje, Ústavní soud není oprávněn formulovat ani formálně závaznou interpretaci ústavy. Oporou se Ústavnímu soudu stal především čl. 83 Ústavy doplněný o Ústavním soudem pocitovanou potřebu zdůraznit svůj právní názor, který z výroku *návrh se zamítá* není možné vyčíst. Institut interpretativního výroku lze chápat jako reakci Ústavního soudu na občasné zpochybňování teze závaznosti odůvodnění nálezů. Pokud však akceptujeme tezi o závaznosti nosných důvodů všech nálezů Ústavního soudu, docházíme nevyhnutelně k závěru, že existuje zcela zanedbatelný rozdíl mezi tím, zda Ústavní soud svůj názor pojme do interpretativního výroku nebo zda zůstane vyjádřen toliko v odůvodnění.

¹⁴ Obecné soudy tuto kompetenci zejména zpočátku využívaly velice sporadicky (srov. Wagnerová, E. dílo cit. sub 10, s. 63).

¹⁵ Publikováno pod č. 446/2006 Sb.

¹⁶ Klíma, K.: Ústavní rozměr tvorby práva Ústavními soudy, In: Hranice přezkumu rozhodnutí obecných soudů ústavním soudem v řízení o ústavní stížnosti, Linde, Praha, 2005, s. 56.

¹⁷ Langášek, T.: in Wagnerová, E. a kol.: Zákon o Ústavním soudu s komentářem, ASPI, Praha, 2007.

V obou případech je dopad právního názoru Ústavního soudu podobný. Obecné soudy jsou povinny tento názor reflektovat, což neznamená mechanicky jej následovat, nýbrž povinnost se s ním kriticky vypořádat a v případě odlišného názoru své rozhodnutí náležitě zdůvodnit.¹⁸ Pokud se Ústavní soud s takovým odlišným názorem neztotožní, jsou obecné soudy povinny potvrzený názor Ústavního soudu akceptovat a aplikovat jej ve vlastní rozhodovací praxi.¹⁹ Citovaný nálezný tak doplňuje výše popsaný komunikační kanál mezi obecnou a ústavní justicí. Jeho vytvoření sice lze obecně rovině uvítat, na straně druhé však nelze nevidět jeho důsledky. Pokud se totiž Nejvyšší soud (resp. Nejvyšší správní soud) po zrušení svého rozhodnutí Ústavním soudem nesmíří s odlišným názorem Ústavního soudu, nabízí se předložení věci velkému (resp. rozšířenému) senátu, přičemž o stížnosti proti rozhodnutí takového senátu již bude rozhodovat plénum Ústavního soudu. Vytváří se tak institut jakéhosi odvolání proti názoru senátu Ústavního soudu. Takový postup sice může v některých případech být prospěšný, zároveň však vyvolává další problémy. Na některé z nich se pokusíme upozornit.

3. NÁLEZ ÚSTAVNÍHO SOUDU PL. ÚS 78/06 A JEHO REFLEXE

Podkladem pro naše další úvahy bude již jednou zmíněný případ právních následků odstoupení od kupní smlouvy. Startovacím bodem je rozsudek velkého senátu občanskoprávního kolegia Nejvyššího soudu sp. zn. 31 Cdo 2808/2004 ze dne 14.6.2006.²⁰ založený na stanovisku občanskoprávního kolegia sp. zn. Cpjn 201/2005.²¹ V tomto rozhodnutí se Nejvyšší soud odklonil od své předešlé praxe a zaujal stanovisko, že odstoupením od smlouvy o převodu vlastnictví nemovitosti zaniká právní titul, na jehož základě kupující nabytí vlastnické právo. Odstoupením od smlouvy se proto obnovuje vlastnické právo prodávajícího a to i tehdy, když ještě před odstoupením od smlouvy kupující své vlastnické právo převedl na třetí osobu; ta odstoupením od smlouvy o své vlastnické právo přichází, resp. se skutečným vlastníkem nikdy nestala, neboť ani kupující se v důsledku odstoupení od smlouvy prodávajícím nikdy nestal vlastníkem. Vnucující se námitku ochrany dobré víry poctivého nabyvatele Nejvyšší soud odmítl poukazem, že „ochrana dobré víry v českém právním řádu neplatí obecně, ale jen v případech stanovených zákonem.“ Rozhodnutí bylo záhy podrobena kritice v odborné literatuře.²² Není naší ambicí vyjadřovat se k tomuto problému civilistiky meritorně, zajímat nás však bude způsob, jakým na toto rozhodnutí Nejvyššího soudu zareagoval Ústavní soud a v dalším sledu pak opět sám Nejvyšší soud.

Přehlasovaný senát Nejvyššího soudu totiž posléze v jiné věci konstatoval, že je vázán právním názorem velkého senátu, který však nepovažuje za ústavně konformní (implicitně na rozdíl od názoru vlastního), a proto mu nezbyvá, než přerušit řízení a předložit Ústavnímu soudu návrh na zrušení ust. § 48 odst. 2 občanského zákoníku. Již sám tento postup vzbuzuje značné rozpaky, neboť sám předkládající soud byl přesvědčen o tom, že napadené ustanovení lze interpretovat ústavně konformně. Vázanost senátu právním názorem velkého senátu tak byla upřednostněna před imperativem ústavně konformní interpretace obyčejného práva.

¹⁸ Srov. nálezný Ústavního soudu sp. zn. IV. ÚS 301/05.

¹⁹ Tamtéž.

²⁰ Publikováno in: Právní rozhledy roč. 2006, č. 18, s. 681

²¹ Uveřejněno jako R 40/2006 Sbírký soudních rozhodnutí a stanovisek.

²² Srov. Spáčil, J.: Odstoupení od smlouvy a vlastnické právo třetí osoby: opět polojasno? Právní rozhledy, roč. 2008, č. 9, s. 329 a literatura tam uvedená.

Ústavní soud návrh logicky zamítl, ve svém nálezu se však výslovně přiklonil k právnímu názoru navrhovatele a zformuloval již jednou citovaný interpretativní výrok.²³ V odůvodnění Ústavní soud nejprve odkázal na římskou tradici a soukromoprávní aspekty případu. Jen tak mimochodem připojil větu, která může zásadním způsobem snížit předvídatelnost práva v této oblasti a kterou mohl způsobit velký zmatek, aniž o tom snad sám věděl. Ústavní soud totiž uvádí: „Výše předestřené úvahy jsou podporovány rovněž skutečností, že při odstoupení od smlouvy musí prodávající tomuto jednání přizpůsobit též způsob ochrany svých práv. Příslušný nárok založený ustanovením § 457 občanského zákoníku je nárokem toliko obligacním, nikoli věcným. Z tohoto důvodu tak nemůže být postupováno dle § 126 občanského zákoníku a použito žaloby vlastnické, nýbrž žaloby na plnění.“²⁴ Dosavadní praxe byla doposud opačná. Pokud by se Ústavní soud rozhodl tento svůj názor vynuocovat, mohlo by to mít zničující následky. Z odůvodnění se vůbec nedozvíme, co Ústavní soud k této větě vedlo, v čem konkrétně spočívá ústavní rovina tohoto problému a proč ji vůbec do textu nálezu zahrnul. Bagatelizující námitky, že jde zjevně o obiter dictum bez normativní relevance mohou být pravdivé, nejsou však namístě, neboť se lze jen těžko smířit s představou, že vše, co jde nad rámec nosných důvodů, Ústavní soud vyjádřil jen pro zajímavost.²⁵ Až po tomto expoze Ústavní soud přikročil k ústavněprávní argumentaci, i nadále však řešil konflikt interpretačních alternativ A a B, přičemž se závěrem přiklonil k jedné z nich. Dodejme, že v odůvodnění zamítavého rozhodnutí Ústavní soud uvedl, že je na obecných soudech, aby zákonnou normu naplnily ústavně konformním obsahem.

Zásadní otázka však zní: „Čeho Ústavní soud svým rozhodnutím dosáhl? Jaký právní stav nastolil?“ Je zcela nepochybné, že sporné ust. § 48 odst. 2 občanského zákoníku zůstalo v nezměněné podobě součástí právního řádu. Ústavní soud dále konstatoval, že interpretační varianta formulovaná velkým senátem Nejvyššího soudu není ústavně konformní a přímo do interpretativního výroku pojal interpretaci vlastní. Právní stav se však ve skutečnosti nezměnil, snad vyjma toho, že Ústavní soud označil názor velkého senátu za protiústavní a potvrdil tak názor předkládajícího senátu. S rozhodnutím velkého senátu tak bylo vlastně nakládáno podobným způsobem jako se zákonem, který je obecným soudem považován za protiústavní, ovšem s tím rozdílem, že formálně bylo navrženo odstranění interpretované právní normy, nikoli protiústavní interpretace samotné. Toho dosaženo nebylo, přesto se navrhovatel zdál být uspokojen, neboť mu Ústavní soud dal (zdánlivě?) za pravdu.²⁶ Ústavní soud se tak dostal do pozice autoritativního interpreta v obecné rovině bez vazby na konkrétní případ, dokonce šlo o roli interpreta zákona, nikoli Ústavy. Je evidentní, že tato úloha Ústavnímu soudu obecně nepřísluší.

Předkládající senát Nejvyššího soudu v následujícím řízení opět předložil věc k rozhodnutí velkému senátu, neboť jeho rozhodnutí zůstalo nálezem Ústavního soudu nedotčeno,²⁷ zřejmě v očekávání, že velký senát svůj názor přehodnotí ve prospěch druhé výkladové alternativy, která jediná se zdála být ve hře. Velký senát však učinil cimrmanovský úkrok stranou a pokusil se o co možná největší průnik svého předešlého rozhodnutí s nálezem Ústavního

²³ Nález Ústavního soudu Pl. ÚS 78/06 ze dne 16.10.2007.

²⁴ Odst. 18 cit. nálezu.

²⁵ K tomu srov. debatu na serveru Jiné právo: <http://jinepravo.blogspot.com/2008/03/temporln-psoben-prva-es-ad-absurdum.html>, návštěva dne 29.10.2008.

²⁶ Srov. Spáčil, J.: cit. dílo.

²⁷ Poznamenejme, že Nejvyšší správní soud postupuje jinak a následuje nález Ústavního soudu bez dalšího rozhodování rozšířeného senátu.

soudu.²⁸ Konstatoval, že, vázán nálezem Ústavního soudu,²⁹ akceptuje požadavek chránit dobrou víru kupujícího (tj. osoby, která věc nabyla od osoby, vůči níž prodávající odstoupil od smlouvy), jehož vlastnické právo nabyté v dobré víře musí zůstat zachováno. Předmětem pozornosti Nejvyššího soudu se tak stala otázka, zda kupující byl v dobré víře. Nejvyšší soud interpretoval nález pléna Ústavního soudu v tom smyslu, že nabyvatel je v dobré víře, „...*jestliže v době uzavření kupní smlouvy č. 2 byl se zřetelem ke všem okolnostem věci v dobré víře o tom, že zde není důvod, pro který by některá ze smluvních stran kupní smlouvy č. 1 účinně odstoupit,*“ a dodal, že je na něm, aby svou dobrou víru prokázal. Proti tomuto rozhodnutí v odborném tisku ostře vystoupil J. Spáčil s argumentem, že většina vytrhla výrok nálezu Ústavního soudu z kontextu jeho odůvodnění a že se Ústavní soud jednoznačně přiklonil k variantě zastávané menšinou velkého senátu občanskoprávního kolegia Nejvyššího soudu.³⁰

S tímto názorem založeným na tezi *větší bere* se nemohu ztotožnit. Pokud bychom vycházeli pouze z interpretativního výroku, těžko bychom došli k obecně přijatelným závěrům. Ústavní soud bychom totiž, stejně jako velký senát Nejvyššího soudu, pasovali do role jakéhosi sekundárního normotvůrce.³¹ Interpretativní výrok a právní názor velkého senátu by se staly pro obecné soudy obecně závaznými s tím, že, zřejmě analogickou aplikací metody *lex superior derogat legi inferiori* (tedy větší bere) by velký senát byl nucen sám (Ústavní soud nikdy nezašel tak daleko, aby zrušil právní názor vyjádřený v rozhodnutí velkého, resp. rozšířeného, senátu) přehodnotit. Nález Ústavního soudu dle mého názoru není možné číst jako pokyn Nejvyššímu soudu, aby akceptoval stanovisko menšiny velkého senátu, neboť to mj. vůbec nebylo v kompetenci Ústavního soudu. Jádrem problému, a tím se dostáváme zpět na obecnou rovinu, je podle mého názoru třeba hledat v předmětu řízení před Ústavním soudem, resp. ve způsobu, jakým Ústavní soud odůvodnil svůj nález.

Ústavní soud se dle mého názoru nedostatečně oprostil od předmětu sporu v řízení před obecnými soudy a neodolal pokušení vyjádřit se k řešené otázce nejen z pohledu ústavnosti, ale též pohledem civilistiky. Ústavní soud problém pojal rovněž jako spor mezi dvěma nabízejícími se řešeními a také svůj interpretativní výrok formuloval pozitivně.³² Následující postup velkého senátu Nejvyššího soudu je třeba považovat za legitimní. Nejvyšší soud totiž sdělení Ústavního soudu dekódoval a přijal tak, že Ústavní soud spatřoval protiústavnost té části předcházející argumentace Nejvyššího soudu, v níž Nejvyšší soud konstatoval apriorní irelevantnost dobré víry nabyvatele. Za nadbytečný a poněkud zavádějící však lze považovat

²⁸ Rozsudek Nejvyššího soudu ze dne 30.1.2008, sp. zn. 3177/2005, cit. podle Právní rozhledy, roč 2008, č. 9, s. 339.

²⁹ Za pozornost stojí i použitá formulace odůvodnění: Nejvyšší soud totiž uvádí, že jeho předešlý právní názor bylo *pro tuto věc závazně korigován nálezem pléna Ústavního soudu* (důraz O.M.), takže můžeme usuzovat, že pokud by se jednalo o věc jinou, velký senát Nejvyššího soudu by se patrně názorem Ústavního soudu necítil být vázán. Přestože se pohybujeme v hypotetické rovině, považuji za nezbytné uvést, že takový přístup je podle mého názoru neudržitelný, neboť odporuje čl. 89 Ústavy, srov. již citovaný nález IV. ÚS 301/05.

³⁰ Srov. Spáčil, J.: cit. dílo, s. 330.

³¹ Srov. další Spáčilovy úvahy na téma interpretace rozhodnutí Nejvyššího soudu a Ústavního soudu obecnými soudy, když uvádí, že velký senát Nejvyššího soudu interpretoval nález Ústavního soudu a obecné soudy jsou povinny aplikovat rozhodnutí velkého senátu, ovšem ve smyslu nálezu Ústavního soudu, Spáčil, J.: cit. dílo, s. 332. Domnívám se však, že aplikace a interpretace právní normy se od argumentace judikaturou kvalitativně liší.

³² Stejně jako v případě charakteru určovací žaloby, kde však nešlo o interpretativní výrok, nýbrž o stanovisko pléna vydané podle § 23 zákona o Ústavním soudě, viz výše.

tvrzení Nejvyššího soudu, že závěr Nejvyššího soudu představuje interpretaci nálezu Ústavního soudu.

To, že proces dekódování sdělení Ústavního soudu nebyl svévolný, dokládá i další, tentokrát senátní, nálezy Ústavního soudu v obdobné věci, v níž Ústavní soud výslovně uvádí, že nepředjímá výsledek řízení před obecnými soudy, neboť bude stěžejní, zda bude prokázána dobrá víra nabyvatelů.³³ Je skutečností, že Nejvyšší soud naplnil pojem dobrá víra způsobem, který nabyvatele staví do velice obtížné pozice.³⁴ Můžeme očekávat, že Ústavní soud dostane možnost, aby se k postupu Nejvyššího soudu autoritativně vyjádřil. Těžko však Nejvyšší soud v tomto případě kritizovat za nerespektování judikatury Ústavního soudu.

J. Spáčil ve své polemice uvádí, že závěr Nejvyššího soudu je příliš paušalizující a dodává, že je rozdíl, zda je odstoupeno od smlouvy z důvodu jinak právně morálně indiferentního (jako příklad Spáčil nabízí smluvní ujednání, dle něhož prodávající je oprávněn odstoupit od kupní smlouvy, kterou převádí vlastnické právo ke knize, pokud se mu nepodaří opatřit si ve sjednané době vlastní exemplář), nebo, zda jde o důsledek porušení povinnosti (typicky prodlení se zaplacením kupní ceny). Nálezem Ústavního soudu pak argumentuje ve prospěch názoru, že sama vědomost nabyvatele o tom, že jeden z předešlých vlastníků je oprávněn odstoupit od kupní smlouvy s (možnými) důsledky proti další převody, nezakládá jeho nedobrou víru. Taková úvaha však v nálezu Ústavního soudu hledá něco, co tam být nemůže nebo spíše nemá.

To, zda odstoupení od smlouvy budou přiznány účinky věcněprávní nebo toliko obligační závisí na rozhodnutí zákonodárce a na obecné justici v čele s Nejvyšším soudem. V tom, že se uvedené instituce přikloní na tu či onu stranu těžko spatřovat protiústavnost. Zároveň je však zřejmé, že obecně přijatelné řešení může v konkrétní situaci vést k protiústavním důsledkům. Je na obecných soudech, aby vznik těchto situací eliminovaly. V žádném případě se nelze spokojit se závěrem, že z judikatury Nejvyššího soudu jednoznačně vyplývá, že odstoupení od smlouvy má věcněprávní / obligační důsledky, a proto je a priori vyloučen zásah do základního práva vlastnit majetek.

V případech, kdy obecné soudy v této roli selžou, aktivuje se role Ústavního soudu. Institut interpretativního výroku lze v zásadě přivítat jako vhodný způsob zdůraznění nosných důvodů nálezu, a to nejen v řízení o kontrole norem, ale i v řízení o ústavních stížnostech. Zejména v případě zamítavých nálezů je však třeba pečlivě vážit, nakolik je vydání interpretativního výroku vhodné. Ústavní soud by se podle mého názoru neměl nechat vmanévrovat do role autoritativního interpreta v obecné rovině bez vazby na konstatování protiústavnosti konkrétního rozhodnutí či právního předpisu, tím méně pak do role interpreta obvyčejného práva. V takovém případě již zbývá pouze nepatrný krůček k tomu, aby se Ústavní soud dostal na půdu sjednotitele judikatury obecných soudů, který mu nepřísluší.

Zvýšenou pozornost je třeba věnovat též formulaci interpretativního výroku. Domnívám se, že i v těchto případech lze vyjít z pojetí Ústavního soudu jako negativního normotvůrce. V řízení o kontrole norem se tato funkce projevuje pravomocí zrušit právní normu. V řízení o ústavních stížnostech (analogicky též v případě konkrétní kontroly ústavnosti), kdy je předmětem řízení základní právo, srozumitelnost nálezů Ústavního soudu posiluje, když

³³ Nález II. ÚS 1747/07 ze dne 29.11.2007.

³⁴ Spáčil, J.: cit. dílo, s. 331.

Ústavní soud uvede nejen to, že rozhodnutím obecných soudů bylo porušeno ústavně zaručené základní právo stěžovatele (např. právo vlastnit majetek), ale též v čem konkrétně (tj. v jaké části argumentaci, příp. i za použití tzv. komplexního argumentu³⁵) považuje názor obecného soudu za protiústavní. Hovoříme-li o precedentním významu nálezů Ústavního soudu, je třeba zdůraznit, že úloha Ústavního soudu spočívá v diskvalifikaci protiústavních interpretačních alternativ. Z imperativu ústavně konformní interpretace a závaznosti nálezů Ústavního soudu lze dovést povinnost obecných soudů nepoužít interpretaci označenou Ústavním soudem za protiústavní, nikoli však následovat pozitivní variantu zformulovanou Ústavním soudem. Výběr mezi dvěma a více ústavně konformními alternativami náleží naopak zásadně obecné justici.³⁶

Literatura:

- Anonymus: Hranice přezkumu rozhodnutí obecných soudů ústavním soudem v řízení o ústavní stížnosti, Linde, Praha, 2005, 229 stran, ISBN 80-7201-580-X.
- Blahož, J.: Soudní kontrola ústavnosti, ASPI, Praha, 2001, 489 stran, ISBN 80-86395-09-X.
- Filip, J.: Ústavní právo České republiky, 1. díl, 4. vydání, Doplněk, Brno, 2003, 556 stran, ISBN 80-7239-151-8.
- Filip, J., Holländer, P., Šimíček, V.: Zákon o Ústavním soudu – komentář, 2. vydání, C.H. Beck, Praha, 2007, 896 stran, ISBN 978-80-7179-599-5.
- Malenovský, R: K jednomu aspektu bezdůvodného obohacení v případě neplatné či zrušené smlouvy dle § 457 ObčZ, Právní rozhledy, roč. 2007, č. 21, s. 780 an
- Spáčil, J.: Odstoupení od smlouvy a vlastnické právo třetí osoby: opět polojasno? Právní rozhledy, roč. 2008, č. 9, s. 329 an.
- Šimíček, V., Hloušek, V.(eds.): Dělbá soudní moci v České republice, Masarykova univerzita, Brno, 2004, 287 stran, ISBN 80-210-3318-5.
- Šimíček, V. (ed.): Role Nejvyšších soudů v evropských ústavních systémech – čas pro změnu?, Masarykova univerzita, Brno, 2007, 287 stran, ISBN 978-80-210-4262-9.
- Wagnerová, E.: Ústavní soudnictví, Linde, Praha, 1996, 93 stran, ISBN 80-7201-035-2.
- Wagnerová, E. et al.: Zákon o Ústavním soudu s komentářem, Praha: ASPI, 2007, 636 stran, ISBN 978-80-7357-305-8.

Kontaktní údaje na autora – email:

moravec.o@seznam.cz

³⁵ K pojmu srov. Filip, J.: Ústavní právo České republiky, 1. díl, 4. vydání, Doplněk, Brno, 2003, s. 321.

³⁶ Brožová, I.: Některé aspekty hranice ústavního přezkumu rozhodnutí obecných soudů v ČR. In: Hranice přezkumu rozhodnutí obecných soudů ústavním soudem v řízení o ústavní stížnosti, Linde, Praha, 2005, s. 115.

OBCE A CÍRKVI (VO SVETLE NOVEJ JUDIKATURY ÚSTAVNÉHO SÚDU ČR)

LUCIA RENTKOVÁ

Právnická fakulta, Univerzita Palackého v Olomouci, Česká republika

Abstrakt v rodném jazyce

V roku 2001 bol Ústavným súdom ČR vydaný nález vo veci obecne záväznej vyhlášky mesta Stochov. Mimo iné dôvody zrušenia Ústavný súd uviedol ako dôvod zrušenia zjavný zásah obce do vzťahov občan - cirkev. Cieľom príspevku je rozobrať tento nález Ústavného súdu a pozrieť sa naň cez zrkadlo prielomového nálezu Ústavného súdu z roku 2007 ohľadne tzv. Jirkovskej vyhlášky a zistiť, či by a ako by dnes Ústavný súd o veci zásahu do vzťahov občan - cirkev rozhodol inak.

Klíčová slova v rodném jazyce

Cirkev, obec, obecne záväzná vyhláška, Ústavný súd, verejné priestranstvo.

Abstract

In 2001 Constitutional Court emitted a resolution about generally binding ordinance of Stochov city. As one of the reasons leading to abolishment of this ordinance the Constitutional Court stated apparent interference with relation between the state and the church. The aim of this paper is to analyze this resolution and try to look at it thru new opinion of the Constitutional Court presented by resolution Pl. US 45/06 dealing with so called generally binding ordinance of the city of Jirkov.

Key words

Church, Municipality, generally binding ordinance, Constitutional Court, public place.

1. ÚVOD

Cieľom tohto príspevku je zamyslieť sa nad možnou budúcou úpravou „cirkevných záležitostí“ prostredníctvom obecne záväzných vyhlášok obcí, ktorých vydávanie a obsah sa nálezom Pl. ÚS 45/06 značne sprehľadnil a otvorila sa možnosť pre obce upraviť aj tie svoje záležitosti, ktoré boli doteraz z dôvodu rigídneho pohľadu Ústavným súdom odmietané.

V nasledujúcich riadkoch budú pre mňa kľúčové dva nálezy Ústavného súdu, a to nález Pl. ÚS 1/01 a Pl. ÚS 45/06. Časový odstup medzi vydaním nálezov je viac ako 6 rokov, za ktoré sa názor Ústavného súdu na vydávanie a obsah obecne záväzných vyhlášok obcí zmenil. K lepšiemu.

2. ANALÝZA PROBLÉMU

Dňa 11. 7. 2001 Ústavný súd rozhodol o zrušení obecne záväznej vyhlášky mesta Stochov¹, ku ktorému návrh podal prednosta vtedy existujúceho Okresného úradu v Kladne. Obecne

¹ Pre prehľadnosť vkladám znenie celej vyhlášky:

„Obecně závazná vyhláška Města S.

ze dne 19. června 2000 o zabezpečení veřejného pořádku ve městě

závazná vyhláška sa týkala zabezpečenia verejného poriadku v meste pri príležitosti konania Svätováclavských osláv. Ústavný súd sa zaoberal dvomi aspektmi danej vyhlášky, a to pod písmenom a) odseku 1 článku druhého ustanovením zmocňujúcim mestskú radu k určeniu termínu konania osláv a pod písmenom b) k určeniu miesta, kde budú v čase osláv umiestnené predajné stánky a zariadenia lunaparkov a iných podobných atrakcií. Okresný úrad videl rozpor danej vyhlášky s nasledujúcimi ustanoveniami: s čl. 2 ods. 4 Ústavy ČR, čl. 11 ods. 4 a čl. 26 ods. 1, 2 Listiny. Mesto si vraj osobilo právo občanov rozhodnúť, kedy sa zhromaždia ku slávnosti. S týmto nemôžem súhlasiť. Z dikcie okresného úradu vyplýva, že mesto rozhodlo, že jeho občania sa *musia* v danom termíne zhromaždiť k Svätováclavským oslavám. Ja situáciu skôr vnímam tak, že mesto *pripraví* pre svojich občanov v danom termíne oslavy a je samozrejme na nich, či sa osláv zúčastnia alebo nie. Predpokladám, že ak

Městská rada se ve S. se usnesla podle § 45 písm. l) zákona ČNR č. 367/1990 Sb., o obcích, ve znění pozdějších předpisů, dne 19. června 2000 vydat podle § 16 tohoto zákona a v souladu s ustanovením § 17, tuto obecně závaznou vyhlášku

Článek 1

Úvodní ustanovení

Tato vyhláška upravuje zabezpečení místních záležitostí veřejného pořádku na území města S., vymezeného katastrálním územím Č., H. a S.

Článek 2

Oslavy Svatováclavského posvícení

- (1) S přihlédnutím k potřebě zajistit veřejný pořádek v obci v době veřejných oslav Svatováclavského posvícení (dále jen „oslav“), městská rada
 - a) určí termín konání oslav,
 - b) určí místo, na němž budou během těchto oslav umístěny prodejní stánky a zařízení lunaparků a jiných podobných atrakcií.
- (2) Městská rada určí termín podle odstavce 1 písm. a) nejpozději do 31. ledna každého roku a místo podle odstavce 1 písm. b) nejpozději do 30. dubna každého roku.
- (3)

Článek 3

Společná, přechodná a závěrečná ustanovení

- (1) Porušení povinností stanovených touto vyhláškou nebo na jejím základě lze stíhat jako přestupek 1), nejde-li o čin přísněji trestný nebo za ně lze uložit jiné sankce v souladu se zákonem 2).
- (2) Termíny podle čl. 2 odst. 1 pro rok 2000 stanoví městská rada do 31. července 2000.
- (3) Tato vyhláška nabývá účinnosti dnem 15. července 2000 s výjimkou ustanovení čl. 2 odst. 2, který nabývá účinnosti dnem 1. ledna 2001.

Ing. J. S. v. r.

starosta města

S. F. v. r.

zástupce starosty města

1) § 48 zákona č. 200/1990 Sb., o přestupcích

2) např. § 50 zákona č. 367/1990 Sb., o obcích (obecní zřízení)“

by skupina občanov (podľa podmienok stanovených v zákone o práve zhromažďovacom) oznámila zhromaždenie na iný termín za účelom osláv sviatku Svätého Václava, mesto by im toto právo nemohlo za splnenia všetkých podmienok odoprieť. Druhá strana mince, a to že zhromaždenie čisto cirkevného charakteru nepodlieha oznamovaciemu režimu zákona o zhromažďovacom práve, jasne ukazuje, že do týchto osláv by mesto malo zasahovať o to menej. Cieľom mesta podľa môjho názoru bolo hlavne zabezpečenie verejného poriadku stanovením termínu, v ktorom budú na určitom mieste a v určitom čase umiestnené stánky a lunaparky v meste Stochov.² Stanovením miesta čisto pre zhromaždenie oslavujúcich sviatok Svätého Václava by sa mesto snažilo pro futuro určiť miesto, kde je možné sa za účelom týchto osláv zhromaždiť a nemuselo by vhodnosť miesta riešiť prípad od prípadu podľa oznámení o konaní zhromaždenia podľa zákona 84/1990 Sb., v znení neskorších predpisov. Možnosťou zakázať oznámené zhromaždenie sa mestu priznáva právo povedať „tu nie“, mesto teda nemôže povedať „len tu áno“. Odlišnosť od tejto situácie priblížim na príklade. Ak by si mesto Stochov vybralo za patróna významnú osobnosť, ktorá sa v meste narodila (napríklad svetoznámeho spisovateľa), mohla by obecne záväznou vyhláškou stanoviť: každý rok, dňa 1.7. sa budú konať oslavy na počesť patróna mesta, za týmto účelom budú na presne vymedzenom priestranstve umiestnené stánky a lunaparky. Mesto Stochov svojou vyhláškou totiž nestanovilo povinnosť pre občanov sa daný deň zhromaždiť a už vôbec nie sa zhromaždiť na určitom mieste. Zásadný rozpor so zákonom č. 84/1990 Sb. preto nevidím. Vzhľadom na vyššie uvedené preto neobstojí námietka okresného úradu, že bol porušený čl. 2 ods. 4 Ústavy, ktorý stanoví, že nikto nesmie byť nútený činiť to, čo zákon neukladá. Obecne záväznou vyhláškou mesto Stochov nikoho nenútilo sa osláv zúčastniť.

K námietke obmedzenia vlastníckeho práva: okresný úrad dôvodí, že stanovením povinnosti umiestňovať stánky a lunaparky na určitých miestach sa obmedzuje vlastnícke právo ich vlastníkov. S tým vo svetle nálezu Pl. ÚS 45/06 nie je možné súhlasiť. Ak bude mestská rada pri určovaní miesta pre stánky a lunaparky dbať na ich umiestnenie na verejnom priestranstve, nemožno hovoriť o porušení čl. 11 ods. 4 Listiny. Chybou mesta však bolo, že vo vyhláške miesto konania osláv neoznačila za verejné priestranstvo, mohlo by potom z dikcie vyhlášky vyplývať, že rada je oprávnená určiť miesto zhromaždenia i na pozemkoch súkromných, ktoré nie sú verejným priestranstvom. Verejné priestranstvo je definované ako všetky námestia, ulice, tržnice, chodníky, verejná zeleň, parky a ďalšie priestory prístupné každému bez obmedzenia, teda slúžiace obecnému užívaniu, a to bez ohľadu na vlastníctvo k tomuto priestoru.³ Ťažko si je predstaviť, že by mesto chcelo umiestňovať stánky a lunaparky na miestach, ktoré by nevyhovovali tejto definícii. A aký by malo umiestnenie na inom mieste než verejnom priestranstve v konečnom dôsledku význam, keby k stánkom nebol umožnený prístup každému? Je preto potrebné sa opýtať, či miesto určené radou pre umiestnenie stánkov a lunaparkov nebolo verejné už svojou povahou? Ak áno, potom by bolo nadbytočné ho označovať za verejné priestranstvo.

Pri námietke obmedzenia práva podnikat' je treba si všimnúť dva momenty: jednak vyhláška stanovila termín, kedy je možné určitú podnikateľskú činnosť vykonávať a jednak stanovila miesto tohto výkonu. Okresný úrad si potom vo svojom stanovisku protirečil v otázke týkajúcej sa nemožnosti mesta stanoviť miesto výkonu určitej podnikateľskej činnosti. Na jednom mieste (bod I. odôvodnenia, posledný odsek) tvrdí, že „mesto Stochov je iba

² Zhodný názor zastáva aj P. Mates. Zrovňaj Mates, P. *Rozšiřování samosprávy obcí*. Právní rádce č. 15, 2008, str. 553.

³ § 34 zákona č. 128/2000 Sb., o obcích.

oprávnené vyhláškou vyčleniť miesta pre predajné stánky a púťové atrakcie na svojich pozemkoch“ a v ďalšej vete tvrdí, že „ustanovenie (...) vyhlášky implicitne obsahuje obmedzenie práva na podnikanie, pretože umožňuje výkon podnikateľskej činnosti len na obmedzenom mieste a priestore“. Pýtam sa teda, bolo by vyčlenenie miesta pre predajné stánky vyhláškou taktiež obmedzením práva na podnikanie, keďže by potom bolo možné takto podnikat' len na vyhláškou vymedzených miestach? A ďalej: keď rada mesta stanoví vo svojej vyhláške, že je oprávnená určiť miesto, kde budú stánky umiestnené, nemôže potom toto určenie prebehnúť vo formeobecne záväznej vyhlášky? Prvú otázku nechávam nezodpovedanú, na druhú odpovedám áno. Sám Ústavný súd sa vyjadril, že tým, že vyhláška ad hoc zmocňuje mestskú radu k určaniu miesta pre umiestnenie stánkov, nie je v súlade so zákonnou úpravou.

Ústavný súd v bode IV. svojho odôvodnenia konštatuje, že sporná problematika patrí do samostatnej pôsobnosti obce a spadá pod vtedy platný § 14 ods. 1 písm. o) zákona č. 367/1990 Sb., o obciach⁴. Zásadným problémom vtedajšieho názoru Ústavného súdu ale bola doktrína, podľa ktorej môžu obce svojimiobecne záväznými vyhláškami stanovovať povinnosti len na základe výslovného zákonného zmocnenia. Také zmocnenie v našom prípade neexistovalo (a neexistuje dodnes). Je nutné dodať, že sporná vyhláška bola vydaná na základe zákona č. 367/1990 S., o obciach, ale v čase rozhodovania Ústavného súdu sa legislatíva zmenila a účinnosť nadobudol nový, dnes platný a účinný zákon č. 128/2000 Sb., o obciach /obecní zřízení/ v znení neskorších predpisov. Ten sa predmetnou materiou zaoberá v § 10 písm. b)⁵.

Pre ďalšie úvahy treba z odôvodnenia Ústavného súdu zacitovať: „napadená vyhláška (...) učinila predmetom své regulace vztahy, jež takovýmto způsobem regulovat nelze. Již samotné vyjádření „Oslavy Svatováclavského posvícení“ navozuje úzkou souvislost s církevním výročím, vztahujícím se k osobě sv. Václava, a to nejen s náboženskými oslavami a obřady s tímto křesťanským svátkem spojenými, ale i zvyky a konvencemi, jež si občanská společnost ve svém historickém vývoji ve vztahu k tomuto svátku vytvořila i mimo rámec církevních struktur. Je nepochybně právem i jiných komunit občanské společnosti rozhodnout se, zda vůbec, případně kdy a v jakém rozsahu, se shromáždí k oslavám konaným v této souvislosti. Místní samospráva má nepochybně právo k vydání omezujících opatření k ochraně veřejného pořádku, nicméně osobenímsi práva rozhodnout přímo o termínu konání těchto oslav obec vstupuje do vztahů existujících mezi občany a církevními či jinými společenskými subjekty. Tím vystupuje ze své samostatné působnosti, jejímž pojmovým znakem je právě to, že obec spravuje samostatně „své záležitosti“. Rozhodování o konání oslav Svatováclavského posvícení je tak neadekvátním prostředkem k ochraně veřejného pořádku, neboť přesahuje meze jeho lokální povahy.“

Podľa § 10 nového zákon i podľa § 14 starého zákona o obciach obec mohla obecne záväznou vyhláškou stanoviť, ktoré činnosti sú *zakázané* na určitých miestach. Ústavný súd však toto ustanovenie urobil bezobsažným bez výslovného zákonného zmocnenia pre tento zákaz. Ak teda neexistoval zákon, ktorý by výslovne obec zmocňoval k zákazu určitých činnosti za účelom zabezpečenia verejného poriadku, obec v konečnom dôsledku takto verejný poriadok

⁴ „Do samostatné působnosti obce patří zejména místní záležitosti veřejného pořádku(...)“

⁵ „Povinnosti může obec ukládat v samostatné působnosti obecně závaznou vyhláškou pro pořádání, průběh a ukončení veřejnosti přístupných sportovních a kulturních podniků, včetně tanečních zábav a diskoték, stanovením závazných podmínek v rozsahu nezbytném k zajištění veřejného pořádku.“

zabezpečovať nemohla. Jej funkcia zabezpečovať blaho pre svojich občanov bola značne oklieštená.

Pre zrušenie danej obecne záväznej vyhlášky teda Ústavný súd stanovil dva základné argumenty: nemožnosť obce stanovovať povinnosti bez výslovného zákonného zmocnenia a nemožnosť regulácie Svätováclavských osláv pre neprípustný vstup do vzťahov občanov a cirkví a presah osláv nad rámec „svojich záležitostí“ upravovaných obcou.

Podľa nového pohľadu Ústavného súdu, prezentovaného v náleze Pl. ÚS 45/06 by sa dnes rozhodnutie o tejto skoro sedem rokov starej záležitosti líšilo minimálne v odôvodnení. Mňa však zaujíma otázka: zrušil by aj dnes Ústavný súd túto vyhlášku pre neprípustný zásah do vzťahov občan – cirkev a pre presah záležitosti nad rámec „svojich záležitostí“ obce?

Nález Ústavného súdu ČR z 11. 12. 2007 je prielomový v niekoľkých oblastiach. Pre nami skúmanú otázku je najdôležitejšie konštatovanie Ústavného súdu, že opúšťa svoju doterajšiu doktrínu o možnosti stanovovať povinnosti obecne záväznou vyhláškou, keď tvrdí, že „k vydávaniu obecně závazných vyhlášek v mezích své věcné působnosti, a to i když jsou jimi ukládány povinnosti, již obce žádné další zákonné zmocnění nepotřebují (...). Stanovení mezi samostatné působnosti obce svěřila Ústava zákonu (...) o obcích. Ten v § 10 stanoví věcné oblasti, v nichž jsou obce oprávněny bez výslovného zákonného zmocnění tvořit právo. Pro všechny tyto věcné oblasti platí společná podmínka, že musí jít o záležitost v zájmu obce a občanů obce (...) nikoli o záležitost krajského nebo celostátního významu. Platí také, že obecně závazná vyhláška se nesmí dostat do rozporu se zákonem.“

Prvý argument Ústavného súdu z roku 2001 by teda v novej situácii neobstál. Obec by už dnes žiadne výslovné zákonné zmocnenie na vydanie vyhlášky nepotrebovala, stačilo by, ak by sa pohybovala v medziach stanovených § 10 zákona o obciach, čo by v prípade zabezpečenia záležitostí verejného poriadku platilo. Dôležitou podmienkou, ktorá sa viaže na druhý argument Ústavného súdu z roku 2001 je, či upravovaná záležitosť by bola v záujme obce a jej občanov a nie v záujme kraja prípadne v celoštátnom význame. Otázka teda znie: sú Svätováclavské oslavy celoštátneho významu? Na takto položenú otázku treba jednoznačne odpovedať áno, veď aj z toho dôvodu je sviatok sv. Václava zákonom stanovený ako sviatok štátny. Ústavný súd však podľa nového nálezu hovorí, že je treba sledovať aj účel a cieľ, pre ktorý bola daná záležitosť upravená na obecnej úrovni vyhláškou. Otázku si treba preto položiť inak: je celoštátnym záujmom stanoviť termín pre usporadúvanie osláv naprieč obcami v ČR, kedy v tomto termíne bude dovolené umiestňovať stánky a lunaparky na vyhradených miestach? Termín pre oslavy je celoštátne stanovený zakotvením štátneho sviatku, je preto otázkou, prečo malo mesto Stochov potrebu ustanovovať si vlastný termín pre konanie osláv. V tomto bode by sme mohli vidieť rozpor medzi zákonnou úpravou a úpravou stanovenou v obecne záväznej vyhláške. Porovnajme teda účely týchto dvoch úprav: účelom ustanovenia sviatku ako sviatku štátneho je umožniť občanom republiky zúčastniť sa na oslavách tohto sviatku. Účely sa zjavne prekrývajú, stanoviť termín pre oslavy sviatku sv. Václava preto obecne záväznou vyhláškou nemôže. Čo je však dôležité: obec takto postupovať nemôže nie z dôvodu, že by zasiahla do vzťahov občan – cirkev, ale preto, že štát už túto otázku na celoštátnej úrovni upravil. Ako sám súd v náleze Pl. ÚS 1/01 uviedol: „Již samotné vyjádření, že „Oslavy Svatováclavského posvícení“ navozuje *úzkou souvislost s církevním výročím*, vztahujícím se k osobě sv. Václava, a to nejen s náboženskými oslavami a obřady s tímto křesťanským svátkem spojenými, ale i zvyky a konvencemi, jež si občanská společnost ve svém historickém vývoji ve vztahu k tomuto svátku vytvořila i mimo rámec církevních struktur.“ Táto argumentácia zásahom do vzťahu občan – cirkev preto neobstojí.

Treba preto skúmať, či skôr nedošlo k zásahu do vzťahu štát – cirkev, respektíve obec – cirkev.

Zákon 84/1990 Sb. výslovne vyníma z režimu oznamovacej povinnosti zhromaždenia usporadúvané cirkvami alebo náboženskými spoločnosťami v kostole alebo inej modlitebni, procesie, púte a iné sprievody a zhromaždenia slúžiace k prejavom náboženského vyznania. Ďalej potom stanoví, že rada obce môže nariadením (teda v rámci prenesenej pôsobnosti) stanoviť dobu, kedy sa zhromaždenia bez oznámenia konať nesmú a miesto, kde je tieto zhromaždenia konať možné. Najprv toto oprávnenie pripadalo národnému výboru, potom prešlo na radu obce. Čo je však dôležité, že takto určiť miesto a čas nemôže obec v samostatnej pôsobnosti pri spravovaní svojich záležitostí, ale v rámci výkonu prenesenej pôsobnosti v oblasti štátnej správy. Ustanovenie sa však týka iba zhromaždení konaných bez oznámenia. Čo z toho vyplýva?

Obec môže pre oslavy Svätého Václava, ktoré budú prebiehať „na cirkevnej úrovni“ pravdepodobne formou procesie nariadením stanoviť, *kde sa procesia môže konať a kedy nesmie*. Toto oprávnenie dáva rade obce zvláštny zákon a účelom takej úpravy pravdepodobne bude zabezpečenie vecí verejného poriadku, ale na úrovni štátnej správy. Ponúka sa nám preto otázka: môže byť chápaná úprava záležitostí verejného poriadku na úrovni samosprávy obce ako stanovenie termínu, *kedy sa zhromaždenie konať môže a kde sa môže konať*? Nebola by potom obecne záväzná vyhláška ešte väčším oklieštením práva cirkví zhromažďovať sa, keby nielenže stanovila vymedzené miesto na konanie osláv, ale aj stanovila jeden presný deň v roku, kedy cirkev môže usporiadať jednu zo svojich procesí?⁶

Je tu však ďalšia dôležitá okolnosť: obecne záväzná vyhláška mesta Stochov sa pravdepodobne nemala týkať zhromaždení konaných bez oznámenia, ale zhromaždenia, ktoré by bolo bývalo treba oznámiť, keby ho niekto chcel zvolať. Vyzerá to teda tak, akoby sa mesto Stochov svojou vyhláškou postavilo do roly zvolávateľa zhromaždenia každý rok určeného na konkrétny termín. Ako mala potom rada postupovať? A mohla zhromaždenie zvolať? Mohli by sme radu obce podradiť pod slovné spojenie „skupina osôb“, s ktorým zákon o zhromažďovaní práve počítá? A zrejme by potom zhromaždenie oznamovala obecnému úradu.

3. ZÁVER

Nadalej si však myslím, že cieľom mesta Stochov nemohlo byť vylúčenie zákona o práve zhromažďovaní. Keby zvolávateľ oznámil konanie zhromaždenia k oslave sviatku na iný deň a splnil by všetky zákonné podmienky, obecný úrad vykonávajúci v tomto ohľade prenesenú pôsobnosť by zhromaždenie zakázať nemohol. Rovnako tak cirkev, konajúca procesiu na oslavu svätca by sa držala ustanovení prípadného nariadenia o konaní zhromaždení bez oznámenia, nemohlo by tak dôjsť k rozpusteniu zhromaždenia len preto, že nedodrжала termín stanovený vo vyhláške obce. Ak by bol cieľ mesta Stochov opačný, dúfajme, že by dnes Ústavný súd zrušil jeho obecne záväznú vyhlášku pre zjavný zásah obce do práv cirkví zhromažďovať sa.

⁶ Problémom konkurencie špeciálneho zákonného zmocnenia a zmocnenia v § 10 zákona o obciach sa zaoberá aj T. Langášek. Zrovňaj Langášek, T.: *Obrat v nazírání Ústavního soudu na obecně závazné vyhlášky*. Právní rozhledy č. 10, 2008, str. 359.

Literatura:

- Kroupa, J.: Změna pravidel obecní normotvorný. Nález Ústavního soudu Pl. ÚS 45/06, Veřejná správa, č. 12, 2008, str. 16 – 17.
- Langášek, T.: Obrat v nazírání Ústavního soudu na obecně závazné vyhlášky, Právní rozhledy, č. 10, 2008, str. 356 – 362.
- Mates, P.: Rozšiřování samosprávy obcí, Právní rozhledy, č. 15, 2008, str. 550 – 554.
- Nález Ústavního soudu ze dne 11. 12. 2007, sp. zn. Pl. ÚS 45/06.
- Nález Ústavního soudu ze dne 11. 7. 2001, sp. zn. Pl. ÚS 1/01.

Kontaktní údaje na autora – email:

lucia.rentkova@upol.cz

DANĚ A OCHRANA VLASTNICTVÍ

KATEŘINA ŠIMÁČKOVÁ

Právnická fakulta Masarykovy univerzity, Česká republika

Abstrakt v rodném jazyce

Stat' obsahuje několik poznámek k historickému vývoji problematiky z pohledu celoevropského, českého i moravského, dále se zabývá problematikou vývoje i aktuální ochrany vlastnictví z pohledu lidskoprávního na vnitrostátní i mezinárodněprávní úrovni. Zdanění je jedním ze zásadních zásahů do ochrany vlastnictví v demokratickém právním státě a je třeba se zabývat mezemi státních zásahů do vlastnictví z tohoto důvodu.

Klíčová slova v rodném jazyce

Daně, ochrana vlastnického práva, meze státu v oblasti zdaňování

Abstract

Taxation and Protection of Ownership: The essay contains a few notes about the historical development of the problemacy, which is viewed from the all-European, Czech and Moravian point of view. It also deals with the problemacy of the development and the actual state of the protection of ownership, viewed from the point of view of the national and the international level. Since taxation is one of the most crucial intervention to the protection of ownership in the democratic legal state, it is needed to be engaged also in the limits of the act of state concerning ownership.

Key words

Taxation, protection of ownership, limits of the act of state concerning taxation.

1. NĚKOLIK ÚVODNÍCH POZNÁMEK K HISTORICKÉMU VÝVOJI

Moderní právně historická věda nabízí pohled na daně jako zdroj mocenské politiky.¹ Ve středověku platila zásada, že pán své výdaje i úkoly hradí ze svého majetku. Jen v případě lenního práva mohl pán za mimořádných podmínek a ve výjimečných případech vybírat jednorázové příspěvky od svých vazalů a poddaných. Označení daní ve středověku bylo „bede“, „subsidy“, „contribution“, „don gratuit“, což vychází ze slova prosba, prosit. Původně tedy měl právo zdaňovat jen papež a císař; papežská bula In coena Domini z roku 1627 zavedla církevní klatbu pro všechny, kteří neoprávněně zaváděli nové daně. Němečtí političtí teoretici akceptovali v období 1590 – 1670 stálé daně, již v té době se právníci marně snažili klonit k principu vzájemnosti a k požadavku oprávněného zdůvodnění a rozdělení zátěže i stanovení horní hranice zdanění. Z původně mimořádných daní se zpravidla stávají řádné trvalé daně – na tuto tendenci upozornil již v roce 1589 Giovanni Botero.²

V raném středověku panovník disponoval obrovským vlastním majetkem (korunní majetek), za panovníkův majetek bylo považováno vše, co podléhalo bezprostředně panovníkovi, nikoli konkrétnímu šlechtici. Dále zde byl velký církevní majetek, jehož pozice však byla postupně zpochybňována. Například říšská města byla považována za majetek císaře, rakouská zemská

¹ Podrobněji viz Reinhard, W. Geschichte der Staatsgewalt. Munchen: C.H.Beck, 1999, s. 303 a n.

² Reinhard, W. Geschichte der Staatsgewalt. Munchen: C.H.Beck, 1999, s. 315

města byla majetkem panovníka, ve Francii od 16. století byla celá země považována za korunní doménu, tedy majetek panovníka.

V raných fázích byly pro výběr daní nejdůležitější regály – mincovní, celní, tržní, těžební; obdobný význam jako regály mělo i právo obsadit úřad. Pro období, kdy převládala samozásobitelská ekonomika méně vyvinutých zemědělských oblastí, bylo velmi důležité i zdanění zahraničního obchodu cly na cestách či přechodech hranic.

Postupně tedy docházelo k vývoji od doménního státu (tedy státu jako majetku panovníka) k daňovému státu. V doménním státě pocházely zdroje z vlastního majetku panovníka, v daňovém pak z odvodů získaných od poddaných. Přechodná fáze bývá označována jako peněžní stát.³

I ve středověku platilo, že nikdo neplatí rád daně a že panuje latentní přesvědčení, že zdanění je porušením práva. Relativně dobrou daňovou morálku bylo možno udržet jen tehdy, když si povinní mysleli, že zdanění je smysluplné, transparentní a oprávněné. Rovněž pokud jsou daně schváleny parlamentem a absentují formální daňová privilegia, daňová morálka je lepší – toto tvrzení lze dokázat na tom, že se Angličané daním podřídili, kdežto ve Francii stále docházelo ke konfliktům a revolučním výbuchům proti daním. Vždyť již anglická Magna Charta Libertatum obsahovala příslib, že některé poplatky (štitový poplatek a výpomoc) může panovník vybírat jen na základě „společného usnesení království“. V tomto příslibu práva stavů povolovat veřejné poplatky jakoby začínala pozdější zásada „no taxation without representation“.⁴ Anglii také někdy docházelo k neformálním zvýhodněním horní vrstvy, což vyvolávalo problémy. Zdanění jen určitých skupin v italských městských státech ve 14. a 15. století mělo naopak primárně politický význam a sloužilo k podpoření požadovaných politických změn. Právě v zemích, kde nebyla žádná transparentnost ve výběru daní docházelo často k daňovým povstáním, potlačovaným armádou (Francie, Rakousko).⁵

Ve stavovských monarchiích probíhal subtilní mocenský boj o schválení daní. Stupeň závislosti panovníka na stavech odpovídal stavu státních financí. Pokud byla korunní pokladna naplněna, monarcha stavy nepřipustil ke spolurozhodování. „Jestliže panovník nepotřeboval peníze, zůstávalo stavovské právo schvalovat daně bezmocné.“⁶

Typická pro stavovskou monarchii však byla spíše špatná organizace státu, kde absentovala finanční správa, která by daně vybírala, a proto docházelo k propachtování daní bankéřům. Ti byli na rozdíl od korumpovatelných úředníků ekonomicky zainteresováni na výběru daně. Postupně pak bankéři vybírající daň poskytovali panovníkům půjčky, které pokrývala právě vybraná daň. Opět anglický příklad z doby 1671 – 1683 ukazuje, že centrálně vytvořená finanční správa je z dlouhodobějšího pohledu politického i finančního výhodnější.

V oblastech s vyvinutým peněžním hospodářstvím docházelo díky mincovnímu regálu k dosahování inflačních zisků zhoršováním mincí. Toto zhoršování hodnoty mincí bylo také „zakuklenou daní“ – francouzský Filip VI. své příjmy z mincovního regálu zvýšil až o 67 % právě snížením hodnoty mincí. V kastilském pozdním středověku ztratil Marvedí během sto

³ Kruger, K. Finanzstaat Hessen 1500 – 1576. Marburg. 1981

⁴ Hattenhauer, H. Evropské dějiny práva, Praha: C.H.Beck, 1998, s. 281, 282

⁵ Reinhard, W. Geschichte der Staatsgewalt. Munchen: C.H.Beck, 1999, s. 311

⁶ Hattenhauer, H. Evropské dějiny práva, Praha: C.H.Beck, 1998, s. 381

třiceti let do stabilizace v roce 1504 95 % své hodnoty. Rovněž vydávání papírových peněz nebylo často nic jiného než inflační zhodnocení, za Ludvíka XIV. byla poprvé tato možnost vyzkoušena ve větším rozsahu, došlo ke kurzové ztrátě měny až 70%. Francouzskou měnu se podařilo zpevnit až roku 1803 (Livre Tournois), stalo se tak však jen díky ekonomickému zplundrování poražených zemí válečnými odškodněními a exportem asignací (cenné papíry navázané na mince).⁷

Již v historii se jasně prokázalo, že různé typy daní mohou mít rozdílné sociální a politické důsledky. I středověké daně je možno rozlišit na přímé a nepřímé. Nepřímé daně byly sice fiskálně praktické, neboť jim skoro nikdo nemohl uniknout (např. tržná daň, kde na jednom místě byly zdaňované transakce jednoduše kontrolovatelné), avšak byly sociálně nevýhodné, neboť byly regresivní – nominální zdanění dokonce více zatěžovalo chudé než bohaté. Prvním příkladem nepřímé daně byla cla vybíraná na hranicích či obchodních cestách, později s nárůstem obchodování předměty denní potřeby (odklon od samozásobitelství) se zvýšil význam akcízů na městských branách či u spotřebitelů. Zejména zdanění potravin (obilí, pivo, víno, maso), ačkoli bylo velmi nízké, bylo výrazně tíže únosné u chudšího obyvatelstva a v době horší ekonomické situace mohlo vyvolávat i vzbouření proti tomuto zdanění. Na nespravedlnost nepřímého regresivního zdanění je upozorňováno v Akcízových sporech, které se odehrávaly v roce 1684 v Německu – kde proti odporu k takovému zdanění bylo argumentováno, že za daně stát poddaným poskytuje jako protislužbu státní ochranu, která je pro chudé i bohaté stejná. Anglický příklad ukazuje, že zdanění u výrobce vedlo k nižším sociálním výhradám než zdanění u spotřebitele. Tato daň se pak již přibližuje dani přímé. Charakter přímých daní měly i solné daně, v některých částech Itálie a Francie panovník stanovil určitou spotřebu soli na obyvatele a tuto zdanil, ať už sůl byla či nebyla spotřebována. Obchod se solí byl monopolem panovníka, takže příjem ze spotřeby soli byl rovněž příjmem panovníka. Obdobně to bylo i u monopolu na tabák. V tomto případě však monopoly měly charakter spíše nepřímého zdanění, pokud měl panovník monopol, mohl libovolně stanovit vyšší ceny, tedy i vyšší svého zisku. Nepřímá daň byla i stará španělská Alcabala ve výši 8 – 14 %, která zdaňovala každý prodej, čímž se přiblížila moderní dani z přidané hodnoty. Dále bylo zdaňováno použití dopravních cest či orazítkových papírů, bez nichž nebylo možno provést určité právní úkony (toto spíše připomíná aktuální správní poplatky). Jeden z důvodů sporů mezi americkými osadami a Anglií v 18. století byl právě koncept zpoplatnění úředních a obchodních aktů tímto způsobem. V Itálii stále zůstává zachována Napoleonem zavedená carta bolata.

Přímé daně byly placeny z výnosů z půdy nebo za jednoznačné měrné jednotky (na hlavu, domácnost, střechu, okno, krb). Určitou podobnost lze spatřovat u aktuální zdanění bytu ve Francii či podobnost daně z vozu s daní z automobilu. Taktéž zajímavou paralelu lze najít mezi Ancien Régime ve Francii a dneškem kdekoli – hlavním zdrojem placení daní byli ve Francii rolníci, ti bohatí vždy našli nějakou cestu, jak se zdanění vyhnout. Opravdu chudí rolníci si své daně museli odpracovat, pokud neměl dost finančních zdrojů (Reinhard v citovaném díle upozorňuje na ne z nejzajímavou paralelu se zeměmi třetího věta v současnosti).

Pojem progresivního zdanění se objevuje až v 18. století, vychází však z tradičních pokusů ohodnotit movitý a nemovitý majetek výnosem a ten pak zdanit.⁸ Obvykle se výše majetku

⁷ Reinhard, W. Geschichte der Staatsgewalt. Munchen: C.H.Beck, 1999, s. 312

⁸ Florentinský Catasto a německý gemeine Pfenig v 15. století

pro zdanění určovala na základě čestných prohlášení majitele či denunziací sousedů, což bylo složité. Místní ocenění půdy a majetku bylo obvykle subjektivní a chybělo jejich exaktní podchycení. Právě u těch nejbohatších se pak fiskus spokojil s dobrovolnou paušální platbou.⁹

2. VÝVOJ DANÍ NA NAŠEM ÚZEMÍ

První zmínky o celním regálu pochází v českých zemích z 10. století z období vlády knížete Václava, Boleslav I. pak zavádí „daň z míru“ a právo ražby mincí se postupuje za pravidelný odvod. V dalším období se pak zavádějí majetkové daně z pozemků a městských domů i výnosové daně pro měšťany. V 16. století se objevuje v českých zemích první ucelený náznak daňové soustavy – berní předpis stavovského sněmu z roku 1517.¹⁰

Středověké střeoevropské zemské sněmy měly v podstatě dva základní úkoly, tedy důvody své existence, a to schvalování daní a použití vojska (právě ekonomické a lidské zdroje pro vedení války potřeboval panovník získat od šlechty, a proto jí musel umožnit spolurozhodování o jejich použití). Středověký systém finančních toků v období právního partikularismu byl partikulární. Poddanská dávka vybíraná šlechtou od poddaných nebyla z počátku vnímána jako daň státu, ale spíše jako potvrzení poddanství – tato dávka ztrácela svůj ekonomický význam vzhledem k nárůstu inflace a zákazu zvyšování této dávky. Dále zde vznikl systém centrální dávky (berně), kterou prostřednictvím šlechty taktéž hradili poddaní, ta byla určena na zahraniční politiku a vojsko, posléze pak i na fungování dvora a centrálních úřadů. Čeští králové stejně jako ostatní evropští kontinentální panovníci nevybírali pravidelně se opakující daně pro mírové potřeby do 16. až 17. století. Teprve když jejich dvůr dosáhl takové velikosti, že jej panovník nebyl schopen financovat ze svého majetku, musel začít uvažovat o pravidelné dani. Nákladné fungování dvora mělo důležitý státně politický význam, dvůr měl disciplinární a legitimační funkci (šlechta se účastnila dvorských rituálů, čímž se posilovaly a institucionalizovaly vztahy mezi ní a panovníkem, velkolepý dvůr svědčil o moci a významu panovníka).

V 16. století se na Moravě vyvinula velmi složitá soustava berní, která zdaňovala téměř vše, movitý i nemovitý majetek, průmyslové výrobky, cenné předměty, ale i víru. Podle sněmovního usnesení byly berně rozvrženy na jednotlivé země a vrstvy obyvatelstva. Na počátku 17. století vznikl určitý klíč rozdělení berní zátěže, podle které české země měly platit dvakrát tolik jako země rakouské.¹¹

Každá berně musel být ustanovena zemským sněmem. Panovníci sněmu odůvodňovali, proč a jakou finanční nebo vojenskou pomoc požadují. Moravští stavové jen zřídka povolili berni v takové výši jakou panovník žádal. „...vymluvajíce se (někdy důvodně někdy jen na oko) na veliké přetížení, na neúrodu, mor a podobně, povolili někdy polovici, někdy třeba vůbec nic.“¹² Při větších berních si stavové na panovníkovi vyžadovali „revers“, o tom, že je panovníkovi povolili z dobré vůle, a někdy dokonce žádali o různé milosti nebo svobody. Na sněmu byli také zvoleni výběřčí daní. Zvolení výběřčí zasedali ve stanovených lhůtách a

⁹ Reinhard, W. Geschichte der Staatsgewalt. Munchen: C.H.Beck, 1999, s. 314

¹⁰ Široký, J. Daňové teorie. Praha: C.H.Beck, 2003, s. 25

¹¹ Po vestfálském míru české země v poměru k rakouským platily o něco méně. Před mírem byl poměr 12:6, po míru pak 11 $\frac{3}{4}$: 6 $\frac{1}{4}$. Z české kvoty připadla od roku 1616 na Čechy půlka, na Moravu 1/6 a na Slezsko a Lužice 2/3.

¹² Kameníček, F. Zemské sněmy a sjezdy moravské, Brno: Moravská akciová knihtiskárna v Brně, 1900, s. 213

podle příznávacích listů a odhadů vybírali berní. Výběřčí každého kraje měli na radnici truhlu na čtyři zámky. Klíče pak byly rozdány tak, aby se jeden bez druhého nemohli k penězům dostat. Platy výběřčích byly v různých dobách a při výběru jednotlivých berní různé. K dispozici však měli i vybrané peníze. „Útratu necht' výběřčí vedou slušnou podle potřeby, ohlédajíce se při tom na zemi“.¹³

Rozvržení berní zátěže na jednotlivé obyvatele se řídil odhadem jejich jmění. Byl odhadován (šacován) majetek všech obyvatel. Na konci 16. století si stavové volili osoby, které jezdily po kraji a odhadovaly všechny statky. Místo odhadu si mohli odhadci vyžádat dobrozdání souseda nebo osob, které dobře znaly hodnotu statku. Poté, co odhadci projeli celý kraj vrátili se do Olomouce a Brna, kde společně srovnali všechny odhady a odevzdali je nejvyšším úředníkům a soudcům ke schválení. Páni, preláti, rytíři a měšťané královských měst (tedy stavové) odhadovali své jmění sami pomocí tzv. příznávacích listů. Každý obyvateľ musel udat, kolik má půjčeno na úroky doma nebo v cizině. Výběřčí daní, kteří zároveň prohlíželi příznávací listy, oznamovali komorníkovi všechny nesrovnalosti v odhadu jmění a ten pak na viníky vydal „zatýkáč list“. Odhad jmění se měl konat ve všech zemích koruny české stejně, ve skutečnosti však nebyl. Například v Čechách byly v roce 1544 odhadnuty některé statky nejbohatších pánů níže, než by se slušelo. Moravští stavové se to dověděli a zvláštním poselstvím si u krále Ferdinanda I. stěžovali hlavně na Lva z Rožmitálu a pánů z Pernštejna.

Platební morálka na Moravě nebyla podle Kameníčka dobrá. Proto když byly peníze potřeba rychle, stavové si potřebné částky vypůjčili a dluh zaplatili z vybraných peněz. Tento způsob výběru berní nejvíce vyhovoval panovníkovi, za to stavům přibyla povinnost vymáhat berně a někdy byli sami poškozeni. Tento způsob výběru proto užívali velmi zřídka. Neplatičům daní se říkalo „restantníci“ a byli dvojitýho druhu. Jednak ti, kteří vůbec svůj majetek nepřiznali a pak ti, kteří ho sice přiznali, ale daň nezaplatili. V první polovině 16. století byly berně a odhady vymáhány mírně, úřady se spokojovaly s vymyšlenými výmluvami. Znojemští a Jihlavští nechtěli platit berně vůbec. Jedním z největších dlužníků byl například pán z Pernštejna. Za krále Ferdinanda I. se vyvinul institut vymahačů daní, mezi jejich pravomoci patřila možnost zabavit a prodat dobytek, ale také vsadit dlužníka do vězení dokud nezaplatil.

Vybíraly se nejrůznější druhy berní. „Berně při přijímání pána zemského“ se podobala české korunovační berni. Když byl nový člen panovnického rodu přijat moravskými stavy za pána, stavové mu vybrali vyšší berni na výlohy spojené s jeho cestami po Moravě. „Berně při sňatku panovnickově a při provdávání dcer královských“ byla sice berní obvyklou, ale na Moravě velmi neoblíbenou. Moravští stavové ji totiž na rozdíl od panovníka považovali za dobrovolný dar. Ještě méně oblíbené bylo tzv. posudné nebo pobečovné, které se platilo z každého prodaného sudu piva. Výnos z této daně byl věnován výhradně na udržování královského dvora. Jako roční poplatek byla stanovena domovní daň, zde se nejvíce projevovala nespravedlnost ukládaných daní, z domů ve městech a na předměstích se platily tři zlaté, novokřtenci a židé však platili mezi 10 a 80 zlatými. Nejvíce zatěžovala Moravany „válečná pomoc“. Náklady na svolání zemské hotovosti nebo pobyt vojska za hranicemi byly vysoké. Válečná berně měla ještě další formy: příspěvky na opevňování pomezních hradů a tvrzí nebo šefflgelt (měřičné), což byl malý poplatek za koupi nebo prodej jakéhokoli zboží. Daň třicátého peníze nebo také třicátek byl uložen kupcům, kteří kupovali dobytek v Uhrách, v Polsku nebo v Rakousku a přiháněli ho na Moravu. Daň z masa byla zavedena v posledních desetiletích 16. století a její výtěžek šel z části na potřeby válečné, z části na potřeby zemské.

¹³ Kameníček, F. Zemské sněmy a sjezdy moravské, Brno: Moravská akciová knihtiskárna v Brně, 1900, s. 256

Byla ukládána řezníkům, židům a ostatním lidem, kteří zabíjeli dobytek na prodej. Skopné čili skopní byla daň z kopy obilí, kterou platili stavové i poddaní. Výtěžek skopní daně šel na obživu vojáků v bitevním poli. Vůbec nejméně byly žádosti panovníka, aby se moravští stavové podíleli na úhradě královských dluhů způsobených tureckými válkami. Celková výše dluhu byla asi 10 milionů zlatých, Moravané měli uhradit alespoň 1,5 milionu, Čechy s Lužicemi 2,5 milionu a Slezsko 1,5 milionu zlatých.¹⁴

K výraznému zpřísnění výběru daní dochází v průběhu panování habsburské dynastie. Ministerstva financí byla v Rakousku za Habsburků až do Marie Terezie v podstatě dvě. Jedno civilní a druhé pod ministerstvem války, které vybíralo pro účely vojenské vlastní daň. Finanční závislost panovníka na parlamentu končí s nástupem absolutismu, v Rakousku decenální recesí za Marie Terezie, kdy byly vybírány daně na 10 let dopředu. Ke konci 18. století jsou hlavními pilíři daňové soustavy v Rakousku jednotná kontribuční daň reální (zejména pozemková daň), daň úroková, daň třídní (dle druhů příjmů), nepřímé daně a clo. Církev a šlechta jsou zbaveni daňových výjimek a privilegií.¹⁵

Poslední významná úprava daňového systému v monarchii se odehrává koncem 19. století pod vedením významného národohospodáře Bohm – Bawerka – osobní daň z příjmů je v podstatě paralelou současné daně z příjmu, dále zůstává důležitou daň potravní (s tím souvisí samostatné daně z lihu, piva, vína a oleje, cukerní daň a tabákový monopol). Důležitým příjmem státního rozpočtu zůstávají i cla.

Samostatná Československá republika přebírá daňový systém Rakousko-Uherska včetně stále prodlužovaných válečných přírůžek. Pečlivě a dlouze připravovaná daňová reforma proběhla v roce 1927, která zavedla v Československé republice moderní daňový systém, odpovídající systému ostatních tehdejších evropských rozvinutých kapitalistických států.

Pro právní úpravu daní v první československé republice je samozřejmě velmi zásadní i ústavní úprava přijatá v roce 1920, kdy v Ústavě z roku 1920¹⁶ v ustanovení § 111 v rámci části o svobodě osobní a majetkové je uvedeno, že „daně a veřejné dávky mohou se ukládati jen na základě zákona. Rovněž jen na základě zákona možno tresty hroziti a je ukládati.“ Prvorepubliková právní teorie na tomto ustanovení poukazovala na výklad rozdílu mezi materiální a formální determinací druhotné normy normou prvotní s tím, že formální determinace je dána vždy i bez výslovného ustanovení a materiální nemůže být nikdy plně dosaženo, protože by pak druhotná norma byla zbytečná. Z toho tedy dovozuje, že §111 Ústavy vlastně nemá valný praktický význam. Weyr poukazuje na obrat „na základě zákona“, který dle jeho názoru má podle úmyslu zákonodárce materiální determinaci zeslabiti, protože nepoužívá silnější pojem „daně se mohou ukládati jen zákonem.“ Podle Weyra tam, kde je užito obratu „na základě zákona“, předpokládá zákonodárce, že mezi objektivní normu ve formě zákona a individuální, konkrétní subjektivní povinnost (konkrétní daňový výměr), může vstoupit ještě prováděcí nařízení (např. usnesení nějaké veřejné korporace).¹⁷ Takováto formulace i výklad jsou z dnešního pohledu neakceptovatelné. Prvorepubliková judikatura správních soudů v oblasti daňové je formálně vytříbená, avšak z hmotněprávního a lidskoprávního hlediska zastaralá. V aktuální situaci je poměrně problematický např. výrok,

¹⁴ Kameníček, F. Zemské sněmy a sjezdy moravské, Brno: Moravská akciová knihtiskárna v Brně, 1900

¹⁵ Winkelbauer, T. Österreichische Geschichte. Wien: Verlag Carl Ueberreuter, 2003

¹⁶ Zákon č. 121/1920 Sb., kterým se uvozuje ústavní listina Československé republiky

¹⁷ Weyr, F. Československé právo ústavní. Praha: Melantrich, 1937, s. 256

že „u správního soudu se nelze dovolat pro rozpor se slušností a spravedlností“.¹⁸ Poměrně zásadní výrok ve věci osvobození od daně důchodové je mírně problematizován tím, že se týká osvobození druhého presidenta Nejvyššího správního soudu od důchodové daně, pokud jde o jeho služební požitky ze státní pokladny.¹⁹

Po druhé světové válce se prvním znakem třídního vnímání ekonomiky v daňové oblasti stává v roce 1946 vydání zákona o dávce z majetku (tzv. milionářská dávka). Brzy po únoru 1948 dochází k významným změnám v politickém i ekonomickém systému země – jsou činěny postupné kroky, kterými se komunistický stát stává nejvýznamnějším vlastníkem majetku i zaměstnavatelem. Daně tedy ztrácejí svůj skutečný ekonomický význam a daňový systém napomáhá likvidaci posledních drobných soukromých podnikatelů a vlastníků. Zdanění podniků ve státním vlastnictví je přeléváním peněz v rámci jedné majetkové struktury, pokud podniky vytvořily více zisku nad rámec plánu, byly zdaněny dodatkovým odvodem, aby tvorba zisku odpovídala původním plánům. I s ohledem na to, že daňový systém v době komunismu nedával ekonomicky smysl a byl deformován státním dirigismem v ekonomice, bylo nutno co nejdříve vytvořit novou daňovou soustavu, k tomu došlo k 1.1.1993 (základní struktura daní zůstává stejná až do současnosti).

3. VÝVOJ OCHRANY VLASTNICKÉHO PRÁVA

Ústavní chápání svobody vlastnictví moderní doby je spjato se jménem Johna Locka, který smluvní koncepci státu vybudoval právě na svobodě vlastnictví.²⁰ Deklarace práv člověka a občana v čl. 17 vlastnické právo označila za „neporušitelné, posvátné a neodňatelné“. Vyvlastnění sice připouštěla, avšak pouze na základě „zákonně ustanovené veřejné nevyhnutelnosti“ (tedy na základě veřejného zájmu) a „pod podmínkou spravedlivého a předcházejícího odškodnění“ (tedy předem poskytnuta spravedlivá náhrada). K problematice zdanění Deklarace práv člověka a občana ve svém čl. 13 uvádí: „K vydržování veřejné moci a správních výloh je nezbytná obecná daň, musí být rovnoměrně rozdělena mezi všechny občany podle jejich možností.“

Čl. 14 Deklarace práv člověka a občana dodává: „Všichni občané mají právo rozhodovat – sami nebo prostřednictvím svých zástupců – o nezbytnosti veřejné daně, vyjádřit s ní svobodně souhlas, kontrolovat, jak je používána a stanovit její kvótu, základ vymáhání a trvání.“

Pro ochranu vlastnického práva na našem území byla velmi podstatná právní úprava v rakouském obecném zákoníku občanském z roku 1811, který stanovoval v ustanovení § 354, že: „Vlastnictví, posuzováno jako právo, je oprávněním volně nakládati s podstatou věci a s jeho užitky a každého jiného z toho vyloučiti.“ a v ustanovení § 364, že „Vlastnické právo lze vůbec vykonávat jen potud, pokud se tím ani nezasahuje do práv osoby třetí, ani nevybočuje z mezí daných v zákonech k zachování a podporování obecného blaha.“ Rakouský Základní zákon státní č. 142 z roku 1867 stanovil, že: „Vlastnictví je neporušitelné. Vyvlastnění proti vůli vlastníka může nastati pouze v případech a způsobem, jak to zákon stanovuje.“ I bez výslovné právní úpravy se považovalo za nesporné, že vyvlastněnému náleží

¹⁸ Bohuslavova sbírka rozhodnutí finanční 82 3202/19

¹⁹ Bohuslavova sbírka rozhodnutí finanční 5834 7828/31

²⁰ Hollander, P. Základy všeobecné státovědy. Praha: Nákladem Spolku čs. právníků Všeherd, 1995, s. 68

nárok na odškodnění. Československá Ústava z roku 1920²¹ v ustanovení §109 stanovila, že soukromé vlastnictví lze omezit jen zákonem a dokonce umožňovala vyvlastnění i bez náhrady, pokud tak zákon stanoví. Takovéto vyvlastnění bez náhrady byla například v období první republiky pozemková reforma. I následný historický vývoj relativizoval vlastnické právo určitých skupin obyvatel, v době německé okupace docházelo k arizaci majetku židů i vyvlastnění některého českého majetku ve prospěch Němců. Těsně po skončení druhé světové války pak byly přijaty tzv. Benešovy dekrety²², které dále pokračovaly v relativizaci majetkových práv některých skupin obyvatelstva. Na to pak již navazovaly určité kroky znárodnování soukromého majetku jako začátek třídního boje proti vlastníkům výrobních prostředků. Ústava 9. května z roku 1948²³ rozlišuje typy majetku, petrifikuje znárodnění, zatím chrání jen drobné a střední podnikatele a osobní majetek. I přes tuto ústavní úpravu však vyvlastňování soukromých podnikatelů a združstevňování vlastníků půdy dále pokračuje. Socialistická ústava z roku 1960²⁴ již jednoznačně nadřazuje státní vlastnictví nad ostatní, soukromé vlastnictví již jen toleruje. Listina základních práv a svobod zavádí základ právní úpravy vlastnického práva v demokratickém právním státě. Až do přijetí Ústavy České republiky ústavní úprava obsahovala výlučný majetek státu - nerostné bohatství, základní zdroje energie, základní lesní půdní fond, přírodní zásoby podzemních vod, vodní toky a přírodní léčivé zdroje.

4. MEZINÁRODNÍ OCHRANA VLASTNICKÉHO PRÁVA

Stávající mezinárodní i vnitrostátní úprava vlastnictví jako lidského práva navazuje na Všeobecnou deklaraci lidských práv, která v čl. 17 stanoví, že každý má právo vlastnit majetek jak sám, tak spolu s jinými a nikdo nesmí být svévolně zbaven svého majetku.²⁵ Úmluva o odstranění všech forem rasové diskriminace z roku 1965 mezi občanská práva zařazuje právo každého vlastnit majetek a nabývat dědictví.²⁶

V Mezinárodním patku o občanských a politických právech, v Mezinárodním paktu o hospodářských sociálních a kulturních právech²⁷ ani v původním textu evropské Úmluvy o ochraně lidských práv a základních svobod²⁸ vlastnické právo nebylo zakotveno mezi chráněnými lidskými právy. Mezinárodní pakty pouze znají přirozené právo všech národů užívat plně a svobodně jejich přírodního bohatství a zdrojů (tedy jakési vlastnické právo národů – v čl. 47). Vlastnické právo patří mezi základní práva v Africké chartě (čl. 14), Americká úmluva právo na soukromé vlastnictví potvrzuje, avšak zakazuje lichvářství a veškerou jinou formu vykořisťování člověka člověkem.²⁹ V Evropě se až v čl. 1 Dodatkového protokolu evropské Úmluvy o ochraně lidských práv a základních svobod z roku 1952 stanoví, že každá fyzická nebo právnická osoba má právo pokojně užívat svůj majetek, nikdo

²¹ Zákon č. 121/1920 Sb., kterým se uvozuje ústavní listina Československé republiky

²² Obsah i ústavněprávní kritika těchto dekretů nemůže vzhledem ke své rozsáhlosti být předmětem této práce.

²³ Ústavní zákon č. 150/1948 Sb., Ústava Československé republiky

²⁴ Ústavní zákon č. 100/1960Sb., Ústava Československé socialistické republiky

²⁵ Usnesení Valného shromáždění OSN, uveřejněno v č.1ú1948 Vybraných Deklarací valného shromáždění OSN

²⁶ Vyhláška Ministra zahraničních věcí č. 95/1974 Sb.

²⁷ Vyhláška Ministra zahraničních věcí č. 120/1976 Sb.

²⁸ Sdělení FMZV č. 209/1992 Sb.

²⁹ Sudre, F. Mezinárodní a evropské právo lidských práv. Brno: Masarykova univerzita, 1997, s. 213

nemůže být zbaven svého majetku s výjimkou veřejného zájmu a za podmínek, které stanoví zákon a obecné zásady mezinárodního práva a dále dává státům právo přijímat zákony, které považují za nezbytné, aby upravily užívání majetku v souladu s obecným zájmem a zajistily placení daní a jiných poplatků nebo pokut.³⁰ Je třeba poukázat na to, že Evropská úmluva o ochraně lidských práv a základních svobod považuje udělování daní za právo státu.

Vlastnické právo je právem, které bývá zařazováno jak mezi hospodářská práva, tak mezi práva občanská. V různých obdobích, politických směrech i individuálních názorech je soukromému vlastnictví přikládána různá důležitost. Pro aktuální ústavní úpravu v České republice je třeba vycházet i z toho, že v předchozím komunistickém období bylo vlastnické právo častokrát vyprázdněno a u větších vlastníků úplně expropriováno.

Čl. 11 české Listiny základních práv a svobod stanoví: „Každý má právo vlastnit majetek. Vlastnické právo všech vlastníků má stejný zákonný obsah a ochranu. Dědění se zaručuje. (odst. 1) Zákon stanoví, který majetek nezbytný k zabezpečování potřeb celé společnosti, rozvoje národního hospodářství a veřejného zájmu smí být jen ve vlastnictví státu, obce nebo určených právnických osob³¹; zákon může také stanovit, že určité věci mohou být pouze ve vlastnictví občanů nebo právnických osob se sídlem v České a Slovenské Federativní Republice. (odst. 2) Vlastnictví zavazuje. Nesmí být zneužito na újmu práv druhých anebo v rozporu se zákonem chráněnými obecnými zájmy. Jeho výkon nesmí poškozovat lidské zdraví, přírodu a životní prostředí nad míru stanovenou zákonem. (odst. 3) Vyvlastnění nebo nucené omezení vlastnického práva je možné ve veřejném zájmu, a to na základě zákona a za náhradu. (odst. 4) Daně a poplatky lze ukládat jen na základě zákona (odst. 5).“ Vlastnictví je předpokladem svobody a rozvoje jednotlivce a základ jeho soukromé iniciativy.³² Současně však není odtrženo od společnosti a od práv a postavení jiných osob. Naše Listina základních práv a svobod tuto sociální podmíněnost vlastnictví či společenskou odpovědnost vlastníka vyjadřuje v čl. 11 odst. 3 shodně jako ústava Výmarské republiky (i aktuální německá ústava) tak, že „vlastnictví zavazuje“.

5. VZTAH DANÍ A VLASTNICTVÍ DLE EVROPSKÉ ÚMLUVY O OCHRANĚ LIDSKÝCH PRÁV A ZÁKLADNÍCH SVOBOD

Evropský soud pro lidská práva v řadě svých rozhodnutí doplnil výklad ochrany vlastnického práva Evropskou úmluvou. Majetek, který je chráněn, je veškeré jmění, tedy nehmotné statky, klientela, podnik, ekonomické zájmy spojené s určitým podnikatelským zájmem, pohledávka. Pojem „majetek“ má autonomní rozsah, který není omezen na vlastnictví hmotného jmění, a nezávisí na formální kvalifikaci vnitrostátního práva (J. Broniowski proti Polsku, 2002). Může zahrnovat jak "existující majetek", tak majetkové hodnoty, včetně pohledávek, na jejichž základě stěžovatel může tvrdit, že má přinejmenším „legitimní očekávání“ (ésperance légitime/ legitimate expectation) dosáhnout účinného užívání vlastnického práva (Gratzinger a Gratzingerová proti České republice, 2002 nebo Zvolský a Zvolská proti České republice, 2001). Ačkoli Evropská úmluva neobsahuje ustanovení o odškodnění za omezení či zbavení vlastnického práva, Evropský soud pro lidská práva jednoznačně dovodil, že povinnost

³⁰ Československo v roce 1992 přistupovalo k Evropské úmluvě již ve znění tohoto dodatkového protokolu, a proto je i tento Dodatkový protokol publikován spolu s Evropskou úmluvou ve sdělení č. 209/1992 Sb.

³¹ Aktuálně jde například o ložiska vyhrazených nerostů a nerostné bohatství dle zákona č. 44/1988 Sb., o ochraně a využití nerostného bohatství (horní zákon)

³² Filip, J. Vybrané kapitoly ke studiu ústavního práva. Brno: Masarykova univerzita, 1997, s. 87

odškodnit vyplývá implicitně z článku 1 Protokolu 1 jako celku. Omezení vlastnického práva je úvropskou Úmluvou dovoleno jako zbavení vlastnictví a úprava užívání majetku, avšak při respektování vlastnictví (nejpodstatnější judikát v této věci je určitě ve věci Sporrang a Lönnroth proti Švédsku), toto není možno omezeními úplně vyprázdnit.³³

Evropský soud pro lidská práva a Evropská komise při Radě Evropy v otázce úpravy užívání majetku vycházejí z toho, že pravomoc zdaňovat je atributem suverénního státu. Orgány Evropské úmluvy nemají za úkol kontrolovat jednotlivá rozhodnutí o zdanění, ale proporcionalitu mezi částkou daně a finančními schopnostmi poplatníka. Judikatura v této věci je však málo rozvinutá a těžko interpretovatelná. Evropská komise minimálně teoreticky uznala, že zásah státu spočívající ve zdanění může být zbavením vlastnického práva (privation de propriété). V oblasti zdanění je míra dovoleného rozhodování států široká a kontrola proporcionality úzká, někdy až formální. V případě Svenska proti Švédsku finanční povinnost plynoucí z výběru daně může zasahovat do ochrany vlastnictví, pokud je nepřiměřeným břemenem pro poplatníka a radikálně ohrožuje jeho finanční situaci (nakládá nesnesitelné břemeno nebo rozvrací jeho finanční situaci).³⁴ Aby bylo zdanění v souladu s Evropskou úmluvou, musí sledovat obecný zájem, avšak je volností států, aby definovaly, co „považují za nezbytné“. Evropský soud pro lidská práva tedy vykonává omezenou kontrolu zákonosti a účelnosti omezení, do kategorie obecného zájmu spadá úprava povolání, zákaz dovozu zlatých mincí, územní plánování, ochrana životního prostředí, ochrana nájemníka. V oblasti zdanění soud nezjišťuje přiměřenost, neboť nezbytnost opatření je oprávněn posoudit stát.³⁵

Ve věci Špaček s.r.o. proti České republice Evropský soud pro lidská práva dospěl k závěru, že pojem zákona, kterým dochází ke zdanění, musí být vykládán v materiálním smyslu, tedy že musí být přístupný a předvídatelný, postačila mu tedy publikace Postupů ve Finančním zpravodaji, zejména pokud žalobce sám aplikoval ve svém účetnictví požadované postupy a tudíž musel vědět o povinnosti, z nich plynoucí.³⁶ Ve věci Van Raalte proti Nizozemí Evropský soud pro lidská práva konstatoval, že vyžadovat příspěvky na rodinné přídatky od svobodného bezdětného muže staršího 45ti let je diskriminační, pokud byly v téže době od příspěvku osvobozeny ženy – jedná se o odlišné zacházení, které je neopodstatněné.³⁷ Ve věci Orion Břeclav s.r.o. proti České republice bylo konstатовáno, že zavedení místních poplatků, kterými se zatěžuje provozování výherních automatů není nepřiměřeným zásahem, neboť nebylo zavedeno ve všech obcích, jedná se tedy o relativní břemeno.³⁸ V případě Bufalo srl v likvidaci proti Itálii Evropský soud pro lidská práva konstatoval porušení vlastnického práva daněmi, které jsou nepřiměřené břemeno nebo zásadně zasahují do jeho finanční situace, neboť se společnost zaviněním státu dostala do situace, kdy po dlouhou dobu neměla k dispozici velkou sumu peněz a byla nucena si půjčit od banky, což zapříčinilo její další náklady. Situace společnosti byla o to horší, že neexistuje žádný způsob odvolání nebo

³³ Tato problematika je velmi dobře popsána v diplomové práci Smetáková, G. Ochrana vlastnického práva v judikatuře Ústavního soudu ČR a Evropského soudu pro lidská práva. PrF MU, 2004

³⁴ Sermet, L. La Convention européenne des Droits de l'Homme e tle droit de propriété. Strasbourg: Les éditions du Conseil de l'Europe, 1991

³⁵ Sudre, F. Mezinárodní a evropské právo lidských práv. Brno: Masarykova univerzita, 1997, s. 215

³⁶ Čapek, J. Právní slovník evropské ochrany lidských práv. Praha: Orac, 2002, s. 228

³⁷ <http://hudoc.echr.coe.int/hudoc/ViewRoot.asp?Item=0&Action=Html&X=713105036&Notice=0&Noticemode=&RelatedMode=0>

³⁸ <http://hudoc.echr.coe.int/hudoc/ViewRoot.asp?Item=1&Action=Html&X=713111440&Notice=0&Noticemode=&RelatedMode=0>

nápravy vzniklé situace.³⁹ Ve věci Jokela proti Finsku došlo k tomu, že stát pro účely vyvlastnění děděných pozemků využil nízkého odhadu ceny, avšak pro účely daně dědické provedl odhad vyšší, samostatně ani vyvlastnění, ani daň dědická nejsou porušením č. 1 Dodatkového protokolu, avšak souběh těchto dvou omezení porušením Úmluvy o ochraně lidských práv a základních svobod je.⁴⁰ Gasus Dosier – und Fordertechnik GmbH prodal holandské firmě své stroje s výhradou vlastnického práva až úplným zaplacením ceny strojů, tyto stroje byly u jeho kupce Nizozemím exekučovány pro daňový nedoplatek. Evropský soud pro lidská práva konstatoval, že zde došlo k jistému zásahu do „pokoje užívaní majetku“, avšak dle holandských předpisů mají daňové úřady právo zabavit majetek patřící třetí osobě, ale nacházející se na půdě dlužníka. Stěžovatel si měl být vědom toho, že jeho obchodní partner se může dostat do platební neschopnosti a že případný spor se by se řešil podle nizozemského práva, měl si tedy být vědom rizika a obchod lépe zabezpečit - požadavek vyváženosti mezi obecným zájmem a ochranou práv jednotlivce byl v tomto případě dodržen.⁴¹ Ve věci Dangeville proti Francii a Pine Valley Development Ltd. proti Irsku Evropský soud pro lidská práva stěžovatelům vyhověl, neboť k zásahům do jejich vlastnického práva došlo diskriminačně oproti jiným daňovým poplatníkům v obdobné situaci.⁴²

6. MEZE STÁTU V OBLASTI ZDAŇOVÁNÍ

Kolize daňového zákonodárství a daňové praxe v našem státě s principy demokratického právního státu, ochrany lidských práv a přímo s jednotlivými základními právy a svobodami není v odborné právní literatuře příliš frekventovaná. Dokonce toto téma není považováno za dostatečně důležité a zajímavé ani v politickém či etickém diskursu.

Právo podnikat a ochrana majetku jsou základem tržní ekonomiky. Současně naše společnost garantuje každému svému příslušníkovi sociální práva a plní i řadu služeb, které automaticky od státu očekáváme. K zajištění tohoto standardu stát potřebuje velké finanční zdroje.

Ochrana vlastnického práva byla od svých počátků spojena i s odpovědností vlastníka vůči ostatním a s možností toto právo v zájmu celku či státní moci nějak a za nějakých okolností omezit. Na druhou stranu panovník obvykle připustil účast ostatních na vládnutí pouze tehdy, pokud potřeboval jejich pomoc, tedy často pokud potřeboval jejich peníze. V oblasti zdanění platí velmi starý princip „není zdanění bez zastoupení“ – tedy, že daňovou povinnost může stanovit jen nějaký sbor zastupující poplatníky; nyní tedy pravidlo, že občanům není možno ukládat povinnosti (tedy i daňovou povinnost) jinak než zákony. Případné úvahy o tom, zda je státní moc nějak jinak omezena ve zdaňování osob nacházejících se na jejím území či svých občanů se objevují i v dějinách politického a ekonomického myšlení (Akvinský, Smith, Keynes) i v ústavách a rozhodnutích soudů. V Evropě obvykle občané v podstatě polovinu

³⁹<http://hudoc.echr.coe.int/hudoc/ViewRoot.asp?Item=1&Action=Html&X=713105859&Notice=0&Noticemode=&RelatedMode=0>

⁴⁰<http://hudoc.echr.coe.int/hudoc/ViewRoot.asp?Item=0&Action=Html&X=713110054&Notice=0&Noticemode=&RelatedMode=0>

⁴¹<http://hudoc.echr.coe.int/hudoc/ViewRoot.asp?Item=0&Action=Html&X=712094742&Notice=0&Noticemode=&RelatedMode=0>

⁴²<http://hudoc.echr.coe.int/hudoc/ViewRoot.asp?Item=0&Action=Html&X=713105942&Notice=0&Noticemode=&RelatedMode=0>
<http://hudoc.echr.coe.int/hudoc/ViewRoot.asp?Item=0&Action=Html&X=713110012&Notice=0&Noticemode=&RelatedMode=0>

svého příjmu dávají státu jako nějakou daň a jen tu druhou polovinu mohou využít pro své potřeby.⁴³ Ve státech s velkou tradicí solidarity (např. ve Francii či Německu) jsou lidé srozuměni s vysokou mírou zdanění, neboť vnímají povinnost státu postarat se o sociálně slabší, ale také po státu požadují určitý vysoký standard služeb (školy, kultura, veřejné knihovny apod.) i státní podporu určitým skupinám podnikatelů (např. vinaři, restauratéři, zemědělci apod.) a občanům (zdravotně postižení, etnické menšiny, ženy s dětmi, senioři). Evropané také chápou své platby pojištění zdravotního a sociálního jako daň svého druhu, za své zabezpečení ve stáří a nemoci pak činí stát rovněž odpovědný. Oproti Evropě je výše zdanění v USA výrazně nižší, dále i výdaje na sociální a zdravotní služby jdou mimo stát, takže občané spoření na důchod či zdravotní pojištění vnímají jako svůj soukromý výdaj, nikoli jako plnění vůči veřejným rozpočtům. Z tohoto pohledu pak je možno pozorovat i judikaturu ústavních a nejvyšších soudů pokud jde o proporcionalitu zdanění, kdy americký Nejvyšší soud stojí spíše na stanovisku povinnosti platit daně, jsou-li stanovené zákonem, bez možnosti jejich poměrování principem proporcionality, naopak evropské ústavy stanoví či ústavní soudy judikují o povinnosti státu zachovat přiměřenost daňové zátěže.

V souvislosti s daňovou politikou státu a hospodařením státu se také naskytá otázka, zda a v jakém rozsahu může stávající politická reprezentace zadlužit budoucnost. V daňové politice, ale i související politice v oblasti ochrany a podpory investic nadnárodních korporací i v stále se rozšiřující možnosti vyvlastňování je jednoznačně patrná a občany akceptovaná snaha za každou cenu se podbízet nadnárodním korporacím, které sice mohou přinést do naší země či konkrétních regionů pracovní příležitosti, ale současně mohou pracovní trh záměrně deformovat pro své potřeby.

Pojem daně v české teorii právní i ekonomické je traktován řadou významných představitelů odborné veřejnosti. Daň je možno vnímat z ústavněprávního pohledu jako omezení vlastnického práva i z pohledu státovědného jako občanskou povinnost. Přímo v Listině základních práv a svobod se vyskytuje pojem daň a poplatek, kteréžto pojmy jsou v právní teorii různě vykládány. Daň není možno chápat jen jako zdroj financování státu, ale také jako stimulaci žádoucího chování zdaňovaných subjektů.

Výběr daní státem, respektive získané peníze jsou podmínkou mocenské politiky. Vybírání daní se však stalo i jednou z příčin vzniku parlamentů, vedlo k sociálním nepokojům, které v důsledku zlepšovaly sociální situaci chudých. Jejich vyšší výběr a progresivita byly podmínkou zavádění a realizace nových sociálních lidských práv.

Při úvahách o mezích státu při zdaňování občanů je velmi důležitá myšlenka rovnosti a zákazu diskriminace. Zejména v německém ústavním právu i právní filozofii se problematika rovnosti v daňovém právu objevuje velmi často (pro francouzské pojetí je vůbec nejdůležitějším principem). V české judikatuře bývá princip rovnosti často řešen v rámci daňového řízení, a to nejčastěji jako princip rovnosti zbraní. V této souvislosti je jistě zajímavé srovnání právní úpravy penále, které platí poplatník v případě prodlení s úhradou daně a úroku, který platí stát, pokud neoprávněně vybral daň od poplatníka. Dřívější legislativní disproporce se nyní již vyrovnala a obě sankce jsou stejně vysoké.

⁴³ Viz např. každoročně vyhlašovaný Den daňových prázdnin, tedy den (obvykle v květnu až červenci), od kdy si občané mohou své vydělané peníze ponechat s tím, že do tohoto dne vydělávali jen na daň a poplatky odváděné do veřejných rozpočtů.

Z hlediska české ústavní úpravy je nejdůležitější vnímání daní jako omezení vlastnického práva, česká Listina základních práv a svobod se o daních zmiňuje právě v souvislosti s ochranou vlastnického práva jako o jedné z možností omezení vlastnického práva.

Český zákonodárce se ve své daňové legislativě dopustil snad všech nešvarů, jakých je možno se dopustit. Daňové předpisy jsou přehlídkou nedobře odvedené legislativní práce, kdy se setkáváme s pojmy, které nejsou v rámci právního řádu kompatibilní (např. pronájem x nájem a podnájem), s instituty nespojitelnými s civilněprávními instituty (technické zhodnocení) s těžkopádnými a nesrozumitelnými formulacemi připouštějícími více výkladů. V některých případech měla dokonce nejednoznačnost či spornost výkladu pojmů asi kriminální příčiny a rozhodně kriminální důsledky (LTO). Daňová legislativa vede ke zbytečné právní nejistotě a netransparentnosti. Daňové předpisy jsou rovněž přehlídkou lobbyismu, v jednotlivých předpisech je naprosto zřejmé, kdo prosadil svůj zájem na nižším či výhodnějším zdanění svého podnikání či svých zákazníků. Aktuální změna daňového práva⁴⁴ byla přijímána spornou legislativní procedurou.

Nejrozsáhlejší ústavněprávní a lidskoprávní judikatura v daňové oblasti se dotýká problematiky spravedlivého procesu, která se v oblasti daňověprávní nevyčerpává jen tím, že správní rozhodnutí v daňovém řízení jsou přezkoumávána nezávislými soudy předepsanou procedurou, ale že řada principů spravedlivého procesu zavazuje i správní orgány, vykonávající daňové řízení.⁴⁵

Pro české prostředí je nesmírně důležité v souvislosti s činností jakýchkoli správních orgánů zdůrazňovat principy dobré správy. Podmínkou dobré správy je transparentní právní úprava, vázanost správy zákonem a judikaturou i zaměření na lidských faktor veřejné správy. Za zmínku v tomto směru stojí tzv. daňový kánon Adama Smithe (uvedený v knize Blahobyt národů z roku 1776), podle něhož „(I.) poddaní každého státu mají přispívat k vydržování vlády pokud možno přesně úměrně k jejich příslušným schopnostem; to jest, v poměru k důchodu, kterému se každý těší pod ochranou státu. ... V zachování nebo nedbání této zásady spočívá stejnoměrnost nebo nerovnost zdanění. (II.) Daň, kterou každý jednatel jest zavázán platiti, má býti určitá a nikoli libovolná. ... (III.) Každá daň má býti vybírána v době i způsobem pro poplatníka pravděpodobně nejvýhodnějším. (IV.) Každá daň má býti tak vyměřena, aby vybírala a odníkala z kapes lidí co možno nejméně nad to, co přináší do veřejné pokladny státu.“⁴⁶

Při úvahách o zdaňování a výběru daní nelze opominout ani zásadní společenské jevy ovlivňující výběr daní, a to globalizaci, korupci a lobbyismus.⁴⁷

V životě většiny lidí je povinnost platit daně a právo státu omezovat tímto způsobem jejich pracovní činnost a majetek asi nejviditelnější jejich povinností vůči státu a nejrozsáhlejším omezením vlastnického práva. Ostatní právní pravidla a omezení jsou vysvětlitelná obvykle

⁴⁴ Zákon č. 261/2007 Sb., o stabilizaci veřejných rozpočtů

⁴⁵ Z procesního hlediska je v českém daňovém řízení zajímavá judikatura ve věci započitatelnosti daňových přeplatků v konkurzu, práva na plný přezkum správního rozhodnutí a přezkoumatelnost procedurálních rozhodnutí, judikatura o problematice náležitostí rozhodnutí v daňovém řízení i další procedurální otázky.

⁴⁶ Citováno i v rozhodnutích českého Nejvyššího správního soudu (viz 2 Afs 4/2005).

⁴⁷ Viz např. práce autorky Jevy ovlivňující výběr daní : spravedlnost, lidská práva a svobody, Evropská unie, globalizace, lobbyismus, korupce. Časopis pro právní vědu a praxi, Brno : Masarykova univerzita. Právnická fakulta, Roč. 14, č. 1, od s. 13-17, 5 s. ISSN 1210-9126. 2006.

zájmem ostatních spoluobčanů, musíme se zdržet v nějaké své svobodě či právu, abychom nezasahovali do svobody či práva druhého. V oblasti daní však stát bere náš majetek pro sebe, respektive pro svou činnost. Současně však toto omezení vlastnického práva je nutnou podmínkou, aby stát měl dostatek prostředků pro zabezpečení jiných našich základních práv (zejména v oblasti sociálních, hospodářských a kulturních práv). Při stanovování a výběru daní stát často omezuje naše další práva, svobodu povolání a podnikání, právo na spravedlivý proces, dobrou správu, právo na rovnost a na dodržování zásad demokratického právního státu.

Z pohledu principů právního státu je aktuálně nejdůležitějším problémem zjednodušení předpisů o zdaňování, předvídatelnost práva a transparentnost předpisů i individuálních rozhodnutí.

Pro vyšší legitimitu daňové právní úpravy a tím i větší ochotu lidí platit daně je třeba, aby finanční úřady dbaly všech základních ústavních hodnot a dodržovaly princip dobré správy. Nezbytně nutné je, aby byli občané informováni co nejvíce o využití jim odebraných peněz a aby nedocházelo ke korupci při zadávání veřejných zakázek a při hospodaření s veřejnými prostředky. Stávající postoj politické elity k problému korupce je alarmující – proklamace o boji s korupcí zaznívají od politiků, kteří nedokáží vysvětlit zdroje svého majetku. Legislativa by se pak měla vymanit z vlivu různých lobujících skupin a případné vyhovění lobbyismu v daňových předpisech by mělo být transparentní, kontrolovatelné a veřejnosti známé.

V oblasti veřejných financí je zřejmé, že je nutno je reformovat, a to proto, že dosavadní praxe by mohla vést k úplnému zhroucení sociálního státu, a tím k porušení všech sociálních práv občanů. Při reformování oblasti veřejných financí však není možno s ohledem na dosaženou úroveň lidskoprávní ochrany připustit ani omezení doposud získaného standardu sociálních práv. Propad financování sociálních práv ze strany státu může nastat i v důsledku změn způsobených globalizací, kdy se spotřeba a čerpání sociálních výhod, výroba a zdanění oddělují do různých míst na planetě (tedy do různých států). Pro další mezinárodní spolupráci je třeba při zachování národních zvláštností sladovat zdanění v Evropské unii, aby se podmínky podnikání v jednotlivých státech co nejvíce přibližovaly – různé míry a způsoby zdanění jsou v podstatě poslední brzdou volného pohybu zboží, služeb a kapitálu.⁴⁸ Na druhou stranu však právě způsob zdanění, míra progresivity, rozsah sociálního státu často jednotlivé státy výrazně odlišuje, v Irsku se vybrané daně podílejí na hrubém domácím produktu výrazně méně než ve Švédsku, kromě těchto extrémních případů je třeba si uvědomit i velký rozdíl Francie a Velké Británie nebo České republiky a Slovenska. V Irsku podle OECD v roce 2003 činil podíl zdanění na hrubém domácím produktu 30 %, ve Švédsku 50,8 %, ve Francii 44,2 % a ve Velké Británii 35,4 %. Ve České republice v roce 2003 podíl zdanění na HDP činil 39,9 %, v roce 2002 na Slovensku 33,1 %.

V globalizované ekonomice jsou evropské sociální státy vedeny k tomu, že mzdy stagnují a zaměstnanci jsou stále více zatěžováni daněmi a odvody, naproti tomu podnikatelé a firmy, mající stoupající podíl na příjmech z hrubého domácího produktu, mají klesající podíl na platbě daní, postupně se tedy přerozdělování děje směrem zdola nahoru. K tomu pak je možno přičíst omezování daňové progresse, rovnou daň, vedoucí někdy až k regresivnímu zdanění.

⁴⁸ Viz autorčin článek Daně a evropská integrace v časopise Daně a finance Orac 5/2006

Neopomenutelnou podmínkou řešení problematiky práva na příznivé životní prostředí i práva získávat prostředky pro své životní potřeby prací by mohla být dobrá ekologická daňová reforma tak, aby se přírodní vstupy a externality zdražily a pracovní síla zlevnila.

Z uvedených úvah o struktuře zdanění i s přihlédnutím k doporučením OECD a snaze snížit daňové úniky vyplývá, že spravedlivější a jednodušší je daňově zatížit spotřebu, nikoli příjmy, avšak u toho zohlednit sociálně důležité zboží tak, aby nebyla zdaněna chudoba (tedy více zdanění luxusu, méně základní spotřeby). Mezinárodní srovnání ukazují, že i velmi sociální země na nepřímých daních (spotřební a z přidané hodnoty) vybírají více než Česká republika. U zdanění je rovněž potřeba se zabývat platbami na sociální zabezpečení, které jsou obvykle považovány za určitou formu zdanění. Platby sociálního pojištění v České republice výrazně zdražují náklady na zaměstnance a mají vlastně charakter rovné daně, jsou procentuálně stejně vysoké pro všechny výše příjmů fyzických osob. Česká republika by měla rovněž snížit náklady spojené s výběrem a správou daní (má je ze všech členských zemí Evropské unie relativně nejvyšší).

Pro ochranu daňového poplatníka by mohlo být v oblasti ústavního práva na zvážení, zda nezavést rozsáhlejší ústavní úpravu, aby nebylo možno zavádět nové daně bez daňového konsensu vlády i opozice, aby došlo k ústavnímu zákazu retroaktivity daňových předpisů, aby byly na ústavní úrovni stanoveny meze zákonodárci i cíle daňové politiky apod.

V kapitalistické společnosti jsou peníze zásadní mírou úspěšnosti člověka. Od výše příjmu a velikosti majetku se odvozuje pozice individua ve společnosti. O skutečné státní politice rozhodují stále ve větší míře vedle politiků vzešlých z voleb nadnárodní korporace; státní i mezinárodní politika je často bezradná před důsledky a účinky celosvětových finančních toků a jednání hospodářských aktérů. Vnímání těchto globálních souvislostí i aktuálních politických a korupčních skandálů by však konkrétního poplatníka daní, úředníka, politika nemělo vést k defetismu a rezignaci či dokonce k tolerování a provozování protiprávních a nemorálních kroků.

Použité prameny:

- Bakeš, M. a kol. Finanční právo. 3. aktualizované vydání. Praha: C.H. Beck, 2003
- Bárta, J. Státní rozpočet jako součást majetku státu a jako předmět právní úpravy (teze). ASPI
- Bauman, Z. Globalizace. Praha: Mladá fronta, 2000
- Buchanan, J. Veřejné finance v demokratickém systému. Praha: Computer Press, 1998
- Čapek, J. Právní slovník evropské ochrany lidských práv. Praha: Orac, 2002
- Čáslavský, M. a kol. Daňové judikáty. 1. díl. Praha: Linde, 1999, 2. díl. Praha: Linde, 2000, 3. díl. Praha: Linde, 2000, 4. díl. Praha: Linde, 2002
- Dančák, B. a Šimíček, V.: Základní práva a právní stát v judikatuře ústavních soudů, Brno: Masarykova univerzita, 2000
- Dienstbier, F.: Ekonomické nástroje ochrany životního prostředí, disertační práce na právnické fakultě Masarykovy univerzity, katedra práva životního prostředí a pozemkového práva, 2006

- Filip, J. Ústavní právo České republiky 1. Brno: Masarykova univerzita, Doplněk, 2003
- Filip, J. Vybrané kapitoly ke studiu ústavního práva. Brno: Masarykova univerzita, 1997
- Grůň, L. Finanční právo a jeho instituty. Praha: Linde Praha, a.s., 2004
- Hácha, E. Slovník veřejného práva československého. Brno: Polygrafia, 1929, reprint původního vydání, Praha: Eurolex Bohemia, 2000
- Hattenhauer, H.: Evropské dějiny práva, 1.vyd., Praha: C.H.Beck, 1998
- Hollander, P. Ústavněprávní argumentace. Praha: Linde nakladatelství s.r.o., 2003
- Hollander, P. Základy všeobecné státovědy. Praha: Nákladem Spolku čs. právníků Všeřrd, 1995
- Chmelík, J. a kol. Pozornost, úplatek a korupce. Praha: Linde Praha, a.s., 2003
- Jirásková, V. Dokumenty k ústavním systémům. Praha: Vydavatelství Karolinum, 1996
- Kameníček, F. Zemské sněmy a sjezdy moravské, Brno: Moravská akciová knihtiskárna v Brně, 1900
- Keller, J. Politika s ručením omezeným. Praha: Evropský literární klub, 2001
- Keller, J. Soumrak sociálního státu. Praha: Sociologické nakladatelství, 2005
- Keynes, J.M. Ekonomické důsledky míru. Brno: Centrum pro studium demokracie a kultury, 2004
- Keynes, J.M. Obecná teorie zaměstnanosti, úroků a peněz. Praha, 1963
- Kindl, M., Telecký, D. a Válková, H. Zákon o správě daní a poplatků - komentář, Praha: C.H. Beck, 2002
- Klabouch, J. Západoevropská právní filozofie ve 2. polovině 20. století. Praha: Academia, 1989
- Klein, S. Daňové ráje. Ostrava: Sagit, 1998
- Klíma, K. Ústavní právo. Dobrá Voda: Aleš Čeněk, 2002
- Knapp, V. a kol. Tvorba práva a její současné problémy. Praha: Linde Praha a.s., 1998
- Kobík, J. a kol. Daňové spory, jejich prevence a řešení. CODEX Bohemia, 1998
- Kol. autorů PF UK. Občanská a lidská práva. Praha: Aleko, 1992
- Kubátová, K. Daňová teorie a politika, 1.vyd. Praha: Eurolex Bohemia, 2000
- Kubátová, K. Daňová teorie - úvod do problematiky. Praha: ASPI, a.s., 2005
- Kubátová K., Vítek, L. Daňová politika. Praha: Codex. 1997
- Kuhn, Z. Aplikace práva ve složitých případech. K úloze právních principů v judikatuře. Praha: Nakladatelství Karolinum, 2002
- Kvasničková, A. Dějiny ekonomického myšlení. Praha: Nakladatelství Rego, 1999
- Laitkeřová, E. Veřejné finance. Brno: VUT v Brně, 2001

- Landes, D.S. Bohatství a bída národů. Proč jsou někteří tak bohatí a někteří tak chudí. Praha: Nakladatelství bb/art, 2004
- Madar, Z. Slovník českého práva, 2. rozšířené a podstatně přepracované vydání. Praha: Linde Praha, 1999
- Malenovský, J. Mezinárodní právo veřejné. Obecná část. Brno: Masarykova univerzita a nakladatelství Doplněk, 1997
- Mikule, V., Sládeček, V. Ústavní soudnictví a lidská práva. Praha: CODEX, 1994
- Mill, J.S. O individualitě. Praha: John Stuart Mill, 1880
- Morange, J. Libertés publiques. Paris: Preses Universitaires de France, 1985
- Mrkývka, P. Finanční právo a finanční správa, 2. díl, 1. vyd., Brno: MU v Brně, 2004
- Pavlíček, V., Hřebejk, J. Ústava a ústavní řád České republiky, Svazek I.: Ústava ČR, Praha: Linde Praha a.s., 1994
- Pomahač, R., Vidláková O. Veřejná správa. Praha: C. H. Beck, 2002
- Pražák, J. Rakouské právo ústavní, část třetí - ústava říšská, Praha: Jednota právnická, 1902
- Quesnay, F. Ekomomická tabulka a jiné ekonomické spisy. Praha: SNPL, 1958
- Rambousek, J. Nový zákon o DPH platný od vstupu ČR do EU. ASPI. 2004
- Ricardo, D. Zásady politickej ekonómie a zdaňovania, Bratislava: Pravda, 1980
- Sbíрка nálezů a usnesení Ústavního soudu ČR. Sv. 1 – 39. Praha: C.H. Beck
- Smith, A. Pojednání o podstatě a původu bohatství národů. Praha: Státní nakladatelství politické literatury, 1958, případně nové vydání Praha: Liberální institut, 2001
- Sudre, F. Mezinárodní a evropské právo lidských práv. Brno: Masarykova univerzita, 1997
- Svatoň, J. Vládní orgán moderního státu. Brno: Doplněk, 1997
- Široký, J. Daňové teorie. Praha: C.H. Beck, 2003
- Šišková, N. Dimenze ochrany lidských práv v EU. ASPI, 2003
- Šišková, N. Evropská unijní ochrana lidských práv. Praha: Linde Praha, a.s., 2001
- Šamalík, F. Právní stát – geneze a principy. Právo a zákonnost. Ročník XL. Číslo 1. 1992
- Šubert, F.A. Malý Ottův slovník naučný dvoudílný. Praha, 1905
- Wagnerová, E. Ústavní soudnictví. Praha: Linde Praha a.s., 1996
- Weinberger, O. Norma a instituce. Brno: Masarykova univerzita, 1995
- Weyr, F. Československé právo ústavní. Praha: Melantrich, 1937
- Zakaria, F. Budoucnost svobody, Praha: Academia, 2005
- Žák, M. a kol. Velká ekonomická encyklopedie. Praha: Linde Praha,a.s., 1999
- Bárta, J. Ke zdaňování příjmů v historické perspektivě a v platné právní úpravě. Právník 1996. č. 4

- Hertl D. Velká daňová válka v Čechách. Respekt. 2005. č. 21
- Kosikowski, C. Propozycja reformy polskiego systemu podatkowego. Państwo i prawo. Roč. 2003. č. 3
- Krnáčová A. Co se stane, když se zhasne? In Co se stane, když se zhasne? Kolektiv autorů. Praha: Prostor, 2004
- Kudrna, J.: Mimořádná fiskální opatření a zásady právního státu - polský případ a jeho význam pro český právní řád in Pocta prof. JUDr. Václavu Pavlíčkovi, CSc. k 70. narozeninám, Linde Praha a.s., 2004
- Mezřický, V. Peripetie procesu globalizace. In Globalizace, Václav Mezřický (ed.). Praha: Portál, 2003
- Slačálek, O. V kontextu dnešní možné revoluce ... In Člověk, moc a spravedlnost, Noam Chomsky, Fons Elders, Michel Foucault. Praha: Intu:, 2005
- Šimáčková, K. Bezmoc daňového poplatníka. Právní fórum. 2004, č. 3
- Šimíček, V. Opomenutí zákonodárce jako porušení základních práv. In Deset let Listiny základních práv a svobod v právním řádu České republiky a Slovenské republiky. 1. vyd. Brno : Masarykova univerzita. Mezinárodní politologický ústav, 2001
- Šturma P. Vztah Charty EU k dosavadnímu systému ochrany lidských práv v Evropě. Právní rozhledy č.9, 2004
- Šturma, P., Vláda práva podle Evropské úmluvy o lidských právech, Právník č. 5, 1993
- Švehla, M. Boj s rakovinou české korupce bude těžší, než se čekalo. Respekt. č. 38, 2005
- Afheldr, H. Wirtschaft, die arm macht. Vom Sozialstaat zur gespaltenen Gesellschaft. Munchen: Verlag Antje Kunstmann, 2003
- Arndt, H.-W. Grundzüge des Allgemeinen Steuerrechts. München: Verlag Franz Valen Muenchen, 1988
- Birk, D. Steuerrecht, 7. vyd., Heidelberg: C.F.Müller, 2004
- Gicquel, J. Droit constitutionnel et institutions politiques. Paris: Montchrestien, 1991
- Dago, G. Contentieux constitutionnel francois, Paris: PUF, 1998
- Doehring, K.Ernst Forsthoff als Hochschullehrer, Kollege und Freund. Vortrag anlässlich einer Gedenkfeier zum 100. Geburtstag von Ernst Forsthoff. Heidelberg: Max Planck Institut, 13.9.2002
- Doralt, W., Ruppe, H.G. Grundriss des oesterreichischen Steuerrechts. Wien, 1989 (2 díly)
- Duguit, L. L'Etat, le droit positif et la loi positive, Paris, 1901, Leçon de droit public général, Paris 1925
- Duhamel, O. Dictionnaire constitutionnel, Presses Universitaires de France, Paris, 1992

- Ermacora, F. Menschenrechte in der sich wandelnden Welt. Historische Entwicklung der Menschenrechte und Grundfreiheiten. Wien: Verlag der Osterreichischen Akademie der Wissenschaften, 1974
- Favoreu, L., Philip, L. Les grandes décisions du Conseil constitutionnel. Paris: Sirey, 1986
- Gawel, E. Das Steuerstaatsgebot des Grundgesetzes. Der Staat. Roč. 2000. č. 2,
- Gounelle, M. Introduction au droit public français. Paris: Editions Montchrestien, 1979
- Kosikowski, C. Propozycja reformy polskiego systemu podatkowego. Państwo i prawo. Roč. 2003. č. 3
- Kostecki Apoloniusz a kol. Prawo finansowe i nauka prawa finansowego na przelomie wiekow. Zakamycze, 2000
- Krichhof, P. Der Staat als Garant und Gegner der Freiheit. Heidelberg: Schoningh, 2004
- Kruger, K. Finanzstaat Hessen 1500 - 1576. Marburg, 1981
- Maurer, H. Idee und Wirklichkeit der Grundrechte. Jurist. Zeitung. 14. 54. Jahrgang. 16.Juli 1999
- Mirrlees, J. Information and Incentives: The Economics of Carrots and Sticks. Reprint from Les Prix Nobel, 1996, Stockholm, Norstedts Tryckeri
- Pigou, A.C. The Economics of Welfare. London, 1932
- Reinhard, W. Geschichte der Staatsgewalt. Munchen: C.H. Beck, 1999
- Schvennicke, A.: Ohne Steuer kein Staat. Zur Entwicklung und politischen Funktion des Steuerrechts in den Territorien des Heiligen Romischen Reiches 1500 - 1800, Frankfurt 1996
- Rodi, M. Die Rechtfertigung von Steuern als Vefassungsproblem. Munchen: C.H. Beck, 1994
- Schultz, U. Mit dem Zehnten fing se an. Eine Kulturgeschichte der Steuer. Munchen, 1986
- Sermet, L. La Convention européenne des Droits de l'Homme e tle droit de propriété. Strasbourg: Les éditions du Conseil de l'Europe, 1991
- Starck, Ch. Das Bonner Gundgesetz. Band I. Mnichov: Verlag Franz Vahlen, 2000
- Tipke, K. Besteuerungsmoral und Steuermoral. Wiesbaden: Westdeutscher Verlag GmbH, 2000
- Totabas, L., Cotteret J.-M. Droit budgétaire et domptabilité publique. Paris: Dalloz 1985
- Turpin, D. Drouit constitutionnel, Paris: Preses Univeritaires de France, 1999
- Vogel, K. Kirchhof, P. Grundlagen des Finanzverfassungsrechts, Heidelberg, 1999
- Wolff, M. Privat International Law, S. 461; Kahn-Freund, Modern Law Review 2, 1938
- Winkelbauer, T. Österreichische Geschichte. Wien: Verlag Carl Ueberreuter, 2003

- Wittmann W. Finanzwissenschaft. Stuttgart: Lucius und Lucius, 1977

Judikatura

Ústavní soud ČR

- Pl. ÚS 19/93, publikován ve Sbírce zákonů pod č. 14/1994 Sb.
- Pl. ÚS 38/95, publikováno ve Sbírce zákonů pod č. 130/1996 Sb.
- Pl. ÚS 8/98, publikováno ve Sbírce zákonů 300/1998 Sb.
- Pl. ÚS 28/98, publikováno ve Sbírce n. a u. US. Sv. č. 16. Nález č. 161, s. 185, č. 2/2000 Sbírky zákonů
- Pl. ÚS 24/99, publikováno ve Sbírce zákonů pod č. 167/2000 Sb.
- Pl. ÚS 16/99, publikováno ve Sbírce zákonů pod č. 276/2001 Sb.
- Pl. ÚS 17/99, publikováno ve Sb. n. a u. US. Svazek č. 16. Nález č. 174, s. 267, č. 3/2000 Sb.
- Pl. ÚS 51/2000, publikováno ve Sb. n. a u. US. Svazek č. 21. Nález č. 42, s. 369, č. 128/2001 Sb.
- Pl. ÚS 39/01, publikováno ve Sb. n. a u. US. Sv. č. 28. Nález č. 135, s. 151 (č. 499/2002 Sb.)
- Pl. ÚS 3/02, publikováno ve Sb. n. a u. US. Sv. č. 27. Nález č.105, s. 177 (č. 402/2002 Sb.)
- I. ÚS 466/97, publikováno ve Sb. n. a u. US. Svazek č. 11. Nález č. 88, s. 279
- I. ÚS 107/2000, publikováno ve Sbírce n. a u. US. Sv. č. 18. Nález č. 82, s. 205
- I. ÚS 504/03, publikováno ve Sb. n. a u. US. Sv. č. 31. Nález č. 138, s. 227
- II. ÚS 271/96, publikováno ve Sbírce n. a u. US. Sv. č. 9. Nález č. 140. s. 253
- II. ÚS 91/98, publikováno ve Sbírce n. a u. US. Sv. č. 12. Nález č. 101, s. 57
- II. ÚS 318/98, publikováno ve Sbírce n. a u. US. Sv. č. 14. Nález č. 89. s. 241
- II. ÚS 31/99, publikováno ve Sbírce n. a u. US. Sv. č. 16. Nález č. 181. s. 315
- II. ÚS 444/2000, publikováno ve Sbírce n. a u. US. Svazek č. 24. Nález č. 185, s. 379
- II. ÚS 660/2000, publikováno ve Sbírce n. a u. US. Sv. č. 24. Nález č. 171, s. 275
- II. ÚS 232/02, publikováno ve Sb. n. a u. US. Sv. č. 28. Nález č. 134, s. 132
- II. ÚS 334/02, publikováno ve Sbírce n. a u. US. Svazek č. 30. Nález č. 63, s. 129
- III. ÚS 86/99, publikováno ve Sbírce n. a u. US. Svazek č. 16. Nález č. 155, s. 151
- III. ÚS 259/2000, publikováno ve Sbírce n. a u. US. Sv. č. 21. Usnesení č. 5. s. 481
- IV. ÚS 168/96, publikováno ve Sbírce n. a u. US. Sv. č. 7. Nález č. 39, s. 271
- IV. ÚS 324/97, publikováno ve Sb. n. a u. Sv. č. 10. Usnesení č. 8, s. 363

- IV. ÚS 198/99, publikováno ve Sbírce n. a u. US. Sv. č. 14. Usnesení č. 43, s. 367
- IV. US 402/99 publikováno ve Sbírce n. a u. US. Sv. č. 22. Nález č. 73, s. 131
- IV. ÚS 179/2001, publikováno ve Sbírce n. a u. US. Sv. č. 23. Nález č. 131, s. 251
- IV. ÚS 42/02, publikováno ve Sbírce n. a u. US. Sv. č. 29. Usnesení č. 1. s. 429
- IV. ÚS 267/02, publikováno ve Sb. n. a u. US. Sv. č. 28. Nález č. 150, s. 353
- IV. ÚS 273/02, publikováno ve Sb. n. a u. US. Sv. č. 28. Nález č. 131, s. 125
- IV. ÚS 40/03, publikováno ve Sbírce n. a u. US. Sv. č. 30. Nález č. 107, s. 483
- IV. ÚS 29/05

Nejvyšší správní soud ČR

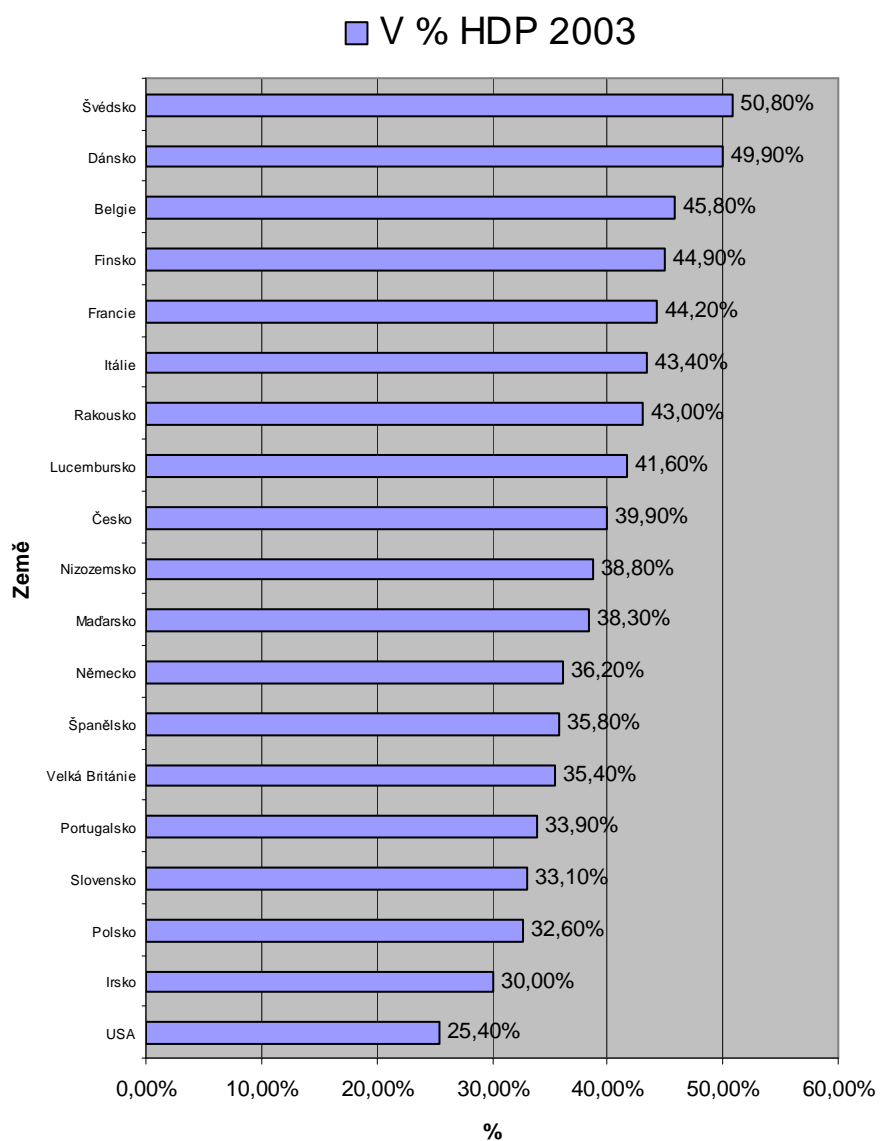
- rozhodnutí sp. zn. 2 Afs 4/2005 a 2 Afs 22/2005, obě ze dne 12.1.2006
- rozhodnutí 2 Afs 62/2004 ze dne 24.2.2005, publikováno ve Sbírce rozhodnutí NSS č. 6/2005, rozh. č. 572
- rozhodnutí sp. zn. 2 Afs 202/2004 ze dne 18.8.2005
- rozhodnutí sp. zn. 2 Afs 180/2004 ze 14.5.2005
- rozhodnutí sp. zn. 1 Afs 3/2003 ze dne 11.3./2004, publikováno ve Sbírce rozhodnutí NSS č. 9/2004, rozh. č. 327.
- Evropský soud pro lidská práva
- Rozsudek ESLP ve věci BRANDSTETTER v. Rakousko, 1991, A-211
- Rozsudek ELSP ve věci GOLDER v. Velká Británie, 1975, A-18
- Rozsudek ESLP ve věci BARBERA v. Španělsko, 1988, A-146
- Rozsudek ESLP ve věci CUBBER v. Belgie, 1984, A-86
- Rozsudek ESLP ve věci DE MICHELI v. Itálie, 1993, A-257D

Kontaktní údaje na autora – email:

katerina@simackova.cz

katerina.simackova@law.muni.cz

Přílohy:



Obrázek 1: Výše daní v jednotlivých státech (v % HDP, rok 2003), zdroj: OECD

Země	Příjem na úrovni 2/3 průměrného platu	Průměrný plat	Příjem o 2/3 převyšující průměrný příjem	Průměrný plat v Kč
Rakousko	38,6	44,9	50,4	62 365
Belgie	46,9	54,2	60,3	80 702
Česko	41,9	43,6	46,0	18 000
Dánsko	39,4	41,5	49,9	108 327
Finsko	38,6	43,8	49,7	73 622
Francie	32,5	47,4	50,6	57 717
Německo	45,4	50,7	55,7	85 220
Maďarsko	38,7	43,8	54,5	11 588
Irsko	15,6	23,8	35,0	68 227
Itálie	41,7	45,7	50,5	56 707
Lucembursko	27,5	31,9	39,8	81 465
Nizozemsko	38,1	43,6	40,5	81 142
Polsko	41,9	43,1	44,1	16 703
Portugalsko	29,6	32,6	38,2	22 262
Slovensko	38,8	42,0	44,5	11 400
Španělsko	33,6	38,0	41,9	44 782
Švédsko	46,2	48,0	52,4	64 914
Vel. Británie	20,1	24,4	26,9	84 316
USA	27,3	29,6	34,8	71 032

Obrázek 2: Kolik si jednotlivé státy berou z příjmů obyvatel: Daně z příjmu a pojištění včetně části placené zaměstnavatelem, rok 2003. Zdroj: OECD

KOMU ZVONÍ KATEDRÁLA? – VLASTNICTVÍ KATEDRÁLY SV. VÍTA, VÁCLAVA A VOJTĚCHA Z ÚSTAVNĚPRÁVNÍHO POHLEDU

JIŘÍ ZEMAN

Právnická fakulta Masarykovy univerzity, Česká republika

Abstrakt

Příspěvek se snaží popsat nejdůležitější skutečnosti, které jsou rozhodné pro pochopení bezmála 16 let trvajících soudního sporu mezi Českou republikou a katolickou církví o tom, komu svědčí vlastnické právo ke katedrále sv. Víta, Václava a Vojtěcha i některým dalším nemovitostem v areálu Pražského hradu. Příspěvek na celý spor nahlíží z pohledu ústavněprávního, historickoprávního a filozofickoprávního. Neopomíná však ani rozměr občanskoprávní, resp. rozměr restitučního zákonodárství.

Klíčová slova

Vlastnictví, katedrála sv. Víta, Václava a Vojtěcha, restituce, vyvlastnění, katolická církev, suverenita státu, ústavní právo.

Abstract

The purpose of this text is to describe the most important facts that are decisive for good understanding of the almost 16 years long law-suit between the Czech Republic and the Catholic Church over the St. Vitus', Wenceslas' and Vojtěchs' cathedral and some other realities in the premises of the Prague Castle. The text thinks of the problem primarily from the perspective of constitutional law, legal history and philosophy of law but doesn't leave civil law and restitutorial legislation behind either.

Key words

Ownership, St. Vitus', Wenceslas' and Vojtěchs' cathedral, restitution, expropriation, Catholic Church, statehood, constitutional law.

ÚVOD

V souladu s tím, že tématem naší sekce jsou ústavněprávní aspekty vlastnictví a jeho ochrana, rozhodl jsem se zaměřit svoji pozornost na to, kdo je vlastníkem katedrály sv. Víta, Václava a Vojtěcha (dále jen „Katedrála“)¹, neboť se domnívám, že tato stavba má v první řadě symbolický charakter, jenž je do té míry tak významný, že ho lze považovat za jeden z vjemů, který je možno vnímat jako jeden z kamínek mozaiky, jenž umožňuje, aby čl. 1 odst. 1 ústavního zákona České národní rady č. 1/1993 Sb., Ústava České republiky, v aktuálním znění (dále jen „Ústava“) mohl říkat: „*Česká republika je svrchovaný, jednotný a demokratický právní stát založený na úctě k právům a svobodám člověka a občana.*“ Ve svém příspěvku se přitom budu zabývat čistě otázkou, komu patří, resp. metaforicky komu zvoní, nebudu se naopak zabývat otázkou, který subjekt na straně katolické církve (dále jen

¹ Katolická církev tvrdí, že kromě vlastnického práva ke katedrále sv. Víta, Václava a Vojtěcha jí svědčí také vlastnické právo ke kapli Všech svatých, ke kanovnickým domům a Novému probošství ve Vikářské ulici a bazilice sv. Jiří. Nebude-li dále uvedeno jinak, budeme rozumět pod označením „Katedrála“ pouze katedrálu sv. Víta, Václava a Vojtěcha.

„církev“) je aktivně legitimován ve sporu vystupovat.² Je třeba též říci, že se jedná, bohužel, o problém stále aktuální – v září 2008 totiž právní zástupce církve podal dovolání proti rozsudku Městského soudu v Praze, kterým tento soud nově přiznal Katedrálu státu.³

HISTORIE KATEDRÁLY A JEJÍ VLASTNICTVÍ OD DOBY PRADÁVNÉ DO DOBY MODERNÍ

Nemám v úmyslu na tomto místě provádět hlubokou historickou analýzu, která by nevyhnutelně musela sklouznout do „referátu dějepisného“ či „referátu kunsthistorického“. Přesto je zcela rozhodující skutečností, že prvním svatostánkem, jenž je nepochybně základem celého genia loci nynějšího prostoru Katedrály, byla předrománská rotunda založena knížetem Václavem. Základní kámen současného gotického chrámu byl položen z podnětu Karla IV. Za života Karla IV. se na Katedrále usilovně pracovalo. Po jeho smrti (1378) se podmínky pro dostavbu Katedrály začaly zhoršovat, až roku 1419 se stavba zastavila úplně. Následovalo období, kdy Katedrála více chátrala, než se rozvíjela. „Větší změny“ se Katedrála dočkala pouze v období, kdy Evropa byla ohrožena Turky. Tehdy, aby si císař naklonil Pánaboha a nad Turky vyhrál, nechal alespoň dokončit rozestavěnou věž.⁴ Potom se zase dlouhou dobu nedělo nic. Až v polovině 19. století Václav Michal, potomek šlechtického rodu, založil tzv. Jednou pro dostavění svatovítského chrámu, která shromažďovala prostředky pro Katedrálu více než 70 let.⁵ Zcela byla Katedrála dokončena až

² Zde jen připomínám, že na začátku sporu, tedy 30. 12. 1992, podala Náboženská matice proti Kanceláři prezidenta republiky určovací žalobu v souladu s ustanovením § 80 písm. c) zákona č. 99/1963 Sb., Občanský soudní řád, ve znění pozdějších předpisů (dále jen „o.s.ř.“), kterou se domáhala, aby soud určil, komu svědčí vlastnické právo ke Katedrále a několika dalším nemovitostem v areálu Pražského hradu [věc napadla Obvodnímu soudu pro Prahu 1 (sp. zn. 13 C 544/1992)]. K této žalobě se přidaly Katolický kostel Všech svatých, Katolický metropolitní kostel u sv. Víta a Pražská proboštská benefice Metropolitního dómu. Nejvyšší soud pak definitivně určil (stalo se tak 28. 7. 2005, kdy zamítl dovolání vedené pod sp. zn. 20 Cdo 484/2005 – text rozhodnutí je dostupný online: Rozhodnutí NS [databáze online]. Brno (Česko) : Nejvyšší soud České republiky, 2007 [citováno 11. 10. 2008]. Dostupné z URL <<http://www.nsoud.cz/rozhod.php>>. Databáze rozhodnutí Nejvyššího soudu České republiky.), že ve výše vzpomínaném řízení před Obvodním soudem pro Prahu 1, sp. zn. 13 C 544/1992, bude pokračováno se dvěma žalobci, a to s Metropolitní kapitulou u sv. Víta a s Kolegiální kapitulou Všech svatých na Hradě pražském. Viz k tomu Bárta, J. Ke stavu řízení o vlastnictví ke Katedrále sv. Víta po rozhodnutí Nejvyššího soudu z 28. 7. 2005 [citováno 11. 10. 2008]. Dostupné z URL <http://www.hrad.cz/cms/cz/info_servis/soudni_spor/2877.shtml>. Všechny tyto subjekty, jakož i katolickou církev samu, budeme v dalším textu označovat jako „církev“.

³ Poznamenejme, že od podání žaloby v prosinci roku 1992 bylo poprvé ve věci samé rozhodnuto Obvodním soudem pro Prahu 1 25. 10. 2005, a to tak, že Katedrála patří církvi. Tento rozsudek byl potvrzen odvolacím Městským soudem v Praze 16. 6. 2006. Po dovolání České republiky – Kanceláře prezidenta republiky Nejvyšší soud rozsudky obvodního i městského soudu zrušil a věc vrátil soudu prvního stupně k dalšímu řízení (srov. rozsudek Nejvyššího soudu ze dne 31. ledna 2007, sp. zn. 28 Cdo 3318/2006 – viz databáze rozhodnutí Nejvyššího soudu: Rozhodnutí NS [databáze online]. Brno (Česko) : Nejvyšší soud České republiky, 2007 [citováno 11. 10. 2008]. Dostupné z URL <<http://www.nsoud.cz/rozhod.php>>. Databáze rozhodnutí Nejvyššího soudu České republiky.). V souladu s tímto rozsudkem Nejvyššího soudu rozhodl obvodní i městský soud nově tak, že vlastníkem Katedrály je Česká republika. Nyní Nejvyšší soud rozhoduje o dovolání církve proti poslední vzpomínutému rozhodnutí Městského soudu v Praze. Vedle této linie sporu vedeného před obecnými soudy nutno připomenout, že dne 2. 3. 1998 se skupina poslanců obrátila na Ústavní soud s tím, aby zrušil § 14 zákona č. 2/1954 Sb., vládní nařízení č. 55/1954 Sb. a vyhlášku Ústředního národního výboru hl. města Prahy č. 27/1955 Sbírky nařízení, vyhlášek a instrukcí ÚNV hl. města Prahy. Ústavní soud věc posoudil a návrh odmítl jako nepřipustný (viz usnesení sp. zn. Pl. ÚS 5/98 – Sbírka nálezů a usnesení Ústavního soudu, svazek 14, str. 309) .

⁴ Parafrázováno podle Mahler, Z. Katedrála. Praha : Primus, 1994, s. 55 – 56.

⁵ Není bez zajímavosti, že „největším nepřítelem“ Katedrály bylo Národní divadlo, neboť sbírky pro oba projekty probíhaly souběžně. Největšími přispěvateli sbírky byli přitom řemeslné stavy a císař František Josef a šlechta – parafrázováno podle Mahler, Z. Katedrála. Praha : Primus, 1994, s. 74 s přihlédnutím k článku Hekrdla,

v prvních létech života samostatné Československé republiky. Kromě občanských sbírek se na dostavbě podílel stát tak, aby Katedrála byla zdárně dokončena na svátek svatého Václava 28. září 1929.

Vedle této historie „dějepisné“ je však třeba vnímat i historii „právní“, která je ale s onou historií dějepisnou neodmyslitelně spjata. Ve středověku hrál zásadní roli institut tzv. děleného vlastnictví.⁶ Jde o to, zjednodušeně řečeno, že vrchní vlastník měl právo dispoziční, kdežto vlastník užitkový měl pouze právo užitkové (a to ještě omezené). Jednalo se tedy o klasický vztah založený na principu léna mezi pánem a jeho poddaným. Stejný vztah můžeme spatřovat i u Katedrály, která byla v období středověkého feudalismu budována na stejném základě, kdy vrchní vlastník – kníže, král, císař – dal církvi Katedrálu k užívání.⁷ Od konce 16. století se začalo tradiční pojetí feudálního vlastnictví proměňovat v tom směru, že se posilovalo postavení vlastníků užitkových. Tento trend pak našel odraz i v moderních občanskoprávních kodifikacích. Proto například rakouský ABGB sice ještě do 24. 7. 2006 znal „*rozdělení vlastnictví v úplné a neúplné*“, když v § 357 říkal, že: „*Je-li právo k podstatě věci spojeno s právem k užítku v jedné a téže osobě, je vlastnické právo úplným a neděleným. Má-li však jedna osoba jen právo k podstatě věci; druhá naproti tomu kromě práva k podstatě výlučné právo k užitkům jejím, pak je vlastnické právo dělené a pro obě neúplné. Ona nazývá se vrchním vlastníkem; tato užitkovým vlastníkem.*“⁸, nicméně toto ustanovení již v době vzniku ABGB mělo spíše druhotný význam, neboť vlastnictví bylo chápáno v první řadě jako oprávnění „*s podstatou a užitky věci podle své vůle nakládati a každého jiného z toho vyloučiti*“ (§ 354 ABGB). Bylo by však přece jen unáhlené z právě uvedeného apriorně usuzovat, že byla-li Katedrála po staletí v užívání církve – neboť vrchním vlastníkem byl panovník – s účinností ABGB se vlastníkem (rozuměj výlučným vlastníkem) stal do té doby vlastník užitkový – čili církev. ABGB dělené vlastnictví nerušilo, pouze ho dále nepodporovalo. Tedy shrnuto, podle mého soudu, v souladu s výše nastíněnou historií „dějepisnou“, usuzuji, že Katedrála byla od nejstarších dob do 31. 12. 1950 v tzv. děleném vlastnictví.⁹ Zákon č. 141/1950 Sb., Občanský zákoník, ve znění pozdějších předpisů (dále jen

M. Běží o to, komu budou přiklepnuty miliardy (rozhovor se Zdeněkem Mahlerem). Rudé právo. 1995, č. 43, s. 1, 4.

⁶ Viz k tomuto pojmu např. Malý, K. Dějiny českého a československého práva do roku 1945. 3. vyd. Praha : Linde, 2004, zejména s. 110 a snad ještě lépe Malý, K. České právo v minulosti. Praha : ORAC, s. 87 – 112.

⁷ Známy český historik Dušan Třeštík k tomu Českému rozhlasu 7 – Rádiu Praha – dne 7. 3. 2007 řekl: „*Když Karel IV. postavil katedrálu, daroval ji arcibiskupství, ta to byla podle středověkého práva vlastně zápujčka. Panovník si na to zachovával svoje vlastnictví, ale ten obdarovaný měl také vlastnictví. A to se nikdy nezměnilo. Vlastnictví katedrály visí v tom středověkém stavu dodnes (...)*.“ Citováno podle Kubeczka, J. Komu patří katedrála? [citováno 11. 10. 2008]. Dostupné z URL < <http://www.radio.cz/cz/clanek/89049>>.

⁸ Originální znění v německém jazyce je takovéto: „*Wenn das Recht auf die Substanz einer Sache mit dem Rechte auf die Nutzungen in einer und der selben Person vereinigt ist, so ist das Eigentumsrecht vollständig und ungetheilt. Kommt aber Einem nur ein Recht auf die Substanz der Sache; dem Andern dagegen nebst einem Rechte auf die Substanz, das ausschließende Recht auf derselben Nutzungen zu, dann ist das Eigentumsrecht getheilt und für beyde unvollständig. Jener wird Obereigentümer; dieser Nutzungeigentümer genannt.*“

⁹ Zde nutno zdůraznit, že ABGB považoval, resp. umožňoval být církvi plnohodnotným vlastníkem. Svědčí o tom jak samotné ABGB (srov. jeho § 360; § 1472 stanoví delší lhůtu pro vydržení církevního majetku; § 1458 stanoví pro církev delší promlčecí lhůtu), tak i mnohem pozdější zákony – zákon č. 32/1918 Sb., o obstarání velkostatků, zákon č. 215/1919 Sb., o zabrání velkého majetku pozemkového, kdy oba tyto zákony považovaly církev za plnohodnotného vlastníka. Církev mohla tedy na přelomu 19. a 20. století vystupovat stejně dobře jako „jediný a úplný vlastník“ v souladu s ustanovením § 354 ABGB (dokonce s určitými privilegii – viz onen výše citovaný § 1472 a § 1485 ABGB), mohla však stejně dobře vystupovat jako vlastník vrchní, stejně jako vlastník užitkový. To zkrátka záleželo případ od případu.

„SOZ“) v souladu se socialistickou ideologií již dělené vlastnictví neznal. Vlastnictví kategorizoval následujícím způsobem: 1) socialistické vlastnictví – § 101 SOZ (dělí se na vlastnictví státní a družstevní); 2) osobní vlastnictví – § 105 SOZ; 3) vlastnictví soukromé – § 106 SOZ. V soukromém vlastnictví mohly přitom podle ústavního zákona č. 150/1948 Sb., Ústava Československé republiky (!) být pouze malé podniky (§ 158 odst. 1) a zemědělská půda do 50 hektarů (§ 159). Do osobního vlastnictví naopak patřily předměty domácí a osobní spotřeby, rodinné domky a úspory nabyté prací (§ 106 SOZ!). Konečně socialistické vlastnictví bylo definováno jako zdroj bohatství a síly republiky a blahobytu pracujícího lidu (§ 100 SOZ). Pokud bychom měli za této situace vybrat ideologického nástupce děleného vlastnictví Katedrály, pak nám nezbude, než sáhnout po vlastnictví socialistickém. Tomuto ostatně koresponduje i charakter ustanovení § 1 již zmiňovaného vládního nařízení č. 55/1954 Sb., o chráněné oblasti Pražského hradu, kde se říká, že: „**Pražský hrad, sídlo presidenta republiky Československé a významná historická památka, náleží všemu československému lidu** [tučně proložil JZ].“¹⁰ V této souvislosti si pak lze představit výklad, který souladně s již uvedeným ukazuje, že zákon č. 2/1954 Sb., resp. vládní nařízení č. 55/1954 Sb. vydané na základě § 14 tohoto zákona neznamenal skutečnou změnu vlastníka – tedy určitě neznamenal změnu vlastníka, jemuž původně patřilo vrchní (nebo úplné) vlastnictví, i když i toto by se právě díky znění § 100 SOZ, ve spojení s § 1 citovaného vládního nařízení dalo pohodlně dovodit. Právě citovaná ustanovení přetransformovala vlastnictví dělené na vlastnictví jednotné a úplné. Citovaná ustanovení tak církev nezbavila jejího vlastnictví Katedrály, pouze jí mohla „vyvlastnit“ její právo užitkového vlastníka. K tomu však dle mého názoru těžko mohlo dojít, neboť Katedrála i v období let 1948 – 1989 sloužila náboženským účelům. To, že církev byla v tomto období podrobena perzekuci nikdo nezpochybňuje. Nikdo také nezpochybňuje, že tato perzekuce se negativně odrazila na kvalitě možností církve, jak Katedrálu používat. Jenže to bylo problémem celospolečenského klimatu, nikoli toho, kdo je vlastníkem Katedrály.

„VYVLASTNĚNÍ“ JAKO PROBLÉM CHTĚNÉ HISTORICKÉ DISKONTINUITY

Negativní charakter výše citovaných socialistických předpisů nelze tedy spatřovat v tom, že zlegalizovaly „krádež“ Katedrály, ale v tom, že nevnímaly předpisy předchozí, byť třeba ještě císařské, doby. Tato jejich „arogance“ se jim nevyplatila a zbytečně jim zkomplikovala cestu. O to smutnější je, že i dnes se tuto jejich aroganci snaží církev využít ve svůj prospěch. Bývali-li by soudruzi nebyli tak přezíraví, všimli by si, na základě výše uvedených argumentů, že není potřeba nic „vyvlastňovat“.¹¹ I když upřímně, oni ani nic nevypravovali (nebo aspoň ne prvoplánově). Přečteme-li si ono vládní nařízení č. 55/1954 Sb. pořádně a celé – tedy nejen to, že Pražský hrad náleží všemu československému lidu (§ 1) – zjistíme, že v § 2

¹⁰ Právě s ohledem na dikci § 100 SOZ nemohou v této souvislosti dost dobře porozumět jazykovědné polemice vedené před Obvodním soudem pro Prahu 1 o tom, zda slova: „*Pražský hrad (...) náleží všemu československému lidu.*“, jsou nebo nejsou způsobitelná založit změnu vlastnického práva (nehledě na to, co praví § 4 vládního nařízení). Ze stejného důvodu se mi také nelíbí odlišné stanovisko dr. Janů a dr. Zarembové, které připojily k usnesení Pl. ÚS 5/98, byť se s ním hodnotově ztotožňují.

¹¹ Ještě ze studia trestního práva si vzpomínám, že v rámci teorie omylu v tomto právním odvětví existuje tzv. „skutkový omyl pozitivní“ (k chápání omylu v trestním právu viz vynikající práce člověčího génia Václava Bubeníka – Bubeník, V. Pojetí a formy omylu „de lege lata“ a v osnově trestního zákoníku ČR – 2006. [citováno 11. 10. 2008]. Dostupné z URL <http://www.is.muni.cz/th/108100/pravf_m/>. – který dokázal toto téma nejen přehledně podat, ale také rozvinout), jenž, lapidárně řečeno, dopadá na situaci, kdy se pachatel domnívá, že naplnil svým chováním okolnosti zakládající trestní odpovědnost. Podobně i v tomto případě se komunistický režim možná domníval, že by „jeho“ socialistické vlastnictví mohlo být ohroženo správou, kterou nad Katedrálou vykonávala kapitula.

tohoto nařízení se říká: „*Objekty chráněné oblasti* [chráněnou oblastí se rozumí chráněná oblast Pražského hradu – poznamenal JZ] *spravuje kancelář presidenta republiky (...)*.“ To znamená, že podle citovaného vládního nařízení Katedrála 1) náleží československému lidu, 2) spravuje jí kancelář presidenta republiky a 3) k náboženským obřadům ji používá církev. Leč po roce 1989 se v informačních pramenech, v médiích, ale i před soudy tvrdí, říká a píše něco úplně jiného.¹² Bohužel na takovouto rétoru přistoupily i obecné soudy,¹³ když se snaží obhájit legitimitu/legalitu nebo nelegitimitu/nelegalitu proklamovaného vlastnictví církve, které mělo být legálně/nelegálně „zničeno“ vyvlastněním ze strany státu. Jistě, je to pochopitelné. Jednak je poněkud jednodušší zabývat se právními předpisy z poloviny 50. let minulého století, než Všeobecným zákoníkem občanským (nebo, Bůh nedopust', ještě něčím mnohem, mnohem starším), jednak díky morálně zkompromitovanému komunistickému režimu, který bezpochyby ani v případě správy Katedrály nebyl veden vyššími cíli, není příliš těžké zpochybnit jeho právní předpisy, byť by mohly – třeba jen náhodou – odpovídat historické realitě a spravedlnosti více, než tvrzené vlastnictví někoho, komu bylo v minulosti ublíženo – ba dokonce – systematicky ubližováno.

O STŘEDOVĚKÉ KATEDRÁLE BY NEMĚL ROZHODOVAT MODERNÍ SOUD

Jedním z prvních kamenů úrazu celého sporu je už to, že se dostal před soud. Shora bylo uvedeno, že v roce 1992 podala Náboženská matice žalobu podle ustanovení § 80 písm. c) o.s.ř. o určení vlastnického práva (tedy určení toho, zda tu právní vztah nebo právo je či není, existuje-li na takovém určení naléhavý právní zájem). Přitom toto ustanovení je teorií i praxí již notoricky vykládáno tak, že žaloba podle § 80 písm. c) o.s.ř. má výrazně preventivní charakter, čili nemůže být použita tehdy, má-li chránit právní vztah nebo právo, jež bylo již porušeno.¹⁴ Sama církev přitom říká: „*Po roce 1948, kdy moc v Československu uchvátily komunisté, byla katedrála protiprávně vyvlastněna.*“¹⁵ Je proto zjevné, že žaloba o určení vlastnictví už z tohoto důvodu nepřichází v úvahu. Pro zachování komplexnosti příspěvku se musíme dále vypořádat s použitelností restitučních předpisů, na základě nichž by se církev mohla domáhat vrácení Katedrály. Tyto předpisy (správně předpis) jsou vyloučeny minimálně ze dvou důvodů. Pomineme-li prezentovaný postoj, že církev vlastníkem Katedrály nikdy nebyla (tedy nikdy nebyla vlastníkem v jeho současném pojetí), pak musíme zmínit důvody další. Zákon č. 298/1990 Sb., o úpravě některých majetkových vztahů řeholních řádů a kongregací a arcibiskupství olomouckého, ve znění pozdějších předpisů, jehož cílem je napravit některé majetkové křivdy způsobené církvím a církevními právními osobám, se nepochybně vztahuje jen k majetku vymezenému v jeho přílohách. Na žádný jiný majetek ho nelze použít. Navíc se plně ztotožňují se stanoviskem pléna Ústavního soudu ze dne 1. 11.

¹² Například na internetových stránkách Metropolitní kapituly u sv. Víta se v sekci O katedrále v podsekcí Historie dočteme: „(...) Dne 28. září 1929, v den milénia mučednické smrti sv. Václava, byl dostavěný kostel slavnostně otevřen. Po roce 1948, kdy moc v Československu uchvátily komunisté, byla katedrála protiprávně vyvlastněna [tučně proložil JZ]. Roku 2006 bylo vlastnictví [tučně proložil JZ] kostela opět přiznáno církvi, konkrétně Metropolitní kapitule u sv. Víta, organizaci zřízené od počátku ke správě [tučně proložil JZ] hlavního chrámu českých zemí.“ Citováno podle: Katedrála Praha [databáze online]. Praha (Česko) : Metropolitní kapitula u sv. Víta, 2006 – 2007 [citováno 11. 10. 2008]. Dostupné z URL <<http://www.katedralapraha.cz/?lang=cz&pageId=o-katedrale-historie>>.

¹³ Viz poznámka pod čarou č. 3.

¹⁴ Pokud se dovolávám na ustálený názor teorie i praxe, pak jen z čisté korektnosti odkazuji například na Vrcha, P. Civilní sporný proces. Druhy žalob. Právní praxe v podnikání. 1997, č. 10, s. 33 či na nález Ústavního soudu sp. zn. III. ÚS 17/95 – Sbírka nálezů a usnesení Ústavního soudu, svazek 3, str. 261.

¹⁵ Údaje o citaci viz poznámka pod čarou č. 13.

2005, sp. zn. Pl. ÚS-st 22/05 (publikováno ve Sbírce zákonů jako sdělení Ústavního soudu č. 13/2006 Sb.), že zákon č. 298/1990 Sb. je restitučním předpisem a jako takový tvoří překážku použití obecných právních předpisů,¹⁶ ustanovení § 80 o.s.ř. z toho nevyjímá. Podle mého přesvědčení restituční charakter a s ním spojené účinky např. vůči Občanskému soudnímu řádu nemůže zvrátit ani to, že vykazuje minimální znaky obecnosti či to, že v době svého vzniku byl chápán spíše jako určité provizorium nutné pro obnovení činnosti církví. Ano, je sice pravda, že se „civilní restituční“ dostali do výhody, neboť jim byly dány k dispozici restituční předpisy vykazující dostatečnou míru obecnosti, ovšem tato nerovnováha nemůže být „vyvážena“ pomocí moci soudní, která by církevním restitučním vracela na základě obecných právních předpisů ty nemovitosti, které, ať už z jakéhokoli důvodu zákonodárce, nebyly do restitučních předpisů zahrnuty.¹⁷ Proč by tedy spor o vlastnictví Katedrály neměl rozhodovat obecný soud? Tedy, protože: 1) Jde o „předmět“ natolik výjimečný, že nelze rozhodnout, že někomu (jedno komu) patří – nepatří nikomu, patří sama sobě, je jako lidská duše, která má k jedněm blíže, k jiným dále, ale hlavně je sama sebou, je svá. 2) Vznikla v absolutně jiném právním prostředí. 3) Na vlastnické vztahy ke Katedrále nemohou být bez újmy na spravedlnosti použity ani obecné ani restituční předpisy.

KONEC DOBRÝ, VŠECHNO DOBRÉ

Deník Právo informoval dne 24. 1. 2008,¹⁸ že zástupci katolické církve a Pražského hradu podepsali dohodu o společném užívání Katedrály. Dohoda je uzavřena na dobu neurčitou a vyplývá z ní, že stát zaplatí hlídání, provozní náklady a údržbu Katedrály. Církev za to zaplatí státu 500 Kč měsíčně, bude moci Katedrálu užívat k náboženským účelům, ale nebude moci na Katedrále vydělávat, včetně vybírání vstupného. Došlo k dohodě po 16 letech, přičemž mnozí (např. již zmiňovaný Dušan Třeštík nebo Václav Havel) správnost této alternativy vyzdvihovali už dávno.¹⁹ Lze mít rovněž za to, že očekávaný rozsudek Nejvyššího soudu na této dohodě pramálo změní. Katedrála je totiž svá. A vždycky bude. Je symbolem státu a slouží k církevním obřadům. Škoda, že jsme k tomuto konci museli dojít až po 16 letech. Nezbyvá než věřit, že se nic neděje bez příčiny. Vše má svůj důvod. Vše je tak, jak má být.²⁰

¹⁶ Stejně jako tuto překážku tvoří např. zákon č. 87/1991 Sb., zákon č. 229/1991 Sb. a další.

¹⁷ Docentka Židlická, soudkyně Ústavního soudu, v této souvislosti dokonce hovoří o „omisivně projevené vůli zákonodárce“: „Lze se ztotožnit s názorem, že zákon č. 298/1990 Sb. měl povahu provizoria a při jeho přijímání bylo všeobecně předpokládáno, že dojde k přijetí obecného restitučního předpisu, týkajícího se církevního majetku. Nicméně tím, že takový předpis přijat nebyl, vyjádřil zákonodárce následně svou vůli, doposud trvajících, v restitučních církevního majetku nepokračovat. Tato omisivně projevená vůle zákonodárce je pro posouzení případu rozhodující.“ (Viz odlišné stanovisko soudkyně Michaely Židlické k nálezu Ústavního soudu sp. zn. IV. ÚS 298/05 z 8. 8. 2005 – Sbírka nálezů a usnesení Ústavního soudu, svazek 38, str. 241.)

¹⁸ Převzato z databáze článků ČT 24: ČT 24 [databáze online]. Praha (Česko) : Česká televize a dodavatelé ČTK, 2008 [citováno 11. 10. 2008]. Dostupné z URL <<http://www.ct24.cz/domaci/3760-zastupci-cirkve-a-hradu-podepsali-dohodu-o-uzivani-katedraly/>>.

¹⁹ Necht' je na tomto místě připomenut výrok kardinála Miloslava Vika, který takovouto dohodu odmítl pod heslem „nejdřív vlastnická práva, potom správa“. (Převzato a citováno podle: Klimeš, D. Ne státu. Ne církvi. Sobě. [citováno 11. 10. 2008]. Dostupné z URL <<http://mimochodem.info/2008/ne-statu-ne-cirkvi-sobe/>>. Když 30. 4. 2008 vynesl rozsudek Městský soud v Praze – jako soud odvolací – kterým potvrdil rozsudek Obvodního soudu pro Prahu 1 přiznávající Katedrálu státu, kardinál Miloslav Vik to komentoval slovy: „Já jsem se rval za komunismu, budu se rvát i za demokracie.“ (Citováno podle reportáže Zuzany Tvarůžkové umístěné na stránkách ČT 24: ČT 24 [databáze online]. Praha (Česko) : Česká televize a dodavatelé ČTK, 2008 [citováno 11. 10. 2008]. Dostupné z URL <<http://www.ct24.cz/domaci/13626-klic-od-katedraly-sv-vita-patri-statu-ne-cirkvi/>>.

²⁰ Citováno podle MOŠOVÁ, Zuzana. No subject specified. <100866@mail.muni.cz> [citováno 6. 12. 2007, 23:34]. Online nedostupné.

Použité prameny:

- nález Ústavního soudu sp. zn. III. ÚS 17/95 – Sběrka nálezů a usnesení Ústavního soudu, svazek 3, str. 261
- nález Ústavního soudu sp. zn. IV. ÚS 298/05 – Sběrka nálezů a usnesení Ústavního soudu, svazek 38, str. 241
- rozhodnutí Nejvyššího soudu ze dne 28. 7. 2005, sp. zn. 20 Cdo 484/2005 – text rozhodnutí je dostupný online: Rozhodnutí NS [databáze online]. Brno (Česko) : Nejvyšší soud České republiky, 2007 [citováno 11. 10. 2008]. Dostupné z URL <<http://www.nsoud.cz/rozhod.php>>. Databáze rozhodnutí Nejvyššího soudu České republiky.
- rozhodnutí Nejvyššího soudu ze dne 31. 1. 2007, sp. zn. 28 Cdo 3318/2006 – viz databáze rozhodnutí Nejvyššího soudu: Rozhodnutí NS [databáze online]. Brno (Česko) : Nejvyšší soud České republiky, 2007 [citováno 11. 10. 2008]. Dostupné z URL <<http://www.nsoud.cz/rozhod.php>>. Databáze rozhodnutí Nejvyššího soudu České republiky.
- rozhodnutí Obvodního soudu pro Prahu 1, sp. zn. 13 C 544/1992
- stanovisko pléna Ústavního soudu ze dne 1. 11. 2005, sp. zn. Pl. ÚS-st 22/05 (publikováno ve Sbírce zákonů jako sdělení Ústavního soudu č. 13/2006 Sb.)
- usnesení Ústavního soudu sp. zn. Pl. ÚS 5/98 – Sběrka nálezů a usnesení Ústavního soudu, svazek 14, str. 309
- Bárta, J. Ke stavu řízení o vlastnictví ke Katedrále sv. Víta po rozhodnutí Nejvyššího soudu z 28. 7. 2005 [citováno 11. 10. 2008]. Dostupné z URL <http://www.hrad.cz/cms/cz/info_servis/soudni_spany/2877.shtml>.
- Bubeník, V. Pojetí a formy omylu „de lege lata“ a v osnově trestního zákoníku ČR – 2006. [citováno 11. 10. 2008]. Dostupné z URL <http://www.is.muni.cz/th/108100/pravf_m/>.
- ČT 24 [databáze online]. Praha (Česko) : Česká televize a dodavatelé ČTK, 2008 [citováno 11. 10. 2008]. Dostupné z URL <<http://www.ct24.cz/domaci/3760-zastupci-cirkve-a-hradu-podepsali-dohodu-o-uzivani-katedraly/>>.
- ČT 24 [databáze online]. Praha (Česko) : Česká televize a dodavatelé ČTK, 2008 [citováno 11. 10. 2008]. Dostupné z URL <<http://www.ct24.cz/domaci/13626-klic-od-katedraly-sv-vita-patri-statu-ne-cirkvi/>>.
- Hekrdla, M. Běží o to, komu budou přiklepnuty miliardy (rozhovor se Zdeněkem Mahlerem). Rudé právo. 1995, č. 43, s. 1, 4, ISSN 0032-6569.

- Klimeš, D. Ne státu. Ne církvi. Sobě. [citováno 11. 10. 2008]. Dostupné z URL <<http://mimochodem.info/2008/ne-statu-ne-cirkvi-sobe/>>.
- Kubeczka, J. Komu patří katedrála? [citováno 11. 10. 2008]. Dostupné z URL <<http://www.radio.cz/cz/clanek/89049>>.
- Mahler, Z. Katedrála. Praha : Primus, 1994, 95 s., ISBN 80-86207-60-9.
- Malý, K. České právo v minulosti. Praha : ORAC, 458 s., ISBN 80-85903-01-6.
- Malý, K. Dějiny českého a československého práva do roku 1945. 3. vyd. Praha : Linde, 2004, 321 s., ISBN: 80-7201-433-1.
- MOŠOVÁ, Zuzana. No subject specified. <100866@mail.muni.cz> [citováno 6. 12. 2007, 23:34]. Online nedostupné.
- Vrcha, P. Civilní sporný proces. Druhy žalob. Právní praxe v podnikání. 1997, č. 10, s. 33, ISSN: 1210-4043.
- císařský patent č. 946/1811 Sb.z.s., Obecný zákoník občanský, ve znění pozdějších předpisů (ABGB)
- nařízení č. 55/1954 Sb. Vlády Československé republiky o chráněné oblasti Pražského hradu
- ústavní zákon č. 150/1948 Sb., Ústava Československé republiky, ve znění pozdějších předpisů
- vyhláška Ústředního národního výboru hl. města Prahy č. 27/1955 Sbírký nařízení, vyhlášek a instrukcí ÚNV hl. města Prahy
- zákon č. 141/1950 Sb., Občanský zákoník, ve znění pozdějších předpisů
- zákon č. 2/1954 Sb., o státním plánu rozvoje národního hospodářství republiky Československé na rok 1954
- zákon č. 215/1919 Sb., o zabránění velkého majetku pozemkového, ve znění pozdějších předpisů
- zákon č. 229/1991 Sb., o úpravě vlastnických vztahů k půdě a jinému zemědělskému majetku, ve znění pozdějších předpisů
- zákon č. 298/1990 Sb., o úpravě některých majetkových vztahů řeholních řádů a kongregací a arcibiskupství olomouckého, ve znění pozdějších předpisů, jehož cílem je napravit některé majetkové křivdy způsobené církvím a církevním právníckým osobám, ve znění pozdějších předpisů
- zákon č. 32/1918 Sb., o obstavení velkostatků
- zákon č. 87/1991 Sb., o mimosoudních rehabilitacích, ve znění pozdějších předpisů

Kontaktní údaje na autora – email:
110303@mail.muni.cz

Příspěvky publikované v tomto sborníku (včetně přiloženého CD-ROM) vyjadřují názory a stanoviska svých nezávislých autorů a jejich obsah nebyl vydavatelem měněn či kontrolován.

Papers published in this collection and in the conference proceedings (on the CD-ROM) express the viewpoints of their independent authors and were not reviewed for correctness or accuracy.

Dny práva – 2008 – Days of Law

2. ročník mezinárodní konference pořádané
Právnickou fakultou Masarykovy univerzity

Edts.: Mgr. Jan Neckář, JUDr. Ing. Michal Radvan, Ph.D., JUDr. David Sehnálek, Ph.D.,
Mgr. Jiří Valdhans, Ph.D.

Vydala Masarykova univerzita roku 2008

Spisy Právnické fakulty MU č. 337 (řada teoretická)

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

Tisk: Tribun EU, s.r.o., Gorkého 41, Brno

1. vydání, 2008

Pořadové číslo Pr-14/08-02/58

ISBN 978-80-210-4733-4